CNUDCI
COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR
LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

CNUDCI ANNUAIRE

Volume XXXIV A: 2003

NATIONS UNIES

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR
LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

Annuaire de la CNUDCI

Volume XXXIV A: 2003

NATIONS UNIES
New York, 2008

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/2003
(Volume XXXIV A)

PUBLICATION DES NATIONS UNIES
Numéro de vente: F.06.V.14
ISBN 978-92-1-233464-6
ISSN 0251-4257

TABLE DES MATIÈRES

VOLUME XXXIV A

Pages

INTRODUCTION ..... *vii*

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

TRENTE-SIXIÈME SESSION (2003) 3

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-sixième session (Vienne, 30 juin-11 juillet 2003) (A/58/17) 3

B. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED): extrait du rapport du Conseil du commerce et du développement (cinquantième session) [TD/B/50/14 (vol. I)] 41

C. Assemblée générale: rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-sixième session: rapport de la Sixième Commission (A/58/513) 42

D. Résolutions 58/75 et 58/76 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 2003 45

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

I. PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ 51

A. Rapport du Groupe de travail sur les projets d'infrastructure à financement privé sur les travaux de sa cinquième session (Vienne, 9-13 septembre 2002) (A/CN.9/521) 51

B. Document de travail présenté au groupe de travail sur les projets d'infrastructure à financement privé à sa cinquième session: projet d'additif au *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé* (A/CN.9/WG.I/WP.29 et Add.1 et 2) 88

C. Projet d'additif au *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé* (A/CN.9/522 et Add.1 et 2) 112

D. Projet d'additif au *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé* (A/CN.9/533 et Add.1 à 7) 159

II. DROIT DE L'INSOLVABILITÉ 177

A. Rapport du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité sur les travaux de sa vingt-septième session (Vienne, 9-13 décembre 2002) (A/CN.9/529) 177

B. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-septième session: Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.63 et Add.3 à 15) 194

C. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-septième session: Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.64) 301

D. Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa vingt-huitième session (New York, 24-28 février 2003) (A/CN.9/530) 303

Pages

E. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-huitième session: Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1, 2, 16 et 17) 319

F. Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de leur première session conjointe (Vienne, 16 et 17 décembre 2002) (A/CN.9/535) 342

G. Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité: Table des matières (A/CN.9/534) 346

III. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ET CONCILIATION 355

A. Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-septième session (Vienne, 7-11 octobre 2002) (A/CN.9/523) 355

B. Document de travail soumis au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa trente-septième session: Arbitrage: Mesures provisoires ou conservatoires: Proposition des États-Unis d'Amérique (A/CN.9/WG.II/WP.121) 369

C. Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-huitième session (New York, 12-16 mai 2003) (A/CN.9/524) 370

D. Document de travail soumis au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa trente-huitième session: Règlement des litiges commerciaux: Mesures provisoires ou conservatoires (A/CN.9/WG.II/WP.123) 383

VOLUME XXXIV B

IV. DROIT DES TRANSPORTS . . . . . .

A. Rapport du Groupe de travail sur le droit des transports sur les travaux de sa dixième session (Vienne, 16-20 septembre 2002) (A/CN.9/525) . . . . . .

B. Document de travail présenté au Groupe de travail sur le droit des transports à sa dixième session: Projet préliminaire d'instrument sur le transport de marchandises [par mer]: Proposition du Canada (A/CN.9/WG.III/WP.23) . . . . . .

C. Rapport du Groupe de travail sur le droit des transports sur les travaux de sa onzième session (New York, 24 mars-4 avril 2003) (A/CN.9/526) . . . . . .

D. Document de travail présenté au Groupe de travail sur le droit des transports à sa onzième session: Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [par mer]: Proposition de l'Italie (A/CN.9/WG.III/WP.25) . . . . . .

E. Document de travail présenté au Groupe de travail sur le droit des transports à sa onzième session: Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [par mer]: Proposition de la Suède (A/CN.9/WG.III/WP.26) . . . . . .

F. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit des transports à sa onzième session: Le projet d'instrument de la CNUDCI sur le transport de marchandises par mer et les autres conventions sur les transports: Tableaux comparatifs (A/CN.9/WG.III/WP.27) . . . . . .

G. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit des transports à sa onzième session: Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [par mer]: Compilation des réponses à un questionnaire relatif à la réglementation du transport de porte à porte et commentaires additionnels des États et des organisations internationales sur le champ d'application du projet d'instrument (A/CN.9/WG.III/WP.28) . . . . . .

Pages

H. Document de travail présenté au Groupe de travail sur le droit des transports à sa onzième session: Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [par mer]: Observations générales sur le champ d'application du projet d'instrument (A/CN.9/WG.III/WP.29) . . . . . .

I. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit des transports à sa onzième session: Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [par mer]: Document d'information fourni par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) (A/CN.9/WG.III/WP.30) . . . . . .

V. COMMERCE ÉLECTRONIQUE . . . . . .

A. Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarantième session (Vienne, 14-18 octobre 2002) (A/CN.9/527) . . . . . .

B. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarantième session: Les obstacles juridiques au développement du commerce électronique dans les instruments internationaux relatifs au commerce international: Compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales (A/CN.9/WG.IV/WP.98 et Add. 1 à 4) . . . . . .

C. Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante et unième session (New York, 5-9 mai 2003) (A/CN.9/528) . . . . . .

D. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante et unième session: Les obstacles juridiques au développement du commerce électronique dans les instruments internationaux relatifs au commerce international: Compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales (A/CN.9/WG.IV/WP.98/Add.5 et 6) . . . . . .

E. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante et unième session: Aspects juridiques du commerce électronique: Contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention (A/CN.9/WG.IV/WP.100) . . . . . .

F. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante et unième session: Aspects juridiques du commerce électronique: Contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention: Commentaires de la Chambre de commerce internationale (A/CN.9/WG.IV/WP.101) . . . . . .

VI. SÛRETÉS . . . . . .

A. Rapport du Groupe de travail sur les sûretés sur les travaux de sa deuxième session (Vienne, 17-20 décembre 2002) (A/CN.9/531) . . . . . .

B. Document de travail soumis au Groupe de travail sur les sûretés à sa deuxième session: Projet de guide législatif sur les opérations garanties (A/CN.9/WG.VI/WP.6 et Add.1 à 5) . . . . . .

C. Rapport du Groupe de travail sur les sûretés sur les travaux de sa troisième session (New York, 3-7 mars 2003) (A/CN.9/532) . . . . . .

D. Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de leur première session conjointe (Vienne, 16 et 17 décembre 2002) (A/CN.9/535) . . . . . .

VII. TRAVAUX FUTURS POSSIBLES . . . . . .

A. Activités actuelles des organisations internationales dans le domaine des marchés publics: travaux futurs envisageables (A/CN.9/539 et Add.1) . . . . . .

B. Travaux futurs possibles sur la fraude commerciale (A/CN.9/540) . . . . . .

Pages

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

IX. FORMATION ET ASSISTANCE .....

Formation et assistance technique (A/CN.9/536) .....

X. ÉTAT DES TEXTES DE LA CNUDCI .....

État des conventions et des lois types (A/CN.9/537) .....

Troisième partie. Annexes

I. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES DE LA CNUDCI SUR LES PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ .....

II. COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL SUR LES SÉANCES CONSACRÉES À LA FINALISATION ET À L'ADOPTION DU PROJET DE DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES DE LA CNUDCI SUR LES PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ (A/CN.9/SR.758 à 774) .....

III. BIBLIOGRAPHIE DES ÉCRITS RÉCENTS AYANT TRAIT AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI (A/CN.9/566) .....

IV. LISTE DES DOCUMENTS .....

V. LISTE DES DOCUMENTS REPRODUITS DANS LES VOLUMES PRÉCÉDENTS DE L'*ANNUAIRE* .....

INTRODUCTION

Le présent volume est le trente-quatrième 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-sixième session, tenue à Vienne, du 30 juin au 11 juillet 2003, 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-sixième 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 les dispositions types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé, les comptes rendus analytiques correspondants, une bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la Commission, ainsi qu'une liste des documents dont la Commission était saisie à sa trente-sixième 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
Addresse Internet: http://www.uncitral.org

---

[1]Les volumes suivants de l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* [en abrégé ci-après: *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
XXXIII	2002	F.05.V.13

Première partie

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

TRENTE-SIXIÈME SESSION (2003)

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-sixième session

(Vienne, 30 juin-11 juillet 2003) (A/58/17)
[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Pages*
I.	INTRODUCTION	1-2	4
II.	ORGANISATION DE LA SESSION	3-11	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. Adoption du rapport	11	6
III.	PROJET DE DISPOSITIONS LÉGISLATIVES DE LA CNUDCI SUR LES PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ	12-171	6
	A. Travaux préparatoires et organisation des débats	12-17	6
	B. Rapport entre les projets de dispositions législatives types et le *Guide législatif*	18-21	6
	C. Examen du projet de dispositions types	22-170	7
	D. Adoption des dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé	171	23
IV.	PROJET DE GUIDE LÉGISLATIF DE LA CNUDCI SUR LE DROIT DE L'INSOLVABILITÉ	172-197	24
	A. Approbation préliminaire du projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité	172-196	24
	B. Approbation de principe du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité	197	26
V.	ARBITRAGE	198-204	27
VI.	DROIT DES TRANSPORTS	205-208	28
VII.	COMMERCE ÉLECTRONIQUE	209-214	29
VIII.	SÛRETÉS	215-222	29
IX.	SUIVI DE L'APPLICATION DE LA CONVENTION DE NEW YORK DE 1958	223-224	31
X.	TRAVAUX FUTURS POSSIBLES DANS LE DOMAINE DES MARCHÉS PUBLICS	225-230	31

		Paragraphes	*Pages*
XI.	TRAVAUX FUTURS POSSIBLES DANS LE DOMAINE DE LA FRAUDE COMMERCIALE	231-241	32
XII.	JURISPRUDENCE RELATIVE AUX TEXTES DE LA CNUDCI, RECUEIL ANALYTIQUE DE JURISPRUDENCE RELATIVE À LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES VENTES ET AUTRES TEXTES UNIFORMES	242-245	33
	A. Jurisprudence	242-243	33
	B. Recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes et autres textes uniformes	244-245	34
XIII.	FORMATION ET ASSISTANCE TECHNIQUE	246-251	34
XIV.	ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES JURIDIQUES DE LA CNUDCI	252-254	35
XV.	RÉSOLUTIONS DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE RELATIVES AUX TRAVAUX DE LA COMMISSION ET SUIVI DE L'ÉVALUATION APPROFONDIE DES TRAVAUX DU SECRÉTARIAT DE LA COMMISSION	255-261	36
	A. Résolutions 57/17, 57/18 et 57/20	255	36
	B. Résolution 57/19	256-261	36
XVI.	COORDINATION ET COOPÉRATION	262-265	36
	A. Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit)	262-263	36
	B. Commissions économiques régionales de l'ONU	264-265	37
XVII.	QUESTIONS DIVERSES	266-269	38
	A. Bibliographie	266	38
	B. Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis	267-268	38
	C. Le site Web de la CNUDCI	269	39
XVIII.	DATE ET LIEU DES RÉUNIONS FUTURES	270-278	39
	A. Débat général sur la durée des sessions	270-275	39
	B. Trente-septième session de la Commission	276	40
	C. Sessions des groupes de travail jusqu'à la trente-septième session de la Commission	277	40
	D. Sessions des groupes de travail après la trente-septième session de la Commission	278	41

ANNEXES

I.	DISPOSITIONS TYPES DE LA CNUDCI SUR LES PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ	41
II.	LISTE DES DOCUMENTS DONT ÉTAIT SAISIE LA COMMISSION À SA TRENTE-SIXIÈME SESSION	41

I. INTRODUCTION

1. Le présent rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) porte sur les travaux de la trente-sixième session, tenue à Vienne du 30 juin au 11 juillet 2003.

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-sixième session le 30 juin 2003.

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), Autriche (2004), Bénin (2007), Brésil (2007), Burkina Faso (2004), Cameroun (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), Thaïlande (2004) et Uruguay (2004, en alternance annuelle avec l'Argentine).

5. À l'exception du Bénin, des Fidji, du Honduras, de la Hongrie, de la Roumanie, de la Sierra Leone et de l'Ouganda, tous les membres de la Commission étaient représentés à la session.

6. Ont assisté à la session les observateurs des États suivants: Algérie, Antigua-et-Barbuda, Argentine, Australie, Bélarus, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Costa Rica, Équateur, Finlande, Gabon, Indonésie, Jamahiriya arabe libyenne, Liban, Madagascar, Nigéria, Panama, Pérou, Philippines, Pologne, Qatar, République de Corée, République tchèque, Serbie-et-Monténégro, Slovaquie, Suisse, Tunisie, Turquie, Ukraine, Venezuela et Yémen.

7. Ont également assisté à la session des observateurs les organisations internationales suivantes:

a) **Système des Nations Unies**: Banque mondiale et Fonds monétaire international;

b) **Organisations intergouvernementales**: Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe et Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit);

c) **Organisations non gouvernementales invitées par la Commission**: American Bar Association, American Bar Foundation, Association internationale du barreau, Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, Comité maritime international, Groupe de réflexion sur l'insolvabilité et sa prévention (GRIP 21), Institute of International Banking Law and Practice, Inter-Pacific Bar Association, Société mondiale des télécommunications financières inter-banques, Union arabe de l'arbitrage international, Union des avocats européens, Union internationale des avocats, Union internationale du notariat latin.

8. La Commission s'est félicitée de la participation d'organisations internationales non gouvernementales qui avaient des connaissances spécialisées sur les principaux points de l'ordre du jour de la session. Cette participation était cruciale pour la qualité des textes élaborés par la Commission, qui a prié le secrétariat de continuer à inviter de telles organisations à ses sessions.

C. Élection du Bureau

9. La Commission a élu le Bureau suivant:

Président:	Tore Wiwen-Nilsson (Suède)
Vice-Présidents:	Neeru Chadhah (Inde) François Rwangampuhwe (Rwanda) Oleg V. Krasnykh (Fédération de Russie)
Rapporteur:	Juan Carlos Yepes Alzate (Colombie)

D. Ordre du jour

10. L'ordre du jour de la session, tel qu'adopté par la Commission à sa 758e séance, le 30 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 dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé
5. Approbation préliminaire du projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité
6. Arbitrage: rapport d'activité du Groupe de travail II
7. Droit des transports: rapport d'activité du Groupe de travail III
8. Commerce électronique: rapport d'activité du Groupe de travail IV
9. Sûretés: rapport d'activité du Groupe de travail VI
10. Suivi de l'application de la Convention de New York de 1958
11. Travaux futurs envisageables dans le domaine des marchés publics
12. Travaux futurs possibles sur la fraude commerciale
13. Jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI et recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes et d'autres textes uniformes
14. Formation et assistance technique
15. État et promotion des textes juridiques issus des travaux de la CNUDCI

[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, dix-neuf ont été élus par l'Assemblée à sa cinquante-deuxième session, le 24 novembre 1997 (décision 52/314), et dix-sept à sa cinquante-cinquième session, le 16 octobre 2000 (décision 55/308). Par sa résolution 31/99 du 15 décembre 1976, l'Assemblée a modifié les dates de commencement et d'expiration du mandat des membres en décidant que ceux-ci entreraient en fonction le premier jour de la session annuelle ordinaire de la Commission suivant leur élection et que leur mandat expirerait à la veille de l'ouverture de la septième session annuelle ordinaire suivant leur élection.

16. Résolutions de l'Assemblée générale sur les travaux de la Commission; suite donnée à l'évaluation approfondie des travaux du secrétariat 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. Adoption du rapport

11. À ses 774e et 775e séances, le 11 juillet, la Commission a adopté le présent rapport par consensus.

III. PROJET DE DISPOSITIONS LÉGISLATIVES DE LA CNUDCI SUR LES PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

A. Travaux préparatoires et organisation des débats

12. Un an après l'adoption du *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé*[2], en 2000, la Commission est convenue, à sa trente-quatrième session, en 2001, qu'il faudrait confier à un groupe de travail le soin d'élaborer des dispositions législatives types fondamentales dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé. Elle a été d'avis que, si l'on voulait que les travaux soient réalisés dans un délai raisonnable, il était essentiel de choisir un domaine spécifique parmi les nombreuses questions traitées dans le *Guide législatif*. Il a donc été convenu que le Groupe de travail, à sa première session, devrait identifier les questions particulières sur lesquelles pourraient être formulées des dispositions législatives types, qui pourraient éventuellement prendre la forme d'un additif au *Guide*[3].

13. Le Groupe de travail I a commencé à examiner cette question à sa quatrième session, tenue à Vienne du 24 au 28 septembre 2001. Conformément à une proposition faite à la trente-quatrième session de la Commission[4], il a été invité à consacrer son attention à une phase particulière des projets d'infrastructure, à savoir la sélection du concessionnaire, en vue d'élaborer des propositions de texte spécifiques pour les dispositions législatives. Il a néanmoins été d'avis qu'il serait peut-être souhaitable d'avoir des dispositions législatives types sur divers autres sujets (voir A/CN.9/505, par. 18 à 174). Il a prié le secrétariat d'élaborer des dispositions législatives types dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé, sur la base de ses délibérations et décisions, pour les soumettre au Groupe de travail à sa cinquième session pour examen et discussion plus approfondis.

14. Le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur l'élaboration de dispositions législatives types fondamentales à sa cinquième session, tenue à Vienne du 9 au 13 septembre 2002. Il a examiné les projets de dispositions qui avaient été élaborés par le secrétariat avec l'aide d'experts extérieurs et en a approuvé le texte, tel qu'il figurait en annexe à son rapport sur cette session (A/CN.9/521). Il a prié le secrétariat de distribuer lesdits projets de dispositions types aux États pour commentaires et de les présenter, avec les commentaires reçus, à la Commission, pour examen et adoption, à sa trente-sixième session.

15. La Commission était saisie des documents suivants: *a)* une note explicative sur les projets de dispositions types (A/CN.9/522); *b)* le texte des projets de dispositions types tels qu'ils ont été approuvés par le Groupe de travail (A/CN.9/522/Add.1); *c)* un tableau de concordance présentant côte à côte les projets de dispositions législatives types et les recommandations concernant la législation auxquels elles se rapportent (A/CN.9/522/Add.2); *d)* une compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales concernant les projets de dispositions types (A/CN.9/533 et Add.1 à 7); et *e)* le *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé*.

16. La Commission a pris note des informations générales sur l'établissement du projet de dispositions législatives types, telles que résumées par le secrétariat (voir A/CN.9/522), et des commentaires écrits reçus de gouvernements et d'organisations internationales sur ledit projet (A/CN.9/533 et Add.1 à 7), qui avaient été publiés avant la session. Elle a décidé d'examiner les questions soulevées dans ces commentaires dans le cadre des projets de dispositions législatives types auxquels elles se rapportaient. Elle est convenue par ailleurs que, afin de tirer parti au mieux du temps disponible pour l'examen des projets de dispositions législatives types, elle n'examinerait les commentaires écrits que s'ils étaient soulevés par des délégations ou des observateurs assistant à la session, qu'ils en soient ou non les auteurs.

17. La Commission a décidé de créer un groupe de rédaction chargé d'examiner le texte et d'assurer la cohérence de toutes les versions linguistiques. Elle est convenue qu'il appartiendrait à ce groupe de faire lui-même des suggestions pour améliorer le texte dans telle ou telle langue ou corriger les erreurs de traduction.

B. Rapport entre les projets de dispositions législatives types et le *Guide législatif*

18. La Commission a conclu ses délibérations sur le projet de dispositions types (voir par. 22 à 170) en se demandant s'il fallait conserver les dispositions types et les recommandations figurant dans le *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé* sous la forme de deux textes connexes, mais indépendants, ou bien les regrouper en un texte unique et, dans ce cas, s'il fallait garder toutes les recommandations, ou bien seulement celles pour lesquelles aucune disposition type n'avait été élaborée.

19. Selon un avis qui a été accueilli très favorablement, les dispositions types devraient annuler et remplacer toutes les recommandations traitant du même sujet. Il a été

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

[3]*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 369.

[4]Ibid.

reconnu que le secrétariat ne pourrait pas produire immédiatement une nouvelle édition de synthèse du *Guide législatif*, contenant à la fois le texte combiné des dispositions types et les autres recommandations. Pendant une période intérimaire, et jusqu'à ce que des ressources suffisantes soient disponibles pour préparer une telle édition, les dispositions types pourraient être publiées à part, sous forme de document ne contenant en outre que les quelques recommandations qui n'avaient pas été remplacées. Un texte de synthèse devrait toutefois être publié dès que possible, de manière à éviter toute confusion et à faire en sorte que le résultat des travaux de la Commission soit aussi facile à utiliser que possible.

20. Selon l'opinion contraire, qui a fini par l'emporter, une future édition de synthèse devrait reproduire le texte intégral des recommandations figurant dans le *Guide législatif*. Les dispositions types représentaient une évolution par rapport aux travaux antérieurs de la Commission et il fallait en tenir compte pour les comprendre. L'idée de conserver indéfiniment les deux textes sous forme de publications distinctes n'a pas recueilli un appui suffisant. L'avis qui a prévalu a été que les recommandations devraient être reproduites dans leur totalité dans une édition de synthèse, car elles représentaient le point de départ des travaux ultérieurs relatifs aux dispositions types.

21. La Commission est donc convenue qu'une future édition de synthèse devrait regrouper les dispositions types telles qu'adoptées par elle (voir annexe I) et les notes figurant dans le *Guide législatif*, et reproduire, à la fin, le texte intégral des recommandations telles qu'adoptées initialement par la Commission en 2000. Le secrétariat a été prié de revoir et, le cas échéant, de réviser les notes contenues dans le *Guide législatif*, de manière à tenir compte de la terminologie et de la structure des dispositions types.

C. Examen du projet de dispositions types[5]

Avant-propos

22. Le texte de l'avant-propos du projet de dispositions types était le suivant:

> "Les pages qui suivent contiennent un ensemble de principes législatifs généraux recommandés intitulés "Recommandations concernant la législation" et des dispositions législatives types (ci-après "les dispositions types") sur les projets d'infrastructure à financement privé. Les recommandations concernant la législation et les dispositions types ont pour objet d'aider les organes législatifs nationaux à mettre en place un cadre législatif favorable aux projets d'infrastructure à financement privé. Elles sont suivies de notes qui fournissent une analyse des différentes questions (financières, réglementaires, juridiques, de politique et autres) liées au sujet examiné. Il est conseillé de lire les recommandations concernant la législation et les dispositions types conjointement avec les notes qui fournissent des informations d'ordre général visant à mieux les faire comprendre.
>
> Les recommandations concernant la législation et les dispositions types sont un ensemble de dispositions fondamentales portant sur des questions qu'il importe d'aborder dans les textes législatifs ayant spécifiquement trait aux projets d'infrastructure à financement privé.
>
> Les dispositions types sont conçues pour être appliquées et complétées par des règlements plus détaillés, et les domaines pour lesquels un règlement serait plus approprié qu'une loi sont signalés. Par ailleurs, la réalisation avec succès de projets d'infrastructure à financement privé suppose, au-delà de la mise en place d'un cadre législatif approprié, l'existence de divers paramètres, tels que des structures et des pratiques administratives adéquates, des moyens organisationnels, des compétences techniques, juridiques et financières, des ressources humaines et financières suffisantes ainsi qu'une économie stable.
>
> Il convient de noter que les recommandations concernant la législation et les dispositions types n'abordent pas d'autres domaines du droit qui ont également un impact sur les projets d'infrastructure à financement privé, mais sur lesquels aucune recommandation n'est formulée dans le *Guide législatif*, par exemple la promotion et la protection des investissements, le droit des biens, les sûretés, les règles et procédures d'expropriation, le droit général des contrats, les règles applicables aux marchés publics et le droit administratif, le droit fiscal, la protection de l'environnement et les lois relatives à la protection des consommateurs."

23. Il a été proposé de mentionner aussi, au dernier paragraphe, parmi les domaines qui n'étaient pas abordés dans le *Guide* mais qui avaient un impact sur les projets d'infrastructure à financement privé, les lois et règlements concernant la fiscalité, les banques, les opérations de change et la faillite. Une note de bas de page ou un texte supplémentaire revêtant la forme d'un commentaire devrait encourager les États à autoriser les organismes de surveillance à appliquer des procédures et règlements concrets et simples pour donner effet à la loi. Il a été dit, par exemple, que le système de conversion et de rapatriement des devises étrangères devait être simple et rapide. Le dernier paragraphe de l'avant-propos devrait en outre indiquer que l'expérience, la transparence et la prévisibilité des systèmes judiciaires étaient également essentielles. Enfin, il devrait encourager les États à éliminer les contradictions avec d'autres lois et règlements, par exemple en précisant si la loi du pays sur les concessions l'emportait sur les lois fiscales ou les lois régissant les marchés publics.

24. La Commission a pris note de cette proposition mais a estimé que la plupart de ces questions étaient déjà traitées dans diverses parties du *Guide législatif*, en particulier au chapitre VII intitulé "Autres domaines pertinents du droit". Néanmoins, la Commission a accepté d'insérer, à la fin de l'avant-propos, une phrase appelant l'attention du législateur sur les rapports entre la législation spécifique aux projets d'infrastructure à financement privé et d'autres domaines du droit mentionnés dans l'avant-propos.

[5]Cette section contient des dispositions qui ont fait l'objet de commentaires de la part de la Commission. Le texte intégral des dispositions législatives de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé, y compris les dispositions qui ont été approuvées sans commentaire, figure à l'annexe I.

25. Sous réserve de cette modification, la Commission a approuvé l'avant-propos et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Chapitre premier. Dispositions générales

Disposition type 1. Préambule

26. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable d'établir un cadre législatif favorable pour promouvoir et faciliter l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé en accroissant la transparence, l'équité ainsi que la viabilité à long terme de ces projets et en éliminant les restrictions inopportunes à la participation du secteur privé à la construction et à l'exploitation des infrastructures;

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de renforcer davantage les principes généraux de transparence, d'économie et d'équité dans l'attribution de marchés par les autorités publiques en établissant des procédures précises pour l'attribution des projets d'infrastructure;

[Autres objectifs que l'État adoptant souhaiterait éventuellement indiquer;].

Le [Gouvernement] [Parlement] de _____ adopte la loi ci-après:"

27. On a déclaré qu'il faudrait, pour améliorer le projet de disposition type 1, suivre de plus près, au premier paragraphe du préambule, la deuxième phrase du préambule et le paragraphe 4 de l'introduction du *Guide législatif*. Il a été proposé de remanier ce paragraphe de sorte qu'il se lise comme suit:

"CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable d'établir un cadre législatif favorable à l'investissement privé dans les infrastructures publiques; et

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de promouvoir et de faciliter l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé en accroissant la transparence, l'équité ainsi que la viabilité à long terme de ces projets et en éliminant les restrictions inopportunes à la participation du secteur privé au financement, à la construction et à l'exploitation des infrastructures;"

28. La Commission a estimé que le projet de disposition type était suffisamment clair et que le remaniement proposé n'était pas nécessaire. Elle a approuvé sur le fond le projet de disposition type et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 2. Définitions

29. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"Aux fins de la présente Loi:

a) Le terme "ouvrage" désigne des installations matérielles et des systèmes qui fournissent directement ou indirectement des services à la population;

b) Les termes "projet d'infrastructure" désignent la conception, la construction, la mise en service et l'exploitation de nouveaux ouvrages ou la rénovation, la modernisation, l'expansion ou l'exploitation d'ouvrages existants;

c) Les termes "autorité contractante" désignent l'autorité publique qui a le pouvoir de conclure un contrat de concession pour l'exécution d'un projet d'infrastructure [conformément aux dispositions de la présente Loi][1];

d) Le terme "concessionnaire" désigne la personne qui exécute un projet d'infrastructure dans le cadre d'un contrat de concession conclu avec une autorité contractante;

e) Les termes "contrat de concession" désignent le ou les accords liant mutuellement l'autorité contractante et le concessionnaire qui énoncent les conditions d'exécution d'un projet d'infrastructure;

f) Les termes "soumissionnaire" et "soumissionnaires" désignent des personnes ou des groupes de personnes qui participent à des procédures de sélection concernant un projet d'infrastructure[2];

g) Les termes "proposition spontanée" désignent toute proposition relative à l'exécution d'un projet d'infrastructure qui n'est pas soumise en réponse à une sollicitation de propositions publiée par l'autorité contractante dans le cadre d'une procédure de sélection;

h) Les termes "organisme de réglementation" désignent une autorité publique qui est chargée d'édicter et de faire appliquer des règles et des règlements régissant l'ouvrage ou la prestation des services prévus[3].

---

[1]Il est à noter que l'autorité visée dans cette définition est uniquement habilitée à conclure des contrats de concession. Suivant le régime réglementaire de l'État adoptant, un organisme distinct, appelé "organisme de réglementation" à l'alinéa *h*, peut être chargé d'édicter des règles et règlements régissant la prestation des services prévus.

[2]Les termes "soumissionnaire" ou "soumissionnaires" désignent, selon le contexte, soit des personnes qui ont sollicité une invitation à participer à une procédure de présélection, soit des personnes qui ont soumis une proposition en réponse à une sollicitation de propositions émanant de l'autorité contractante.

[3]Il faudra peut-être définir la composition, la structure et les fonctions de cet organisme de réglementation dans un texte législatif spécial (voir recommandations 7 à 11 et chap. I[er], "Cadre législatif et institutionnel général", par. 30 à 53)."

30. Il a été proposé d'inclure une définition du terme "concession" de façon que le champ d'application des dispositions types apparaisse plus clairement. Une telle définition était, a-t-on dit, nécessaire pour établir clairement quelle loi devrait s'appliquer à telle relation contractuelle, quel que soit le nom donné au contrat régissant cette relation (concession, licence, bail, droits d'usufruit, etc.). On a en outre déclaré que dans de nombreux pays qui avaient adopté une loi relative aux contrats de construction-exploitation-transfert ou aux concessions, on pouvait constater que des entrepreneurs cherchaient à la contourner (en particulier les dispositions strictes relatives à la sélection des concessionnaires) en baptisant différemment leurs contrats ou en niant qu'il y ait une concession.

31. Il a donc été proposé que le projet de disposition type définisse le terme "concession" comme les actes imputables à l'État, par lesquels une autorité publique confiait à un tiers — que ce soit par un acte contractuel ou par un

acte unilatéral ayant reçu le consentement de ce tiers — la gestion totale ou partielle d'activités économiques ou de services qui relèvent normalement de sa responsabilité et pour lesquels ce tiers assume les risques d'exploitation.

32. La Commission a pris note de cette proposition mais a estimé que la nouvelle définition décrivait un concept juridique qui, s'il était connu dans certains systèmes juridiques, risquait de soulever un certain nombre de questions dans d'autres systèmes où la notion de "concession" n'était pas familière. En outre, certains des éléments de la définition proposée ont été considérés comme donnant lieu à des incertitudes, par exemple en ce qui concerne le montant du "risque" qui devait être assumé par le concessionnaire pour que le projet soit véritablement considéré comme une "concession". Il a été estimé que la définition existante, complétée par les notes figurant dans le *Guide législatif*, donnait des indications suffisantes quant aux types d'arrangement auxquels le projet de disposition législative type s'appliquait.

33. La Commission a approuvé le projet de disposition législative type sur le fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 3. Pouvoir de conclure des contrats de concession

34. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"Les autorités publiques ci-après ont le pouvoir de conclure des contrats de concession[4] pour l'exécution de projets d'infrastructure relevant de leur compétence respective: [*l'État adoptant indique les autorités publiques du pays hôte qui sont habilitées à conclure des contrats de concession en insérant soit une liste exhaustive ou indicative de ces autorités, soit une liste des types ou catégories d'autorités concernés soit encore une combinaison des deux*][5].

[4]Il est souhaitable d'établir des mécanismes institutionnels 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 (voir recommandation 6 et chap. Ier, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 23 à 29). En outre, pour les pays qui envisagent de fournir un certain type d'appui aux projets d'infrastructure, il peut être utile que les textes correspondants, tels que les lois ou règlements régissant les activités des organismes publics autorisés à fournir un tel appui, indiquent clairement quels sont les organismes habilités en la matière et quelle forme peut revêtir cet appui (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics").

[5]Les États adoptants auraient généralement deux possibilités pour compléter la présente disposition type. La première serait d'insérer une liste d'autorités habilitées à conclure des contrats de concession soit dans la disposition elle-même, soit dans une annexe. La seconde serait d'indiquer dans une disposition les niveaux de l'État autorisés à conclure de tels contrats, sans désigner nommément les autorités publiques concernées. S'agissant d'un État fédéral, par exemple, cette disposition pourrait mentionner l'"Union, les États [ou provinces] et les municipalités". En tout état de cause, il est souhaitable que les États adoptants qui veulent insérer une liste exhaustive envisagent des mécanismes permettant de revoir celle-ci en cas de besoin. Ils pourraient à cette fin faire figurer ladite liste dans une annexe à la loi ou dans un règlement d'application de la loi susceptible d'être adopté."

35. On a déclaré que dans la pratique il était toujours difficile d'établir avec précision, dans une loi relative aux concessions, les biens ou services qui pouvaient faire l'objet d'une concession et l'organe qui pouvait attribuer le contrat. Pour que la législation relative aux projets d'infrastructure à financement privé soit acceptable, en particulier dans les pays à économie en transition, il ne fallait pas, a-t-on dit, que ses dispositions remettent en question la répartition des pouvoirs convenus antérieurement (en particulier en ce qui concerne l'autonomie locale). On a donc recommandé d'adopter une disposition neutre qui renvoie à l'autorité ayant compétence sur les biens et services pour lesquels des concessions pouvaient être attribuées.

36. On a répondu que dans de nombreux pays il y avait des doutes considérables quant aux entités qui avaient le pouvoir d'attribuer des concessions et dans quels domaines. Le projet de disposition type rappelait utilement l'importance de la sécurité juridique sur cette question. De plus, le projet de disposition type était rédigé de façon suffisamment souple pour que l'État adoptant puisse le transposer dans sa législation de la façon convenant le mieux à son système constitutionnel et administratif.

37. La Commission est convenue de conserver en substance le projet de disposition législative type et de le renvoyer au groupe de rédaction.

Disposition type 4. Secteurs d'infrastructure dans lesquels des contrats de concession peuvent être conclus

38. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"Des contrats de concession peuvent être conclus par les autorités compétentes dans les secteurs suivants: [*l'État adoptant indique les secteurs concernés en insérant une liste exhaustive ou indicative*][6].

[6]Il est souhaitable que les États adoptants qui veulent insérer une liste exhaustive envisagent des mécanismes permettant de revoir celle-ci en cas de besoin. Ils pourraient à cette fin faire figurer ladite liste dans une annexe à la loi ou dans un éventuel règlement d'application."

39. On a fait observer que, dans la plupart des systèmes juridiques, une loi relative aux concessions ne pouvait conférer davantage de droits que ceux prévus par les lois sectorielles ou spécifiques. Au lieu d'établir une liste indicative ou exhaustive des domaines dans lesquels des concessions pouvaient être attribuées, il était préférable de faire référence de manière générale aux services et aux biens qui pouvaient faire l'objet d'une concession en vertu de toute loi applicable et, si nécessaire, de modifier les lois spécifiques ou sectorielles qui ne prévoyaient pas les concessions de façon à les autoriser. À l'inverse, une liste des biens ou services pour lesquels des concessions ne pouvaient être attribuées, du fait qu'ils relevaient de la souveraineté nationale ou faisaient partie du patrimoine national, était souvent établie.

40. La Commission a pris note de ces observations et suggestions. Néanmoins, elle a estimé que, comme dans le cas du projet de disposition type 3, le texte à l'examen rappelait utilement l'importance de la question tout en laissant à l'État adoptant suffisamment de latitude pour l'appliquer de la manière convenant le mieux à ses besoins constitutionnels et administratifs.

41. La Commission est convenue de conserver en substance le projet de disposition type et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Chapitre II. Sélection du concessionnaire

Disposition type 5. Règles régissant la procédure de sélection

42. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"La sélection du concessionnaire est effectuée conformément aux [*dispositions types 6 à 27*] et, pour les matières non régies ci-après, conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui prévoient des procédures de mise en compétition transparentes et efficaces pour l'attribution des marchés publics*][7].

[7]Il convient de noter la relation entre les procédures de sélection du concessionnaire et le cadre législatif général régissant l'attribution des marchés publics dans l'État adoptant. Si certains éléments de compétition structurée existant dans les méthodes traditionnelles de passation des marchés peuvent être utilement appliqués, il faut néanmoins introduire un certain nombre d'adaptations pour tenir compte des exigences particulières des projets d'infrastructure à financement privé, telles qu'une phase de présélection clairement définie, une certaine souplesse dans la formulation des sollicitations de propositions, des critères d'évaluation spéciaux et une certaine latitude pour négocier avec les soumissionnaires. Les procédures de sélection décrites dans le présent chapitre s'inspirent dans une large mesure de la principale méthode de passation des marchés de services prévue dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, adoptée par la Commission à sa vingt-septième session, tenue à New York du 31 mai au 17 juin 1994 (la "Loi type sur la passation des marchés"). Les dispositions types relatives à la sélection du concessionnaire n'ont pas pour objet de remplacer ni de reproduire la totalité des règles de l'État adoptant sur la passation des marchés publics, mais plutôt d'aider les législateurs nationaux à élaborer des règles s'appliquant spécialement à la sélection du concessionnaire. Elles partent du principe qu'il existe dans l'État adoptant un cadre général pour l'attribution des marchés publics prévoyant des procédures de mise en compétition transparentes et efficaces conformément aux règles énoncées dans la Loi type sur la passation des marchés. Aussi n'abordent-elles pas un certain nombre d'aspects procéduraux d'ordre pratique qui seraient normalement traités dans un régime général adéquat de passation des marchés. C'est le cas, par exemple, des points suivants: modalités de publication des avis, procédures de publication des sollicitations de propositions, conservation des actes et informations concernant la procédure de passation, possibilité de divulguer des informations au public, garanties de soumission et procédures de recours. Lorsqu'il y a lieu, les notes accompagnant les dispositions types renvoient aux dispositions de la Loi type sur la passation des marchés qui peuvent, *mutatis mutandis*, compléter les éléments pratiques de la procédure de sélection exposée dans le présent chapitre."

43. La Commission a accepté une suggestion tendant à supprimer les mots "garanties de soumission" à l'avant-dernière phrase de la note 7. Aucune autre observation ou suggestion n'a été faite concernant le projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

1. Présélection des soumissionnaires

Disposition type 6. Objet de la présélection et procédure de présélection

44. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. L'autorité contractante engage une procédure de présélection afin d'identifier les soumissionnaires ayant les qualifications voulues pour exécuter le projet d'infrastructure envisagé.

2. L'invitation à participer à la procédure de présélection est publiée conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation régissant la publication des invitations à participer aux procédures de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs*].

3. Dans la mesure où [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent le contenu des invitations à participer à la procédure de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs*][8] ne l'exigent pas déjà, l'invitation à participer à la procédure de présélection contient au minimum les renseignements suivants:

a) Une description de l'ouvrage à construire ou à rénover;

b) L'indication des autres éléments essentiels du projet, tels que les services devant être fournis par le concessionnaire, les arrangements financiers envisagés par l'autorité contractante (par exemple si le projet sera entièrement financé par des droits ou redevances ou si des fonds publics peuvent être octroyés au concessionnaire sous la forme de versements directs, de prêts ou de garanties);

c) Lorsqu'elles sont connues, un résumé des principales clauses du contrat de concession qui sera conclu;

d) Le mode et le lieu de soumission des demandes de présélection ainsi que le délai de soumission, consistant en une date et une heure précises et laissant suffisamment de temps aux soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs demandes; et

e) Le mode et le lieu de soumission des demandes de dossier de présélection.

4. Dans la mesure où [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la teneur du dossier de présélection devant être communiqué aux fournisseurs et aux entrepreneurs dans le cadre d'une procédure de présélection*][9] ne l'exigent pas déjà, le dossier de présélection indique au minimum les éléments suivants:

a) Les critères de présélection prévus dans la [*disposition type 7*];

b) Si l'autorité contractante a l'intention de renoncer à appliquer les restrictions prévues dans la [*disposition type 8*] concernant la participation de consortiums;

[8]On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans une invitation à participer à une procédure de présélection au paragraphe 2 de l'article 25 de la Loi type sur la passation des marchés.

[9]On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans un dossier de présélection au paragraphe 3 de l'article 7 de la Loi type sur la passation des marchés.

c) Si l'autorité contractante a l'intention de demander à un nombre limité[10] seulement de soumissionnaires présélectionnés de soumettre des propositions une fois la procédure de présélection terminée conformément au [*paragraphe 2 de la disposition type 9*] et, le cas échéant, la façon dont cette sélection sera effectuée;

d) Si l'autorité contractante a l'intention de demander au soumissionnaire retenu de fonder une personne morale indépendante, constituée et incorporée selon les lois du [*présent État*] conformément à la [*disposition type 30*].

5. Pour les matières non régies par [*la présente disposition type*], la procédure de présélection est conduite conformément au [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur la passation des marchés publics qui régissent la conduite de la procédure de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs*][11].

[10]Dans certains pays, des principes directeurs pratiques sur les procédures de sélection encouragent les autorités contractantes nationales à limiter les soumissions de propositions au plus petit nombre possible suffisant pour garantir une véritable concurrence (trois ou quatre, par exemple). La façon dont les systèmes de notation (en particulier quantitative) peuvent être utilisés pour arriver à ce nombre est examinée dans le *Guide législatif* (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 48 et 49). Voir également la note 14.

[11]Les paragraphes 2 à 7 de l'article 7 de la Loi type sur la passation des marchés décrivent différents aspects de la procédure de présélection, notamment la façon dont les demandes d'éclaircissements sont traitées et l'obligation d'information qui incombe à l'autorité contractante, concernant sa décision sur les qualifications des soumissionnaires."

45. On a émis l'avis que la portée de l'alinéa *a* du paragraphe 3 était trop restreinte et qu'il faudrait ajouter les mots "ou à exploiter" après les mots "à construire ou à rénover". Comme solution de rechange, on a suggéré de faire référence à la notion de "projet d'infrastructure" qui, telle qu'elle était définie à l'alinéa *b* du projet de disposition type 2, englobait la notion d'exploitation de l'infrastructure.

46. En réponse à ces propositions, on a fait observer que l'alinéa *a* portait essentiellement sur la description de l'ouvrage et que d'autres alinéas mentionnaient des éléments concernant la phase de l'exploitation.

47. La Commission a approuvé ce projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction, en priant celui-ci en particulier de proposer un nouveau libellé approprié pour l'alinéa *a* du paragraphe 3.

Disposition type 7. Critères de présélection

48. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 8. Participation de consortiums

49. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. Lorsqu'elle invite initialement les soumissionnaires à participer à la procédure de sélection, l'autorité contractante les autorise à constituer des consortiums soumissionnaires. Les renseignements demandés aux membres d'un consortium soumissionnaire pour démontrer leurs qualifications conformément à la [*disposition type 7*] concernent à la fois le consortium dans son ensemble et chacun de ses participants.

2. Sauf [autorisation contraire de … [*l'État adoptant indique l'autorité compétente*] et] indication contraire dans le dossier de présélection, chaque membre d'un consortium ne peut participer, directement ou indirectement, qu'à un seul consortium[13]. Toute infraction à cette règle entraîne la disqualification du consortium et de ses différents membres.

3. Lors de l'examen des qualifications des consortiums soumissionnaires, l'autorité contractante prend en considération les capacités des différents membres du consortium et détermine si la combinaison de ces qualifications permet de répondre aux besoins de toutes les phases du projet.

[13]L'interdiction faite aux soumissionnaires de participer à plus d'un consortium pour soumettre des propositions concernant le même projet vise à réduire le risque de fuite de renseignements ou de collusion entre consortiums concurrents. La disposition type envisage néanmoins la possibilité d'exceptions particulières à cette règle dans le cas, par exemple, où seulement une entreprise ou un nombre limité d'entreprises seraient susceptibles de fournir un bien ou un service essentiel à l'exécution du projet."

50. On a déclaré qu'on pourrait améliorer le projet de disposition type en en modifiant le libellé de sorte qu'il n'empêche pas, par déduction, un membre d'un consortium soumissionnaire perdant de prendre part à un autre consortium, à condition que cette participation soit annoncée à toutes les parties et soit par ailleurs acceptable et qu'aucun soumissionnaire ne puisse, à un moment donné, être membre de plus d'un consortium à la fois.

51. Les membres de la Commission se sont accordés à estimer qu'un soumissionnaire dont le consortium avait abandonné ou avait dû quitter la procédure de sélection (par exemple parce qu'il n'avait pu obtenir les moyens de financement nécessaires) qui désirait se joindre à un autre consortium soumissionnaire devait être autorisé à le faire. Cette possibilité, a-t-on dit, n'était pas incompatible avec la recommandation législative 16.

52. Sous réserve de l'adjonction des mots "à la fois" à la fin de la première phrase du paragraphe 2, la Commission a approuvé ce projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 9. Décision concernant la présélection

53. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

2. Procédure de sollicitation de propositions

Disposition type 10. Sollicitation de propositions en une étape ou en deux étapes

54. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a

donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 11. Teneur de la sollicitation de propositions

55. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 12. Garanties de soumission

56. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. La sollicitation de propositions énonce les exigences concernant l'émetteur de la garantie de soumission ainsi que la nature, la forme, le montant et d'autres conditions principales de la garantie de soumission demandée.

2. Un soumissionnaire ne perd pas les garanties de soumission qu'il a pu être tenu de fournir sauf dans les cas suivant[19]:

a) Retrait ou modification d'une proposition après la date limite de soumission des propositions et, si cela est prévu dans la sollicitation de propositions, avant la date limite;

b) Défaut de participation aux négociations finales avec l'autorité contractante conformément au [*paragraphe 1 de la disposition type 17*];

c) Défaut de présentation d'une meilleure offre définitive dans le délai prescrit par l'autorité contractante conformément au [*paragraphe 2 de la disposition type 17*];

d) Défaut de signature de l'accord de concession alors que la signature est exigée par l'autorité contractante, une fois la proposition acceptée;

e) Défaut de fourniture de la garantie requise de bonne exécution du contrat de concession après l'acceptation de la proposition ou manquement, avant la signature du contrat de concession, à toute autre condition spécifiée dans la sollicitation de propositions.

[19]On trouvera des dispositions générales sur les garanties de soumission à l'article 32 de la Loi type sur la passation des marchés."

57. Il a été dit que, par rapport au paragraphe 62 du chapitre III intitulé "Sélection du concessionnaire" du *Guide législatif*, le projet de disposition type offrait à l'autorité contractante des possibilités supplémentaires de conserver les garanties de soumission. En effet, alors que le paragraphe 62 susmentionné indiquait simplement qu'il était souhaitable de préciser dans la sollicitation de propositions toutes les exigences concernant les garanties de soumission, l'alinéa *b* du paragraphe 2 prévoyait que le soumissionnaire pouvait perdre la garantie qu'il avait fournie s'il ne participait pas aux négociations finales ou, comme prévu à l'alinéa *c*, s'il ne présentait pas une meilleure offre définitive. En outre, dans sa rédaction actuelle, la dernière disposition donnait à penser qu'un soumissionnaire risquait de perdre sa garantie du simple fait qu'il n'avait pas présenté une "meilleure offre définitive" jugée acceptable par l'autorité contractante.

58. On a répondu que normalement la meilleure offre définitive et les négociations finales intervenaient — et devaient intervenir — pendant la période de validité de la soumission et devaient être couvertes par la garantie de soumission. La procédure de négociations finales, y compris l'exigence d'une meilleure offre définitive, ne pouvaient prendre le soumissionnaire par surprise puisqu'elles auraient été annoncées avec la sollicitation de propositions. En outre, les conditions d'une meilleure offre définitive étaient entièrement sous le contrôle du soumissionnaire, lequel n'était nullement tenu de les améliorer par rapport à ses conditions précédentes. La portée du renvoi au projet de disposition type 17 était limitée au délai disponible pour la soumission d'une meilleure offre définitive.

59. La Commission a convenu qu'il serait possible de répondre aux préoccupations qui avaient été exprimées en précisant la relation entre les projets de disposition type 12 et 17. En particulier, une proposition tendant à remplacer, à l'alinéa *c* du paragraphe 2, les mots "défaut de présentation d'une meilleure offre définitive" par les mots "défaut de présentation de sa meilleure offre définitive" a été appuyée.

60. En réponse à une suggestion tendant à remplacer les mots "meilleure offre définitive", dans le projet de disposition type et ailleurs dans le texte, simplement par le mot "offre" ou les mots "offre définitive", on a fait valoir que l'expression actuellement utilisée dans le texte était une expression consacrée bien connue dans la pratique de la passation internationale des marchés. La Commission a décidé de la maintenir. Elle a aussi décidé de maintenir le mot "finales" après le mot "négociations" à l'alinéa *b* du projet de paragraphe 2, car les termes "négociations finales" décrivaient bien une phase particulière de la procédure de sélection.

61. Sous réserve de la modification mentionnée ci-dessus, la Commission a approuvé ce projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 13. Éclaircissements et modifications

62. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"L'autorité contractante peut, de sa propre initiative ou en réponse à une demande d'éclaircissements d'un soumissionnaire, revoir et, selon qu'il convient, réviser tout élément de la sollicitation définitive de propositions mentionné dans [*la disposition type 11*]. Elle indique dans les actes relatifs à la procédure de sélection devant être conservés conformément à [*la disposition type 26*] les motifs de toute révision de la sollicitation. Les suppressions, modifications ou ajouts éventuels sont portés à la connaissance des soumissionnaires de la même manière que la sollicitation de propositions dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des propositions."

63. Il a été proposé de spécifier dans le projet de disposition type que l'autorité contractante n'avait pas à informer les participants de l'identité des soumissionnaires. On a fait valoir que, dans la pratique, lorsque l'identité des soumissionnaires était connue, on courait le risque qu'un soumissionnaire par exemple gonfle artificiellement ses prix pour les rapprocher des prix plus élevés qu'il

s'attendait à voir annoncer par tel concurrent, et ce au détriment de l'autorité contractante.

64. On s'est élevé contre cette proposition en faisant valoir que, dans l'intérêt de la transparence, dans la plupart des pays, l'identité des soumissionnaires devait être communiquée à toute personne qui demandait cette information. Cette pratique était reflétée par exemple au paragraphe 6 de l'article 7 de la Loi type sur la passation des marchés qui exigeait que l'entité adjudicatrice "communique à toute personne qui en fait la demande le nom de tous les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés". Il a été dit que l'anonymat dans les procédures de passation des marchés était un anathème incompatible avec la transparence qui ne devait pas être avalisé par le projet de dispositions types.

65. On a demandé si les éclaircissements et modifications devaient nécessairement être apportés par écrit et si l'identité du soumissionnaire qui les avait sollicités devait être révélée. On a répondu que ces questions étaient laissées au régime général de passation des marchés de l'État adoptant, lequel ne pouvait être intégralement reproduit dans le projet de dispositions types. On partait de l'hypothèse que ce régime devait prévoir, à l'instar de la Loi type sur la passation des marchés, que les communications autres que celles faites pendant une réunion avec les soumissionnaires devaient être présentées sous une forme qui atteste leur teneur (voir la Loi type sur la passation des marchés, art. 9, par. 1) et que l'origine de la demande d'éclaircissements ne devait pas être indiquée afin d'éviter de fausser la concurrence entre les soumissionnaires (voir la Loi type sur la passation des marchés, art. 28, par. 1).

66. Il n'a été fait aucune autre observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 14. Critères d'évaluation

67. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions techniques[20] incluent au minimum les éléments suivants:

a) Rationalité technique;

b) Respect des normes environnementales;

c) Faisabilité opérationnelle;

d) Qualité des services et mesures visant à assurer leur continuité.

2. Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions financières et commerciales[21] incluent, selon qu'il convient:

a) La valeur courante pendant la période de la concession des péages, prix unitaires et autres charges proposés;

b) La valeur courante des paiements directs que l'autorité contractante propose d'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, d'une autorité publique du [*présent État*];

e) La rationalité des arrangements financiers proposés;

f) La conformité des propositions aux clauses contractuelles négociables proposées par l'autorité contractante dans la sollicitation de propositions;

g) Le potentiel de développement socioéconomique offert par les propositions.

[20]Voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 74.

[21]Voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 75 à 77."

68. En réponse à une question, il a été souligné que les termes "valeur courante" renvoyaient à une méthode de calcul consistant à ramener les recettes ou les dépenses futures prévues à leur valeur actuelle en tenant compte de l'évolution future, notamment, des taux d'intérêt, des taux de change ou de l'inflation pendant la période considérée.

69. Le projet de disposition type n'a suscité aucun autre commentaire ou question lors de la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 15. Comparaison et évaluation des propositions

70. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 16. Confirmation de l'adéquation des qualifications aux critères

71. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"L'autorité contractante peut exiger de tout soumissionnaire présélectionné qu'il confirme ses qualifications conformément aux critères utilisés pour la présélection. Elle disqualifie tout soumissionnaire qui ne confirme pas ses qualifications alors qu'il en a été prié[23].

[23]Lorsqu'une procédure de présélection a été engagée, les critères doivent être les mêmes que ceux utilisés dans le cadre de cette procédure."

72. Il a été demandé si le projet de disposition type s'appliquait aussi aux consortiums ou s'il suffisait qu'un membre d'un consortium possède les qualifications requises.

73. De l'avis de la Commission, il était sous-entendu dans le régime recommandé dans les projets de dispositions types et dans le *Guide législatif* (par exemple au paragraphe 41 du chapitre III, "Sélection du concessionnaire") que, s'agissant des consortiums soumissionnaires, les critères de qualification requis (que ce soit au début ou dans le cours de la procédure de sélection) s'appliquaient aussi bien au consortium dans son ensemble qu'à chacun de ses membres. Toutefois, selon elle, il n'était pas nécessaire d'ajouter de libellé pour introduire cette précision.

74. En réponse à une proposition visant à limiter le nombre de fois où l'autorité contractante a le droit de demander au soumissionnaire qu'il confirme ses qualifications, on a fait observer que les projets de dispositions types partaient du principe que les parties agiraient de bonne foi et que, si tel n'était pas le cas, y compris de la part de l'autorité contractante, les conséquences en découlant étaient régies par le régime général de passation des marchés de l'État adoptant.

75. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 17. Négociations finales

76. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. L'autorité contractante classe toutes les propositions conformes et invite à une négociation finale du contrat de concession le soumissionnaire ayant obtenu la note la plus élevée. Les négociations finales ne portent pas sur les clauses contractuelles éventuellement déclarées non négociables dans la sollicitation définitive de propositions.

2. Si l'autorité contractante se rend compte que les négociations avec le soumissionnaire invité n'aboutiront pas à un contrat de concession, elle informe ce dernier de son intention d'y mettre fin et lui accorde un délai raisonnable pour présenter sa meilleure offre définitive. Si le soumissionnaire ne présente pas une offre acceptable par l'autorité contractante dans le délai prescrit, celle-ci met fin aux négociations avec lui. Elle invite ensuite les autres soumissionnaires à des négociations dans l'ordre de leur classement jusqu'à ce qu'elle parvienne à conclure un contrat de concession ou rejette toutes les propositions restantes. L'autorité contractante ne reprend pas des négociations avec un soumissionnaire auxquelles elle a mis fin conformément au présent paragraphe."

77. Par souci de clarté, il a été convenu d'insérer au paragraphe 1 les mots "en fonction des critères d'évaluation" après "propositions conformes".

78. Selon un avis, le paragraphe 2 comportait un risque, à savoir qu'une exigence formulée par l'autorité ou une contrainte imposée unilatéralement par elle n'entraîne la fin des négociations. Il a été répondu que les projets de dispositions types étaient censés proposer une procédure structurée pour les négociations finales. Ils n'étaient pas destinés à empêcher la mauvaise foi dans les négociations, ce qui, du reste, leur était impossible. D'autres moyens devraient être prévus dans le régime général de passation des marchés de l'État adoptant pour prévenir et sanctionner toute mauvaise foi de la part de l'autorité contractante. L'existence d'un mécanisme de recours équitable et transparent était présupposée, comme l'indiquaient par exemple les projets de dispositions types 5 et 27.

79. Afin de faire apparaître plus clairement le lien entre l'alinéa *c* du paragraphe 2 du projet de disposition type 12 et le paragraphe 2 du projet de disposition 17 (voir par. 58 et 59), il a été convenu de modifier la deuxième phrase de ce dernier paragraphe à peu près comme suit: "Si l'autorité contractante ne juge pas la proposition acceptable, elle met fin aux négociations avec le soumissionnaire concerné."

80. Il a été demandé si l'autorité contractante devrait être obligée de négocier avec tous les soumissionnaires sélectionnés ou si, après être parvenue à un accord avec l'un d'entre eux, elle pourrait écarter les soumissionnaires ayant obtenu une note inférieure, avant même de négocier avec eux. Si tel était le cas, il faudrait modifier le projet de disposition type 17 et insérer, à la fin de la troisième phrase du paragraphe 2, un libellé tel que: "sans toutefois avoir à négocier avec tous" ou une formule similaire.

81. On a fait observer, en réponse, que les négociations finales prévues dans le projet de disposition type étaient de toute évidence envisagées comme des négociations consécutives et non simultanées. Le libellé du projet de disposition, a-t-on noté, s'inspirait de celui de l'article 44 de la Loi type sur la passation des marchés, qui traitait de la procédure de sélection des prestataires de services avec négociations consécutives. La proposition d'ajout n'a cependant pas été jugée nécessaire.

82. À ce sujet, il a été estimé que le projet de disposition type, tout en tenant compte de conseils donnés dans le *Guide législatif* (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 84), allait plus loin que la recommandation 27. On ne voyait guère pourquoi l'autorité contractante devait s'interdire de rouvrir des négociations avec un soumissionnaire précédemment rejeté. Il pouvait arriver, pour diverses raisons, que l'autorité contractante ne puisse mener à terme des négociations avec un autre soumissionnaire et souhaite faire une nouvelle tentative avec les mêmes soumissionnaires qu'elle avait précédemment écartés. Une disposition plus souple était souhaitable, a-t-on dit, en raison de la complexité et de la longueur des négociations. La Commission a pris note de cet avis, mais a estimé que le fait d'autoriser l'autorité contractante à rouvrir des négociations avec un soumissionnaire après y avoir mis fin reviendrait à transformer les négociations en négociations simultanées et ne permettrait pas d'assurer le degré de transparence recommandé dans le *Guide législatif*.

83. Sous réserve des modifications proposées ci-dessus, la Commission a approuvé ce projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

3. Négociation de contrats de concession sans procédure de mise en compétition

Disposition type 18. Circonstances autorisant l'attribution d'un contrat sans procédure de mise en compétition

84. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 19. Procédures de négociation d'un contrat de concession

85. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a

donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

4. Propositions spontanées

86. Pour plus de clarté, les projets de dispositions types traitant des propositions spontanées étaient accompagnés d'une note de bas de page.

87. Ce projet de note n'a suscité aucun commentaire lors de la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 20. Admissibilité des propositions spontanées

88. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 21. Procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées

89. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 22. Propositions spontanées ne comportant pas de droits de propriété intellectuelle, de secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs

90. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 23. Propositions spontanées comportant des droits de propriété intellectuelle, des secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs

91. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

5. Dispositions diverses

Disposition type 24. Confidentialité des négociations

92. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

> "L'autorité contractante traite les propositions de manière à éviter la divulgation de leur contenu aux soumissionnaires concurrents. Toutes discussions, communications et négociations ayant eu lieu entre l'autorité contractante et un soumissionnaire conformément [*au paragraphe 3 de la disposition type 10, aux dispositions types 17, 18, 19 ou aux paragraphes 3 et 4 de la disposition type 23*] sont confidentielles. Sauf si la loi ou une ordonnance judiciaire l'exige, aucune partie aux négociations ne divulgue à aucune autre personne, en dehors de ses mandataires, sous-traitants, prêteurs, conseillers ou consultants des informations techniques, des informations relatives aux prix ou d'autres informations qu'elle a reçues concernant des discussions, communications et négociations ayant eu lieu conformément aux dispositions précitées sans le consentement de l'autre partie."

93. On a fait observer que le projet de disposition type allait plus loin que la recommandation 36 en prévoyant que toutes les "communications" avec les soumissionnaires seraient confidentielles. Par ailleurs, la troisième phrase faisait uniquement référence à des informations confidentielles qu'une partie avait "reçues" et non à celles qu'elle avait pu fournir. Tel qu'actuellement libellé, le projet de disposition type semblait signifier implicitement qu'un soumissionnaire ne serait pas autorisé à communiquer à ses mandataires, sous-traitants, prêteurs, conseillers ou consultants des informations techniques, des informations relatives aux prix ou d'autres informations qu'il aurait fournies. On a fait valoir qu'on pourrait résoudre ce problème de manière adéquate en ajoutant "sauf exceptions appropriées, qui peuvent être prévues dans la sollicitation de propositions ou négociées avec l'autorité contractante" à la fin de la troisième phrase.

94. La Commission a reconnu que le libellé actuel soulevait des difficultés mais a estimé que l'amendement proposé ne suffirait pas à les régler, en particulier parce que le texte, tel qu'il était rédigé, faisait déjà référence au fait qu'une partie consente à communiquer des informations. Elle a ensuite examiné diverses autres solutions et est finalement convenue d'apporter les modifications suivantes à la troisième phrase de la disposition type: insérer les mots "ou si la sollicitation de propositions l'autorise" après "ordonnance judiciaire"; supprimer les mots "en dehors de ses mandataires, sous-traitants, prêteurs, conseillers ou consultants"; et supprimer les mots "qu'elle a reçues" après "d'autres informations".

95. Sous réserve de ces modifications et de la suppression des mots "des négociations" dans l'intitulé, la Commission a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 25. Avis d'attribution du contrat

96. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 26. Conservation des actes et informations liés aux procédures de sélection et d'attribution

97. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 27. Procédures de recours

98. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Chapitre III. Construction et exploitation de l'infrastructure

Disposition type 28. Contenu du contrat de concession

99. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"Le contrat de concession comporte des dispositions sur des questions que les parties estiment appropriées, telles que:

a) La nature et la portée des travaux devant être réalisés et des services devant être fournis par le concessionnaire [*voir chap. IV, par. 1*];

b) Les conditions de la fourniture de ces services et l'étendue de l'exclusivité, le cas échéant, des droits du concessionnaire découlant du contrat de concession [*voir recommandation 5*];

c) L'assistance que l'autorité contractante peut fournir au concessionnaire pour qu'il obtienne les licences et permis nécessaires pour l'exécution du projet d'infrastructure;

d) Toutes prescriptions relatives à la constitution d'une personne morale et à son capital minimal conformément à la [*disposition type 30*] [*voir recommandations 42 et 43 et disposition type 30*];

e) La propriété des biens liés au projet et les obligations des parties, selon qu'il convient, concernant l'acquisition du site du projet et toutes servitudes nécessaires, conformément aux [*dispositions types 31 à 33*] [*voir recommandations 44 et 45 et dispositions types 31 à 33*];

f) La rémunération du concessionnaire, qu'elle consiste en des redevances ou en des droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit; les méthodes et formules de fixation ou d'ajustement de telles redevances ou de tels droits; et les versements éventuels pouvant être faits par l'autorité contractante ou une autre autorité publique [*voir recommandations 46 et 48*];

g) Les procédures d'examen et d'approbation des études techniques, plans et spécifications par l'autorité contractante et les procédures d'essai et d'inspection finale, d'approbation et d'acceptation de l'ouvrage [*voir recommandation 52*];

h) L'étendue des obligations imposées au concessionnaire pour assurer, selon qu'il convient, la modification du service afin de répondre à la demande effective de ce service, sa continuité et sa fourniture dans des conditions essentiellement identiques pour tous les usagers [*voir recommandation 53 et projet de disposition type 38*];

i) Le droit de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique de suivre les travaux devant être réalisés et les services devant être fournis par le concessionnaire et les conditions auxquelles ainsi que la mesure dans laquelle l'autorité contractante ou un organisme de réglementation peuvent ordonner des modifications des travaux et des conditions du service ou prendre d'autres mesures raisonnables qu'ils peuvent 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 [*voir recommandations 52 et 54, al.* b];

j) 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 [*voir recommandation 54, al.* a];

k) Des mécanismes pour faire face aux frais supplémentaires et autres conséquences pouvant résulter de tout ordre émanant de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique en liaison avec les alinéas *h* et *i* ci-dessus, y compris toute indemnité à laquelle le concessionnaire pourrait avoir droit [*voir chap. IV, par. 73 à 76*];

l) Tous droits de l'autorité contractante d'examiner et d'approuver les principaux contrats que le concessionnaire est appelé à conclure, en particulier les contrats avec ses propres actionnaires ou d'autres personnes ayant un lien avec lui [*voir recommandation 56*];

m) Les garanties de bonne exécution que le concessionnaire est tenu de fournir et les polices d'assurance qu'il est tenu de souscrire pour l'exécution du projet d'infrastructure [*voir recommandation 58, al.* a *et* b];

n) Les voies de recours ouvertes en cas de défaillance de l'une ou l'autre partie [*voir recommandation 58, al.* e];

o) 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 le contrat de concession en raison de circonstances échappant à son contrôle raisonnable [*voir recommandation 58, al.* d];

p) La durée du contrat de concession et les droits et obligations des parties à son expiration ou lors de sa résiliation [*voir recommandation 61*];

q) Les modalités de calcul de l'indemnité en application de la [*disposition type 47*] [*voir recommandation 67*];

r) Le droit applicable et les mécanismes de règlement des différends pouvant surgir entre l'autorité contractante et le concessionnaire [*voir recommandation 69 et disposition type 49*]."

100. Il a été dit qu'on améliorerait le projet de disposition type en y insérant une référence à chacune des dispositions types ayant trait au contenu du contrat de concession, faute de quoi certaines dispositions importantes risquaient de sembler secondaires. Il a été proposé d'autre part que le projet de disposition type fasse aussi référence aux points suivants: mécanismes d'exécution prévus dans le cas où un utilisateur public de l'ouvrage ne paie pas les biens ou services fournis; répartition des risques en cas de vices cachés dans les ouvrages devant être rénovés; et répartition des risques concernant les conditions environnementales non divulguées pour les ouvrages devant être exploités ou rénovés par le concessionnaire. Une autre possibilité serait d'énumérer ces questions dans une note relative au projet de disposition type. D'autres questions ont été mentionnées au cours des délibérations, notamment les

versements que le concessionnaire pourrait être tenu de faire à l'autorité contractante.

101. Tout en reconnaissant la pertinence de ces questions supplémentaires, la Commission a dans l'ensemble préféré ne pas allonger la liste des sujets auxquels il est fait référence dans le projet de disposition type, du fait en particulier que certaines des questions mentionnées dans la proposition n'avaient pas été examinées dans le *Guide législatif*. Elle a toutefois convenu que, par souci de clarté, une note de bas de page devrait accompagner le chapeau de la disposition type pour rappeler aux États adoptants que l'inclusion dans le contrat de concession de dispositions portant sur certaines des questions énumérées dans la disposition type était obligatoire en vertu d'autres dispositions types.

102. La Commission a noté qu'à sa quatrième session, en 2001, le Groupe de travail avait été d'avis dans l'ensemble que diverses questions traitées au chapitre IV du *Guide législatif* de la CNUDCI étaient de nature contractuelle et n'exigeaient pas de dispositions types particulières (voir A/CN.9/505, par. 110 à 116). Il était néanmoins convenu qu'il serait utile de rédiger une disposition législative type énumérant les questions essentielles devant être abordées dans l'accord de projet. La liste actuelle a été établie à partir des intitulés qui précédaient les recommandations 41 à 68, en apportant les modifications éventuellement nécessaires pour indiquer clairement, mais sans détails inutiles, les différents sujets à aborder dans cet accord (voir A/CN.9/505, par. 114). Certaines de ces questions faisaient également l'objet de dispositions types particulières, tandis que d'autres avaient trait à des recommandations pour lesquelles le Groupe de travail n'avait exigé aucune disposition (voir A/CN.9/522, par. 56).

103. La Commission n'ignorait pas qu'il y avait chevauchement entre des questions de la liste et des questions abordées dans les projets de dispositions types suivants. Cela tenait au fait que le caractère contractuel ou réglementaire de certaines questions différait selon les systèmes juridiques. Dans l'ensemble, les projets de dispositions types figurant aux chapitres III, IV et V étaient le fruit d'un compromis auquel était parvenu le Groupe de travail, et il serait préférable que la Commission ne revienne pas sur la décision qu'il avait prise.

104. Il a été noté en outre que les mots "telles que", dans le chapeau du projet de disposition type, avaient été employés par le Groupe de travail pour insister sur l'idée que la liste, tout en ayant trait à des questions essentielles, ne visait pas à être obligatoire dans son intégralité. La Commission a ensuite examiné diverses propositions visant à améliorer la formulation du projet de disposition type. L'une d'entre elles consistait à remplacer les mots "telles que", dans le chapeau, par les mots "notamment, mais non exclusivement, parmi les suivantes,". Une autre proposition était d'ajouter une note de bas de page rédigée de manière à indiquer que la liste n'était pas exhaustive et que les parties au contrat de concession pouvaient se mettre d'accord sur des dispositions relatives à toutes autres questions qu'elles jugeaient appropriées, y compris sur celles auxquelles il était fait référence dans d'autres dispositions types. Une autre proposition encore visait à présenter un tel texte dans un paragraphe distinct plutôt que dans une note de bas de page.

105. Après avoir longuement débattu de ces propositions, et notant qu'elles n'avaient pas reçu un appui suffisant, la Commission a décidé de conserver la formulation actuelle du projet de disposition type, sous réserve de l'addition d'un alinéa faisant référence à la mesure dans laquelle les informations devraient être traitées de manière confidentielle. Elle est également convenue que le titre du chapitre devrait être "Contrat de concession" au lieu de "Construction et exploitation de l'infrastructure".

106. Sous réserve de ces modifications, la Commission a approuvé ce projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 29. Droit applicable

107. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 30. Organisation du concessionnaire

108. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

> "L'autorité contractante peut exiger que le soumissionnaire retenu constitue une personne morale conformément aux lois du [*présent État*], à condition qu'une déclaration ait été faite à cet effet dans le dossier de présélection ou dans la sollicitation de propositions, selon le cas. Toute prescription relative au capital minimal d'une telle personne morale ainsi que la procédure d'approbation par l'autorité contractante de ses statuts et des modifications importantes desdits statuts sont énoncées dans le contrat de concession."

109. Sous réserve de l'adjonction des mots "conformément aux termes de la sollicitation de propositions" à la fin de la seconde phrase, la Commission a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 31. Propriété des biens

110. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 32. Acquisition de droits relatifs au site du projet

111. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 33. Servitudes

112. Le texte du projet de disposition type et celui de la note de bas de page se rapportant à son intitulé étaient les suivants:

> "Le concessionnaire [a le droit] [se voit accorder le droit] de pénétrer sur la propriété de tiers, d'y passer,

d'y effectuer des travaux ou d'y installer des équipements, selon qu'il convient et selon les besoins de l'exécution du projet conformément à [*l'État adoptant indique les dispositions de son droit qui régissent les servitudes et autres droits similaires dont bénéficient ses entreprises de service public et exploitants d'infrastructure en vertu de ses lois*][39].

[39]Le droit de traverser une propriété adjacente à des fins liées au projet ou pour y effectuer des travaux peut être acquis par le concessionnaire directement ou d'office par une autorité publique en même temps que le site du projet. Une solution quelque peu différente pourrait être de prévoir que la loi elle-même autorise les prestataires de services publics à pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou à y installer des équipements selon les besoins de la construction, de l'exploitation et de la maintenance d'infrastructures publiques (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 30 à 32). La variante proposée dans la première série de crochets, dans la disposition type, vise à refléter ces options."

113. Selon un avis, le projet de disposition type, dans sa rédaction actuelle, était trop ramassé et ne rendait pas suffisamment compte des différentes façons possibles de créer les servitudes pouvant être nécessaires à l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé.

114. On a souligné qu'il n'était en général ni rapide ni économique de laisser au concessionnaire le soin d'acquérir des servitudes directement auprès des propriétaires des terrains visés. Il fallait par conséquent que le projet de disposition type indique plus clairement que ces servitudes devaient être obligatoirement acquises par l'autorité contractante en même temps que le site du projet.

115. Il a cependant été noté que, comme l'indiquait le *Guide législatif* (chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 32), dans certains pays la loi elle-même autorisait les prestataires de services publics à pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou à y installer des équipements selon les besoins de la construction, de l'exploitation et de la maintenance d'infrastructures publiques. Cette solution pouvait éviter d'avoir à acquérir des servitudes sur différents terrains. Il s'agissait là d'une des possibilités à laquelle le projet de disposition type semblait vouloir se référer, sans toutefois atteindre le degré souhaitable de clarté.

116. La Commission a examiné diverses propositions visant à améliorer le texte du projet de disposition type. Elle est finalement convenue que, pour plus de clarté, ce dernier pourrait être calqué sur la structure plus analytique du projet de disposition type 32 et mentionner, dans son paragraphe 1, deux modalités possibles de création des servitudes (à savoir par la loi elle-même ou par un acte de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique); le paragraphe 2 devra faire référence au respect de la législation interne sur les procédures de création des servitudes.

117. La Commission a prié le groupe de rédaction d'élaborer, en tenant compte de ces observations, un texte approprié qui remplacerait l'actuel projet de disposition type.

Disposition type 34. Arrangements financiers

118. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"Le concessionnaire a le droit de demander, recevoir ou percevoir des redevances ou droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit. L'accord de concession prévoit des méthodes et formules de fixation et d'ajustement de ces redevances ou droits [*conformément aux règles établies par l'organisme de réglementation compétent*][40].

[40]Les péages, droits ou autres sommes perçus par le concessionnaire, désignés dans le *Guide législatif* par le terme "redevances" peuvent être, en l'absence de subventions ou de versements de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques, la principale (parfois même la seule) source de recettes permettant d'amortir les investissements effectués dans le projet (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 30 à 60). Le coût auquel les services publics sont fournis constitue généralement l'un des éléments de la politique d'infrastructure de l'État et une question d'un intérêt immédiat pour une grande partie de la population. C'est pourquoi de nombreux pays ont des règles spéciales pour le contrôle des redevances et des droits afférents à la prestation de services publics. En outre, dans certains systèmes juridiques, la loi ou des règles de droit générales définissent les paramètres applicables à la détermination des prix des biens ou des services, par exemple en prévoyant que les redevances doivent être "raisonnables", "équitables" ou "justes" (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 36 à 46)."

119. Selon une opinion, le projet de disposition type devrait indiquer que l'autorité contractante avait la faculté d'effectuer des versements directs au concessionnaire en remplacement ou en sus des redevances acquittées par les utilisateurs. Il s'agissait là d'une question d'importance commerciale majeure qui était traitée dans la recommandation 48.

120. Cette proposition a tout d'abord suscité certaines réserves, du fait en particulier que la question était mentionnée à l'alinéa *f* du projet de disposition type 28. En réponse à ces réserves, on a fait observer que cet alinéa *f* mentionnait en fait l'insertion d'une clause appropriée dans le contrat de concession, technique qui risquait d'être insuffisante dans certains systèmes juridiques où l'autorité contractante ne pouvait peut-être pas s'engager à effectuer des versements directs au concessionnaire sans y être autorisée par la loi.

121. La Commission a accepté la proposition et a décidé d'insérer dans le projet de disposition type un deuxième paragraphe indiquant que l'autorité contractante devrait être habilitée à accepter d'effectuer des versements directs au concessionnaire en remplacement ou en sus des redevances ou droits perçus pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit.

122. Afin de ne pas donner l'impression que le projet de disposition type conférait au concessionnaire un droit absolu de demander, de recevoir ou de percevoir des redevances ou des droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services fournis, la Commission est convenue de relier les deux phrases du paragraphe 1. Il fallait indiquer clairement dans le nouveau libellé que le droit du concessionnaire devait être "conforme au contrat de concession, qui prévoit des méthodes et formules de fixation et d'ajustement de ces redevances ou droits".

123. Sous réserve de ces modifications, la Commission a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 35. Sûretés

124. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. Sous réserve de restrictions pouvant être indiquées dans le contrat de concession[41], le concessionnaire a le droit de constituer, sur l'un quelconque de ses biens ou droits, y compris sur ceux qui sont liés au projet d'infrastructure, les sûretés nécessaires pour obtenir tout financement requis pour le projet, y compris, en particulier, les suivantes:

a) Sûreté sur les biens meubles ou immeubles lui appartenant ou sur ses droits sur les biens du projet;

b) Un nantissement du produit et des créances qui lui sont dus pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit.

2. Les actionnaires du concessionnaire ont le droit de nantir les actions qu'ils obtiennent de la société concessionnaire ou de constituer sur elles toute autre sûreté.

3. Aucune sûreté visée au paragraphe 1 ne peut être constituée sur un bien du domaine public ou sur d'autres biens ou droits nécessaires pour la fourniture d'un service public, lorsque cela est interdit par la loi du [*présent État*].

[41]Ces restrictions peuvent, en particulier, concerner l'exécution de droits relatifs aux biens du projet d'infrastructure."

125. Il a été souligné que, dans certains systèmes juridiques, l'adjonction dans le contrat de concession d'une clause limitant le droit du concessionnaire de constituer des sûretés ne serait peut-être pas suffisante pour empêcher effectivement la constitution de telles sûretés en violation de cette clause, car la restriction imposée par le contrat de concession pourrait ne pas être opposable aux tiers. La Commission a pris note de cette observation et s'est dite consciente du fait que des mesures supplémentaires devraient probablement être prises, dans certains systèmes juridiques, pour appliquer le projet de disposition type dans la pratique. Ce dernier reflétait cependant un principe juridique important existant dans plusieurs systèmes juridiques.

126. À ce sujet, il a été estimé que le projet de disposition type semblait limiter la portée de la recommandation 49 à de nombreux égards, notamment afin de savoir si le concessionnaire devait ou non avoir le droit de constituer une sûreté sur les biens du projet lui appartenant, en prévoyant que des restrictions pouvaient être indiquées de manière appropriée dans le contrat de concession. On pouvait résoudre ce problème en supprimant la clause restrictive commençant par "sous réserve de" ainsi que la note 41.

127. En réponse à cette proposition, on a fait observer que le projet de disposition type abordait une question délicate d'ordre public et que son libellé actuel était le fruit d'un compromis acceptable entre les vues initialement divergentes qui avaient été exprimées à ce sujet lors de l'élaboration du *Guide législatif*[6]. Il a été souligné que, dans certains systèmes juridiques, l'octroi d'une sûreté à des prêteurs leur permettant de reprendre le projet n'était autorisé que dans des circonstances exceptionnelles et sous certaines conditions précises, à savoir: que la constitution d'une telle sûreté soit soumise à l'approbation de l'autorité contractante; que la sûreté soit consentie dans le seul but de faciliter le financement ou l'exploitation du projet; et qu'elle soit sans conséquence pour les obligations contractées par le concessionnaire. Ces conditions découlaient souvent de principes généraux du droit ou de dispositions légales et étaient insusceptibles de dérogation conventionnelle par l'autorité contractante.

128. Après avoir examiné les vues exprimées, la Commission est convenue de ne pas modifier le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 36. Cession du contrat de concession

129. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"Sauf disposition contraire dans la [*disposition type 35*], les droits et obligations du concessionnaire découlant du contrat de concession ne peuvent être cédés à des tiers sans le consentement de l'autorité contractante. Le contrat de concession énonce les conditions auxquelles l'autorité contractante donne son consentement à une cession des droits et obligations du concessionnaire découlant du contrat de concession, y compris l'acceptation par le nouveau concessionnaire de toutes les obligations contractées au titre de ce contrat et la production par lui de preuves qu'il possède les capacités techniques et financières nécessaires pour fournir le service."

130. En réponse à une demande concernant le sens, dans la deuxième phrase, des mots "énonce" et "donne son consentement", il a été fait observer que le projet de disposition type rendrait obligatoire l'inclusion dans le contrat de concession des conditions d'autorisation d'une cession des droits du concessionnaire et que, une fois ces conditions remplies, l'autorité contractante aurait l'obligation de consentir à une cession.

131. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc adopté quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 37. Transfert d'un intérêt majoritaire dans la société concessionnaire

132. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc adopté quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 38. Exploitation de l'infrastructure

133. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a

[6]*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 389 à 399; ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 309 à 315; et ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 178 et 184.

donc adopté quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 39. Indemnisation en cas de changements spécifiques dans la législation

134. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc adopté quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 40. Révision du contrat de concession

135. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. Sans préjudice de la [*disposition type 39*], le contrat de concession peut également énoncer la mesure dans laquelle le concessionnaire a le droit d'en demander la révision pour qu'il prévoie une indemnisation dans le cas où, pour l'exécution de ce contrat, il a engagé des dépenses sensiblement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible qu'il n'était initialement prévu, du fait de:

a) Changements dans la situation économique ou financière; ou

b) Changements apportés à la législation ou à la réglementation non spécifiquement applicable à l'ouvrage ou aux services qu'il fournit;

à condition que ces changements d'ordre économique, financier, législatif ou réglementaire:

a) Surviennent après la conclusion du contrat;

b) Soient indépendants de la volonté du concessionnaire; et

c) Soient de nature telle qu'on ne pouvait raisonnablement s'attendre que le concessionnaire les ait pris en considération lors de la négociation du contrat de concession ou en ait évité ou surmonté les conséquences.

2. Le contrat de concession établit des procédures de révision des clauses qu'il contient en cas de tels changements."

136. En réponse à une question concernant les différences entre le projet de disposition type et l'alinéa *c* de la recommandation 58, on a fait observer que plusieurs éléments avaient été ajoutés au libellé de la recommandation de façon à tenir compte de l'examen approfondi aux paragraphes 126 à 130 du chapitre IV du *Guide législatif* intitulé "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet".

137. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc adopté quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 41. Reprise d'un projet d'infrastructure par l'autorité contractante

138. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc adopté quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 42. Substitution de concessionnaire

139. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"L'autorité contractante peut convenir avec les entités octroyant un financement pour un projet d'infrastructure de substituer au concessionnaire une nouvelle entité ou personne désignée pour exécuter le projet dans le cadre du contrat de concession en vigueur, en cas de manquement grave du concessionnaire initial ou de survenance d'autres événements pouvant, autrement, justifier la résiliation du contrat ou encore dans d'autres cas similaires[43].

[43]La substitution, au concessionnaire, d'une autre entité proposée par les prêteurs et acceptée par l'autorité contractante suivant les conditions convenues entre eux, vise à permettre aux parties d'éviter les conséquences préjudiciables de la résiliation du contrat de concession (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 147 à 150). Les parties peuvent souhaiter d'abord prendre d'autres mesures pratiques, éventuellement de manière échelonnée, telles que la reprise temporaire du projet par les prêteurs ou un administrateur provisoire désigné par eux, ou encore la réalisation de la sûreté que les prêteurs détiennent sur les actions de la société concessionnaire par la vente de ces dernières à un tiers acceptable pour l'autorité contractante."

140. Il a été proposé de modifier le projet de disposition type afin d'y prévoir que le concessionnaire devrait être l'une des parties à l'accord énonçant les conditions de sa substitution. À l'appui de cette proposition, il a été déclaré qu'il fallait faire une distinction entre, d'une part, l'accord de principe sur le droit de substitution et, d'autre part, l'énoncé de la procédure de substitution. On a ajouté qu'il serait erroné de laisser entendre qu'un droit de substitution pouvait être établi sans l'accord du concessionnaire. Si les prêteurs étaient libres d'exercer ou non un tel droit, dans le cadre d'un accord direct avec l'autorité contractante, le concessionnaire devait donner son accord pour que ce droit puisse exister.

141. La Commission est convenue d'ajouter après les mots "projet d'infrastructure", "et avec le concessionnaire de prévoir la substitution à ce dernier d'".

142. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc adopté quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Chapitre IV. Durée, prorogation et résiliation du contrat de concession

1. Durée et prorogation du contrat de concession

Disposition type 43. Durée et prorogation du contrat de concession

143. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. La durée du contrat de concession, telle que stipulée conformément à [*l'alinéa* p *de la disposition type 28*], n'est pas prorogée sauf à la suite des événements 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; ou

c) [*Autres événements spécifiés par l'État adoptant.*][44]

2. La durée du contrat de concession peut par ailleurs être prorogée pour permettre au concessionnaire d'amortir des frais supplémentaires dus à des exigences de l'autorité contractante non prévues initialement dans le contrat, si le concessionnaire n'est pas en mesure de les amortir pendant la durée initiale.

[44]L'État adoptant voudra peut-être envisager la possibilité d'autoriser une prorogation par accord consensuel du contrat de concession conformément aux clauses de ce contrat pour des raisons impérieuses d'intérêt général."

144. Selon un avis, le projet de disposition type, en particulier l'alinéa *c*, était trop restrictif, car il ne prévoyait pas la possibilité que l'autorité contractante et le concessionnaire conviennent de la prorogation de la concession dans le contrat de concession. Étant donné qu'il n'était généralement pas souhaitable d'exclure totalement la possibilité de négocier la prorogation de la période de concession, on a proposé de modifier la note en remplaçant le membre de phrase "raisons impérieuses d'intérêt général" par "dans certaines circonstances particulières (telles que prévues dans le contrat de concession)".

145. Cette proposition a recueilli un certain appui mais a aussi soulevé de fortes objections. On a fait valoir que la disposition reflétait l'avis du *Guide législatif*, selon lequel cette prorogation ne devrait être autorisée que si cette possibilité était inscrite dans la loi de l'État adoptant. Dans son libellé actuel et conformément à la politique de la Commission telle qu'exprimée dans le *Guide législatif*, la note de bas de page rappelait aux États qu'ils voudraient peut-être envisager la possibilité d'autoriser une prorogation du contrat de concession par accord consensuel entre l'autorité contractante et le concessionnaire, mais uniquement pour des raisons impérieuses d'intérêt général. En outre, une telle possibilité supplémentaire de prorogation devrait être exprimée dans la loi elle-même.

146. À l'issue de délibérations approfondies et après avoir examiné diverses autres propositions, la Commission est convenue d'ajouter dans la note les mots "dans la loi" après le mot "autoriser" ainsi qu'une référence au fait que l'autorité contractante doit motiver une prorogation dans les actes qu'elle est tenue de conserver.

147. On a alors fait observer que l'intitulé du chapitre IV des projets de dispositions types ("Durée, prorogation et résiliation du contrat de concession") était incorrect, car aucune des dispositions y figurant ne traitait de la durée d'un contrat de concession. Il a donc été suggéré de supprimer le mot "durée" de l'intitulé. On a avancé, à l'appui de cette proposition, que l'idée même de préciser la durée des concessions de service public n'était peut-être pas toujours pertinente, car des États pouvaient transférer au secteur privé, pour une durée indéterminée, la responsabilité de fournir certains services auparavant publics.

148. En réponse, il a été fait remarquer que dans le *Guide législatif* la Commission partait du principe que les concessions de service public étaient souvent monopolistiques et qu'un régime trop généreux pour leur durée ou leur prorogation risquait de ne pas être conforme aux lois et politiques sur la concurrence d'un certain nombre de pays. Il fallait également des règles claires sur cette question pour garantir la transparence et protéger l'intérêt général. Cependant, il a été reconnu que le projet de disposition type ne traitait que partiellement ces questions et qu'il fallait une autre disposition prévoyant que le contrat de concession devait préciser la durée de la concession. On a dit que la référence à la durée du contrat de concession à l'alinéa *p* du projet de disposition type 28 était insuffisante car la liste qui figurait dans celui-ci n'était pas obligatoire.

149. Après avoir examiné les divers avis exprimés, la Commission est convenue d'ajouter au début du projet de disposition type une phrase prévoyant que la durée de la concession devait être fixée dans le contrat de concession.

150. On a fait observer que le libellé actuel du projet de disposition type semblait prévoir un traitement différent pour les événements énumérés aux alinéas *a* à *c* du paragraphe 1 et pour le cas envisagé au paragraphe 2. Il laissait aussi une marge d'interprétation quant au point de savoir si un concessionnaire avait le droit, éventuellement applicable par l'intermédiaire des mécanismes de règlement des différends convenus, de demander une prorogation du contrat de concession ou si une prorogation devait toujours faire l'objet d'une négociation et d'un accord entre les parties. Il a été largement estimé que l'accord des parties devait toujours être obtenu avant toute prorogation de la concession. Pour que ce principe apparaisse plus clairement, la Commission a décidé que les paragraphes 1 et 2 devaient être fusionnés et que le chapeau devait viser le consentement de l'autorité contractante.

151. Il n'a été fait aucune autre observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

2. Résiliation du contrat de concession

Disposition type 44. Résiliation du contrat de concession par l'autorité contractante

152. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"L'autorité contractante peut résilier le contrat de concession:

a) Lorsque l'on ne peut plus raisonnablement s'attendre 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 [impérieuses][45] d'intérêt général, sous réserve du versement au concessionnaire d'une indemnité selon les conditions convenues dans le contrat de concession;

c) [*Autres cas que l'État adoptant souhaiterait peut-être ajouter dans la Loi.*]

[45][Un certain nombre de situations dans lesquelles une raison impérieuse d'intérêt général peut se manifester sont examinées au paragraphe 27 du chapitre V du *Guide législatif* intitulé "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet"]."

153. Plusieurs questions ont porté sur le sens du mot "raisonnablement" à l'alinéa *a*, qui a été jugé ambigu, subjectif et source d'incertitude pour appliquer le projet de disposition type. On a par ailleurs critiqué le fait que la résiliation du contrat de concession semblait plus aisée que la reprise temporaire d'un projet d'infrastructure par l'autorité contractante prévue au projet de disposition type 41, laquelle n'était possible que si le concessionnaire avait "gravement manqué" à son obligation de fournir le service public.

154. En réponse, on a fait observer que la Commission estimait dans l'ensemble que, compte tenu des conséquences graves — telles que l'interruption, voire la cessation, de la fourniture du service — que pouvait avoir la résiliation du contrat, celle-ci devait être considérée, dans la plupart des cas, comme une mesure de dernier recours. Le *Guide législatif* allait plus loin en indiquant qu'il était en général souhaitable de prévoir que la résiliation de l'accord de projet serait soumise, dans la plupart des cas, à une conclusion définitive de l'organe de règlement des différends stipulé dans l'accord de projet (chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", par. 13). La condition envisagée à l'alinéa *a* du projet de disposition type n'était en aucune façon moins stricte que celle prévue au projet de disposition type 41. En fait, conformément à l'alinéa *a* du projet de disposition type 44, la résiliation n'était possible qu'en cas de manquement permanent du concessionnaire aux obligations qui lui incombaient en vertu du contrat de concession ou d'une impossibilité pour lui de s'en acquitter. Le fait d'évaluer dans quelle mesure le concessionnaire ne pouvait ou ne voulait pas exécuter ses obligations ne constituait pas un jugement subjectif de l'autorité contractante, ce qu'indiquait clairement la formulation impersonnelle de l'alinéa *a* ("lorsque l'on ne peut plus raisonnablement s'attendre"). On a fait observer que le critère du caractère "raisonnable" était utilisé dans divers systèmes juridiques et qu'une simple crainte ou une opinion non fondée de l'autorité contractante ne serait pas suffisante à cet égard.

155. Après avoir examiné ces points de vue et sous réserve de la suppression des crochets entourant le mot "impérieuses" et la note 45, la Commission a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 45. Résiliation du contrat de concession par le concessionnaire

156. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"Le concessionnaire ne peut résilier le contrat de concession sauf:

a) En cas de manquement grave de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique aux obligations contractées en vertu du contrat de concession;

b) Si les conditions de révision du contrat de concession prévues dans [*le paragraphe 1 de la disposition type 40*] sont réunies mais les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord sur une telle révision; ou

c) Si, pour l'exécution du contrat de concession, le concessionnaire a engagé des dépenses substantiellement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible du fait d'actes ou d'omissions de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques tels que ceux visés [*aux alinéas* h *et* i *de la disposition type 28*] et les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord sur une révision du contrat de concession."

157. Selon un avis, le projet de disposition type, en particulier son alinéa *b*, était excessivement favorable au concessionnaire et potentiellement préjudiciable à l'intérêt général. En réponse, il a été souligné que le projet de disposition type devait être rapproché des indications fournies dans le *Guide législatif*, d'où il ressortait clairement que les droits de résiliation du concessionnaire étaient en fait plus restreints que ceux de l'autorité contractante. Dans la partie pertinente du *Guide législatif*, il était indiqué que si dans certains systèmes juridiques, l'autorité contractante conservait le droit absolu de résilier l'accord de projet, les motifs de résiliation par le concessionnaire étaient par contre habituellement limités aux cas de manquement grave de la part de l'autorité contractante ou à d'autres cas exceptionnels et ne comprenaient pas normalement le droit général de résilier l'accord de projet à son gré. De plus, il était indiqué dans le *Guide législatif* que certains systèmes juridiques ne reconnaissaient au concessionnaire le droit de résilier l'accord de projet unilatéralement, mais uniquement celui de demander à un tiers, tel que le tribunal compétent, de déclarer la résiliation de l'accord de projet (chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", par. 28).

158. Il n'a été fait aucune autre observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 46. Résiliation du contrat de concession par l'une ou l'autre partie

159. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

3. Arrangements lors de l'expiration ou de la résiliation du contrat de concession

Disposition type 47. Arrangements financiers lors de l'expiration ou de la résiliation du contrat de concession

160. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"Le contrat de concession spécifie les modalités de calcul de l'indemnisation due à l'une ou l'autre partie en cas de résiliation du contrat, notamment, s'il y a lieu, l'indemnisation correspondant à la juste valeur des travaux réalisés en application du contrat, aux dépenses engagées ou aux pertes subies par l'une ou l'autre partie, y compris, selon qu'il convient, au manque à gagner."

161. La Commission a décidé qu'il convenait de modifier le titre de la section précédant le projet de disposition type pour qu'il se lise: "Arrangements lors de la résiliation ou de l'expiration du contrat de concession". La Commission a également décidé que l'intitulé du projet de

disposition type devait se lire: “Indemnisation lors de la résiliation ou de l’expiration du contrat de concession”.

162. La Commission a accepté une proposition tendant à ce que le projet de disposition type reflète la teneur de la recommandation 67.

163. Il n’a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l’a donc approuvé quant au fond et l’a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 48. Liquidation et mesures de transfert

164. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“Le contrat de concession énonce, selon les cas, les droits et obligations des parties concernant:

a) Les mécanismes et les procédures de transfert de biens à l’autorité contractante, selon qu’il convient;

b) Le transfert de technologie requis pour l’exploitation de l’ouvrage;

c) La formation du personnel de l’autorité contractante ou d’un nouveau concessionnaire à l’exploitation et à la maintenance de l’ouvrage;

d) La fourniture, par le concessionnaire, de services et de ressources d’appui sans interruption, y compris 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.”

165. La Commission a noté que la référence au transfert de technologie, y compris dans les notes correspondantes du *Guide législatif*, datait quelque peu et qu’il aurait été préférable de viser des concepts plus modernes comme la concession de licences sur les droits de propriété intellectuelle, les droits d’auteur et autres droits voisins.

166. La Commission a accepté une proposition tendant à ce que le projet de disposition type vise le principe énoncé dans la recommandation 66, selon lequel l’accord de projet devrait indiquer les critères permettant de fixer l’indemnisation à laquelle le concessionnaire peut avoir droit pour des biens transférés à l’expiration ou lors de la résiliation de l’accord de projet.

167. Il n’a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l’a donc approuvé quant au fond et l’a renvoyé au groupe de rédaction.

Chapitre V. Règlement des différends

Disposition type 49. Différends entre l’autorité contractante et le concessionnaire

168. Il n’a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l’a donc approuvé quant au fond et l’a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 50. Différends avec des clients ou usagers de l’ouvrage

169. Il n’a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l’a donc approuvé quant au fond et l’a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 51. Autres différends

170. Il n’a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l’a donc approuvé quant au fond et l’a renvoyé au groupe de rédaction.

D. Adoption des dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d’infrastructure à financement privé

171. La Commission, après avoir examiné le texte des projets de dispositions types tels que révisés par le groupe de rédaction, a adopté la décision suivante à sa 768e séance, le 7 juillet 2003:

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

Ayant à l’esprit le rôle des partenariats secteur public/secteur privé dans l’amélioration de la mise en place et de la gestion rationnelle des infrastructures et des services publics,

Reconnaissant la nécessité de mettre en place un environnement favorable qui, d’une part, encourage l’investissement privé dans les infrastructures et, d’autre part, tienne compte des préoccupations d’intérêt général du pays,

Soulignant qu’il est important de prévoir des procédures efficaces et transparentes pour attribuer des projets d’infrastructure à financement privé et pour faciliter leur exécution grâce à des règles accroissant la transparence, l’équité et la viabilité à long terme et éliminant les restrictions inopportunes à la participation du secteur privé à la construction et à l’exploitation des infrastructures,

Rappelant les précieuses orientations qu’elle a données[1] aux États Membres pour les aider à mettre en place un cadre législatif favorable à la participation du secteur privé à la construction d’infrastructures grâce au *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d’infrastructure à financement privé*[2], qui a été accueilli avec satisfaction par l’Assemblée générale dans sa résolution 56/79 du 12 décembre 2001,

Convaincue que les dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d’infrastructure à financement privé aideront également les États, en particulier les pays en développement, à mettre en place un cadre législatif approprié pour de tels projets,

[1]Voir *Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 155 à 161.

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

1. *Adopte* les dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé, telles qu'elles figurent dans l'annexe I du rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-sixième session;

2. *Prie* le secrétariat de transmettre le texte des dispositions législatives types, de même que le *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé* aux gouvernements, aux organisations internationales intergouvernementales et non gouvernementales, aux entités du secteur privé et aux établissements universitaires concernés;

3. *Prie également* le secrétariat, sous réserve que des ressources soient disponibles, de regrouper en temps utile le texte des dispositions législatives types et le *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé* en une seule publication et, ce faisant, de maintenir les recommandations concernant la législation qui sont contenues dans le *Guide législatif* par les dispositions législatives types dans la mesure où elles traitent du même sujet;]

4. *Recommande* que tous les États prennent dûment en considération les dispositions législatives types de la CNUDCI et le *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé* lorsqu'ils réviseront leur législation ou adopteront des lois sur la participation du secteur privé à la construction et à l'exploitation d'infrastructures publiques."

IV. PROJET DE GUIDE LÉGISLATIF DE LA CNUDCI SUR LE DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

A. Approbation préliminaire du projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité

172. La Commission a exprimé sa satisfaction devant les progrès accomplis par le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) dans l'élaboration du projet de guide législatif, en se félicitant du niveau de consensus obtenu dans un domaine très complexe du droit et du caractère exhaustif et équilibré du projet de texte. Les solutions figurant dans le projet de guide législatif pourraient offrir des orientations utiles à des États de traditions juridiques et de niveaux de développement économique différents.

173. L'ouverture et la transparence du processus de la CNUDCI et les contributions d'un large éventail de participants à l'élaboration du projet de guide législatif ont été reconnues et jugées importantes pour parvenir à un résultat largement acceptable et facilement utilisable par les États. La Commission s'est félicitée de la coopération et de la coordination établies avec des organisations internationales pour l'élaboration du projet de guide et a insisté sur la nécessité de poursuivre dans cette voie, non seulement pour finaliser le texte, mais aussi pour faire connaître le projet de guide et en faciliter l'utilisation. Le colloque judiciaire international CNUDCI/Fédération internationale des praticiens de l'insolvabilité, qui s'est tenu à Londres les 16 et 17 juillet 2001, a été cité comme exemple d'une approche susceptible d'être adoptée.

174. Le représentant du Fonds monétaire international a affirmé la nécessité de parvenir à une convergence autour d'un standard unique élaboré à l'échelon international pour contribuer à la réforme du droit de l'insolvabilité, ce standard conjuguant la souplesse, en reconnaissant différentes approches, et la spécificité, en donnant des orientations précises sur ces approches. On s'est félicité de la contribution du projet de guide législatif à cet égard. La Commission a noté que la Banque mondiale, qui avait décrit ses travaux d'une manière générale à la Commission, avait entrepris de réviser ses *Principes et directives régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers*. Il a été largement admis que lors de l'élaboration de textes sur le droit de l'insolvabilité, il fallait éviter tant les doubles emplois que les divergences, tout en respectant les différents mandats de la Commission et de la Banque mondiale. On a relevé la communauté d'objectifs du projet de guide et des *Principes* de la Banque mondiale, en recommandant vivement l'adoption d'une approche coopérative pour parvenir à la convergence. À cette fin, il a été proposé que les points de divergence soient examinés à la prochaine session du Groupe de travail et que la Banque mondiale communique les documents pertinents pour faciliter ce débat.

175. La Commission a noté qu'un certain nombre d'initiatives récentes visant la réforme du droit de l'insolvabilité avaient été influencées par le projet de guide législatif et que l'achèvement de celui-ci faciliterait considérablement les efforts futurs dans ce domaine.

176. La Commission a également pris note de la collaboration entre le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et le Groupe de travail VI (Sûretés) concernant le traitement des créanciers garantis et des sûretés dans le cadre de l'insolvabilité et a souligné la nécessité de poursuivre cette collaboration pour achever le projet de guide législatif.

177. On a largement approuvé, dans leurs grandes lignes, les principaux objectifs et grands principes du projet de guide législatif, tout en observant que les travaux n'étaient pas encore achevés et qu'il fallait encore les développer et les affiner. La Commission a examiné l'approche générale de chaque chapitre. Il a été noté qu'il serait tenu compte des questions abordées (voir ci-après) lors de la révision future du texte et qu'elles seraient portées à l'attention du Groupe de travail V à sa prochaine session.

Première partie. Établir la structure et les principaux objectifs d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel

Chapitre premier. Introduction aux procédures d'insolvabilité

A. Principaux objectifs d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel

178. Il a été largement admis que les principaux objectifs étaient bien ciblés et reflétaient les éléments nécessaires à un régime efficace et rationnel de l'insolvabilité, sous réserve de modifications rédactionnelles mineures. Il a été proposé en particulier qu'au paragraphe 1 (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2) la référence aux intérêts

concernés par une législation de l'insolvabilité soit plus équilibrée, que le paragraphe 24 soit étoffé pour viser la structure d'un régime d'insolvabilité et le recours possible à des processus extrajudiciaires et qu'à la dernière phrase de l'objectif principal 5 la référence à l'application de la suspension aux créanciers garantis soit assouplie.

179. Aucun commentaire quant au fond n'a été fait en ce qui concerne les sections B, "Équilibrer les principaux objectifs", et C, "Caractéristiques générales d'un régime d'insolvabilité".

Chapitre II. Types de procédures d'insolvabilité

180. Aucune observation quant au fond n'a été faite en ce qui concerne la section A intitulée "Liquidation".

B. Redressement

181. Le fait de traiter les processus de redressement informels dans un guide visant principalement la législation relative à l'insolvabilité a suscité quelques inquiétudes, en particulier quant au degré de détail du traitement de ces processus dans le chapitre introductif. La Commission a néanmoins reconnu que ces types de processus étaient de plus en plus développés, qu'ils enrichissaient utilement la gamme des outils disponibles pour traiter les difficultés financières et que le mandat donné au Groupe de travail portait notamment sur l'examen de la restructuration extrajudiciaire. De plus, la description de ces processus servait d'introduction à l'examen des procédures de redressement accéléré dans le chapitre V de la deuxième partie. Il a été proposé que lors de l'examen de la partie du projet de guide législatif relative aux processus de redressement informels le Groupe de travail soit attentif aux intérêts du débiteur. On s'est également inquiété des processus qualifiés de procédures "administratives" à la section C de la première partie du chapitre II — en s'interrogeant sur leur pertinence pour un régime commercial de l'insolvabilité — en notant toutefois aussi que ces types de procédures avaient été largement développés et utilisés pour traiter des situations systémiques récentes et, pour cette raison, méritaient d'être mentionnés dans la première partie.

182. Aucune observation quant au fond n'a été faite en ce qui concerne la section D intitulée "Structure du régime de l'insolvabilité".

Deuxième partie. Éléments essentiels d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel

Chapitre II. Demande d'ouverture et ouverture

183. Aucune observation quant au fond n'a été faite en ce qui concerne les sections A, "Admissibilité et compétence", et B, "Critères applicables", du chapitre II (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 et 4).

Chapitre III. Traitement des biens à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

A. Biens visés

184. Il a été proposé de mettre davantage l'accent sur la gestion des biens, par opposition à leur administration ou leur disposition. S'agissant de la date de constitution de la masse visée au paragraphe 65 de la section A (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5), il a été proposé d'approfondir la question des conséquences de la constitution rétroactive de la masse à la date de la demande d'ouverture pour régler, par exemple, le cas des opérations conclues entre la demande d'ouverture et l'ouverture de la procédure.

185. Aucune observation quant au fond n'a été faite en ce qui concerne les sections B, "Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité", et C, "Utilisation et disposition des biens" (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6 et 7).

D. Traitement des contrats

186. Tout en notant l'importance des contrats de travail et de leur traitement dans le droit de l'insolvabilité, la Commission a reconnu que ces contrats soulevaient des questions complexes et délicates de droit interne et de droit international qui ne pouvaient pas être traitées de manière exhaustive dans le projet de guide législatif (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.8). La Commission a toutefois noté que les procédures de redressement examinées dans le projet de guide visaient expressément à faciliter la reprise d'activité et la préservation de l'emploi.

E. Procédure d'annulation

187. Il a été proposé que le projet de guide législatif (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9) approfondisse la question des conséquences de l'application rétroactive de la période suspecte soit à la date de la demande d'ouverture, soit à la date d'ouverture de la procédure et, plus généralement, que les effets de la demande d'ouverture et de l'ouverture de la procédure et leur traitement dans le projet de guide soient examinés de plus près à des fins de cohérence. Une question a été soulevée à propos des opérations à un prix sous-évalué et de ce qui constituerait une sous-évaluation, ainsi que la manière dont cette valeur serait déterminée aux fins de l'annulation.

F. Compensation et compensation globale

188. La Commission a noté l'importance cruciale de la compensation et de la compensation globale pour le bon fonctionnement et la stabilité du système financier international et des opérations financières et pour assurer la prévisibilité et la sécurité, dans le contexte de l'insolvabilité, des droits des parties à ces opérations. On attend que le Groupe de travail, à sa prochaine réunion, donne l'assurance que ces systèmes ne seraient pas affectés.

Chapitre IV. Participants et institutions

189. Aucune observation quant au fond n'a été faite en ce qui concerne les sections A, "Débiteur", et B,

"Représentant de l'insolvabilité" (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10).

C. Créanciers

190. La Commission a pris note des inquiétudes exprimées à propos des différents mécanismes de participation des créanciers à la procédure d'insolvabilité et de la nécessité d'une plus grande clarté, s'agissant en particulier des relations entre les droits des créanciers considérés individuellement et les mécanismes de représentation (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11).

D. Cadre institutionnel

191. La Commission a noté l'importance fondamentale du cadre institutionnel pour le fonctionnement efficace et rationnel d'un régime d'insolvabilité. Elle a également pris note avec satisfaction des travaux effectués par la Banque mondiale sur le renforcement des capacités (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11).

Chapitre V. Redressement

A. Plan de redressement

192. Il a été proposé que le traitement des créanciers garantis dans le cadre d'un redressement soit énoncé plus clairement dans le projet de guide, s'agissant en particulier du vote des créanciers garantis sur le plan, en tant que catégorie ou autrement (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12).

193. Aucune observation quant au fond n'a été faite en ce qui concerne la section B intitulée "Procédure de redressement accélérée".

Chapitre VI. Administration de la procédure

A. Traitement des créances

194. Il a été proposé que le projet de guide législatif approfondisse la question complexe du déclassement des créances (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.13).

195. Il a été noté que le Groupe de travail n'avait pas terminé ses débats sur les parties restantes du projet de guide, et aucun commentaire quant au fond n'a été fait en ce qui concerne les sections B, "Financement postérieur à l'ouverture de la procédure", et C, "Priorités et répartition" (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14); la section D, "Traitement des groupes de sociétés" (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.16); la partie restante de ce dernier document traitant des droits de réexamen et d'appel du débiteur et des créanciers; et le chapitre VII, "Règlement de la procédure" (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.15).

Loi applicable régissant la procédure d'insolvabilité

196. La Commission a noté que le Groupe de travail n'avait pas eu la possibilité d'examiner la question de la loi applicable régissant la procédure d'insolvabilité, mais l'importance de la question pour la procédure d'insolvabilité et l'opportunité de traiter le sujet dans le projet de guide législatif ont été largement reconnues (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17).

B. Approbation de principe du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

197. Après avoir examiné le projet de guide législatif, la Commission l'a approuvé dans son principe dans les termes suivants:

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

Reconnaissant l'importance pour tous les pays de solides régimes de l'insolvabilité,

Reconnaissant également qu'il est manifestement d'intérêt public de disposer d'un régime de l'insolvabilité efficace qui soit de nature à encourager le développement économique et les investissements,

Notant qu'il apparaît de plus en plus que les régimes de redressement sont essentiels au rétablissement des sociétés et à la relance de l'économie, au développement de l'activité des entrepreneurs, à la préservation de l'emploi et à l'offre de capital-risque,

Notant également que l'efficacité des régimes de redressement a une incidence sur le coût de l'emprunt sur le marché des capitaux, l'analyse comparative de ces systèmes devenant à la fois courante et essentielle aux fins de l'octroi de prêts,

Notant en outre l'importance des questions de politique sociale dans la conception d'un régime de l'insolvabilité,

Reconnaissant que des solutions aux questions juridiques et législatives clefs soulevées par l'insolvabilité qui sont négociées au niveau international avec la participation d'une large gamme de parties prenantes seront utiles tant aux États qui ne disposent pas d'un régime de l'insolvabilité effectif et efficace qu'à ceux qui ont entrepris de revoir et de moderniser leur régime de l'insolvabilité,

Reconnaissant également que le texte mis au point par le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) a été élaboré à la lumière du texte de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale[1] — avec lequel il est compatible — et que ces textes constitueront, de concert avec le projet de guide législatif de la CNUDCI sur les sûretés mobilières, des éléments clefs d'un cadre de droit commercial moderne,

Notant la collaboration entre le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et le Groupe de travail VI (Sûretés) concernant le traitement des créanciers garantis et des sûretés mobilières en cas d'insolvabilité,

Rappelant que le Groupe de travail V a reçu 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 débiteur et créancier, dans lequel seraient examinés 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,

Reconnaissant les travaux réalisés sur la réforme du droit de l'insolvabilité par d'autres organisations internationales, dont la Banque mondiale, le Fonds monétaire international, la Banque asiatique de développement, la Fédération internationale des praticiens de l'insolvabilité, l'Association internationale du barreau et d'autres, ainsi que la nécessité d'une coopération et d'une coordination entre ces organisations et la Commission de façon que les travaux en cours soient cohérents et aillent dans le même sens et de façon à faciliter la mise au point de standards internationaux,

Notant les progrès réalisés par le Groupe de travail V sur la voie de la mise au point définitive du projet de guide législatif, et estimant que, étant donné que les éléments clefs sont achevés pour l'essentiel et vu l'intérêt manifesté pour un texte pouvant être utilisé pour la réforme des législations, le projet de guide pourrait être appliqué même avant son adoption définitive en 2004,

Soulignant la nécessité d'achever le plus rapidement possible les travaux sur le texte final du projet de guide législatif,

1. *Remercie* le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) des travaux qu'il a réalisés pour mettre au point le projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité;

2. *Approuve en principe* les considérations de politique générale reflétées dans le projet de guide législatif ainsi que les objectifs clefs, les caractéristiques générales et la structure d'un régime de l'insolvabilité, jugeant qu'ils correspondent au mandat donné au Groupe de travail, sous réserve de leur achèvement conformément aux objectifs clefs;

3. *Prie* le secrétariat de mettre le projet de guide législatif à la disposition des États Membres, des organisations internationales intergouvernementales et non gouvernementales compétentes, ainsi que du secteur privé, d'organisations régionales et d'experts pris individuellement, de sorte qu'ils puissent formuler des observations dès que possible;

4. *Recommande* que le secrétariat assure la coordination et coopère avec la Banque mondiale en vue d'identifier les points de divergence entre les *Principes et directives*, élaborés par la Banque, et en cours de révision, *régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers,* et le projet de guide législatif au niveau des principes clefs, et en vue de trouver un processus pour aligner ces textes compte tenu des impératifs de la procédure de chaque organe participant et dans les délais fixés pour l'achèvement du projet de guide législatif;

5. *Recommande également* que le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et le Groupe de travail VI (Sûretés) continuent de collaborer à la mise au point définitive du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité;

6. *Prie* le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) d'achever ses travaux sur le projet de guide législatif et de le lui soumettre à sa trente-septième session pour mise au point définitive et adoption.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/52/17), annexe I.

V. ARBITRAGE

198. 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). Elle a poursuivi ses travaux sur la question à ses sessions suivantes. Il est pleinement rendu compte de ses délibérations à ces sessions dans ses rapports pertinents[6].

199. À sa session en cours, la Commission a pris note avec satisfaction des rapports du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de ses trente-septième (Vienne, 7-11 octobre 2002) et trente-huitième (New York, 12-16 mai 2003) sessions (A/CN.9/523 et A/CN.9/524, respectivement). Elle a félicité le Groupe de travail des progrès accomplis jusqu'alors en ce qui concerne la question des mesures provisoires et conservatoires.

200. S'agissant de la question du pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, la Commission a noté qu'à sa trente-septième session le Groupe de travail avait examiné un projet de version révisée de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international sur la base d'une note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.119) et d'une proposition d'un État (A/CN.9/WG.II/WP.121). La question de savoir s'il convenait d'inclure une disposition autorisant un tribunal arbitral à ordonner ex parte des mesures provisoires ou conservatoires avait également été examinée à la trente-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/523, par. 16 à 27). La Commission a noté que, comme décidé lors de ces délibérations, un projet révisé avait été élaboré par le secrétariat pour examen à une session ultérieure du Groupe de travail (A/CN.9/WG.II/WP.123).

201. En ce qui concerne la question de la reconnaissance et de l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires, la Commission a noté que le Groupe de travail l'avait brièvement examinée à sa trente-septième session, en se fondant sur la note établie par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.119, par. 83) et le projet de texte (également reproduit dans le document A/CN.9/523, par. 78 et 79). La Commission a relevé que les délibérations s'étaient poursuivies à la trente-huitième session du Groupe de travail (voir A/CN.9/524) et que le secrétariat avait été prié d'établir un texte révisé reprenant les diverses variantes examinées par le Groupe de travail.

202. La Commission a également noté qu'à sa trente-huitième session le Groupe de travail avait examiné, en se fondant sur la note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.119, par. 75 à 81), un projet de disposition qui habiliterait la

juridiction étatique à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui de l'arbitrage, quel que soit le pays où l'arbitrage avait lieu. La Commission a relevé que même si une telle disposition avait l'appui de l'ensemble du Groupe de travail, les opinions divergeaient quant aux critères et aux standards à retenir pour le prononcé de telles mesures (A/CN.9/524, par. 77 et 78). Elle a noté qu'un projet de disposition révisé fondé sur les délibérations du Groupe de travail serait établi par le secrétariat pour examen par le Groupe de travail à une session ultérieure.

203. La Commission a convenu qu'il était peu probable que tous les sujets, à savoir la prescription de la forme écrite de la convention d'arbitrage et les diverses questions à examiner concernant les mesures provisoires ou conservatoires, puissent être achevés d'ici à sa trente-septième session en 2004. Il était entendu pour la Commission que le Groupe de travail accorderait un certain degré de priorité aux mesures provisoires ou conservatoires et elle a pris note de l'opinion selon laquelle la question des mesures provisoires ou conservatoires prononcées ex parte, qui, — elle en a convenu — demeurait un point controversé, ne devait pas retarder la progression des travaux sur ce sujet.

204. S'agissant des travaux futurs, la Commission a été informée que le secrétariat de la CNUDCI avait, à l'initiative de l'Organisation de coopération et de développement économiques et en collaboration avec celle-ci, organisé une réunion d'un groupe d'experts qui avait conclu que l'arbitrage était une méthode appropriée pour résoudre les litiges au sein des sociétés, en particulier lorsque les parties aux litiges venaient d'États différents. La question de l'arbitrabilité a été considérée comme étant au centre de ces travaux. La Commission a noté que l'arbitrabilité, question à laquelle un rang de priorité peu élevé avait été attribué dans le programme de travail du Groupe de travail[7], pourrait être réévaluée lors de l'examen des travaux futurs. La Commission a aussi entendu des propositions tendant à ce que soit envisagée, pour inscription dans le futur programme de travail une fois achevé l'examen par le Groupe de travail des sujets inscrits au programme actuel, une révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976) et de l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales (1996).

VI. DROIT DES TRANSPORTS

205. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission a créé le Groupe de travail III (Droit des transports) et l'a chargé d'élaborer, en étroite coopération avec les organisations internationales intéressées, un instrument législatif portant sur des questions liées au transport international de marchandises telles que le champ d'application, la durée de la responsabilité du transporteur, les obligations du transporteur, la responsabilité civile du transporteur, les obligations du chargeur et les documents de transport[8]. À sa trente-cinquième session, en 2002, la Commission a approuvé l'hypothèse de travail selon laquelle le projet d'instrument sur le droit des transports s'appliquerait aux opérations de transport de porte à porte, étant entendu que la question de son champ d'application serait à nouveau examinée une fois que le Groupe de travail aurait étudié ses dispositions de fond et aurait une vue plus complète de leur fonctionnement dans le contexte du transport de porte à porte[9].

206. À sa présente session, la Commission était saisie des rapports des dixième (Vienne, 16-20 septembre 2002) et onzième (New York, 24 mars-4 avril 2003) sessions du Groupe de travail (A/CN.9/525 et A/CN.9/526 respectivement).

207. La Commission avait conscience de l'ampleur du projet entrepris par le Groupe de travail et s'est déclarée satisfaite des progrès accomplis jusqu'alors. Il a été largement estimé qu'ayant récemment achevé la première lecture du projet d'instrument sur le droit des transports, le Groupe de travail était arrivé à une phase particulièrement difficile de ses travaux. La Commission a noté qu'un nombre considérable de questions controversées concernant le champ d'application et des dispositions du projet d'instrument n'avaient toujours pas été tranchées. Il faudrait, pour progresser, assurer un délicat équilibre entre les intérêts divergents qui étaient en jeu. On a exprimé l'opinion qu'un instrument portant sur les opérations de transport de porte à porte pouvait être élaboré par un compromis reposant sur la responsabilité uniforme, l'élection de for et les marchés de gré à gré, qui ne serait pas applicable aux actions engagées contre les parties exécutantes d'un transport intérieur. Il a été dit aussi que la participation des intérêts des secteurs du transport routier et ferroviaire intérieur était essentielle pour atteindre les objectifs du texte. On a exprimé l'avis que le Groupe de travail devait continuer d'envisager une plus grande souplesse dans la conception de l'instrument proposé pour laisser aux États la possibilité d'adopter le régime relatif au porte à porte en tout ou en partie.

208. La Commission a également noté qu'étant donné la complexité de l'élaboration du projet d'instrument, le Groupe de travail s'était réuni à sa onzième session pendant deux semaines, mettant à profit le temps libéré par le Groupe de travail I qui avait achevé ses travaux sur les projets d'infrastructure à financement privé à sa cinquième session en septembre 2002. le Président du Groupe de travail III a confirmé que pour faire aboutir dans un délai acceptable les travaux sur le projet d'instrument, le Groupe de travail devrait continuer à tenir des sessions de deux semaines. Après un débat, la Commission a autorisé le Groupe de travail III, à titre exceptionnel, à tenir, à ses douzième et treizième sessions, des sessions de deux semaines (pour la question générale de la répartition du temps entre les divers groupes de travail, voir plus loin, par. 270 à 275 et 277 et 278). Il a été convenu que la situation du Groupe de travail à cet égard devrait être

[7]Ibid., *cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 351 à 353.

[8]Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatifs (A/56/17 et Corr.1 et 3), par. 345.

[9]Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 224.

réévaluée à la trente-septième session de la Commission, en 2004. Le Groupe de travail a été invité à n'épargner aucun effort pour achever rapidement ses travaux et, à cette fin, à mettre à profit toute possibilité de tenir des consultations intersessions, éventuellement par courrier électronique. La Commission avait néanmoins conscience que, vu le nombre de questions qui restaient en suspens et la nécessité d'examiner bon nombre d'entre elles simultanément, il était particulièrement important que le Groupe de travail puisse tenir des réunions en bonne et due forme.

VII. COMMERCE ÉLECTRONIQUE

209. À sa trente-quatrième session en 2001[10], la Commission a approuvé les recommandations concernant les travaux futurs à réaliser qui avaient été faites par le Groupe de travail IV (Commerce électronique) à sa trente-huitième session (New York, 12-23 mars 2001) et qui figuraient dans le rapport du Groupe de travail (A/CN.9/484, par. 134). La liste complète de ces recommandations se trouve dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-cinquième session[11].

210. À sa trente-sixième session, la Commission a pris note des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses quarantième (Vienne, 14-18 octobre 2002) et quarante et unième sessions (New York, 5-9 mai 2003) (A/CN.9/527 et A/CN.9/528, respectivement).

211. 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. La Commission a rappelé qu'elle avait 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)[12]. À cet égard, elle a pris note des délibérations du Groupe de travail relatives à l'étude initiale du secrétariat et, en particulier, du fait qu'il avait approuvé les conclusions du secrétariat. La Commission a noté que le Groupe de travail avait recommandé au secrétariat d'élargir le champ de l'étude en la faisant porter également sur les obstacles au commerce électronique qui pourraient découler d'autres instruments dont d'autres organisations avaient proposé l'inclusion, et d'examiner avec ces organisations les modalités d'exécution des études nécessaires, compte tenu des contraintes que pourrait imposer au secrétariat sa charge de travail actuelle. Elle a invité les États membres à aider le secrétariat en recensant les experts compétents ou les sources d'information pertinentes dans les divers domaines de compétence correspondant aux instruments internationaux en question.

212. La Commission a noté avec satisfaction que le Groupe de travail avait poursuivi l'examen d'un avant-projet de convention traitant de certaines questions touchant les contrats électroniques et a réaffirmé qu'un tel instrument pourrait contribuer à faciliter l'utilisation de moyens modernes de communication dans le cadre d'opérations commerciales transfrontières. Elle a été informée que le Groupe de travail avait commencé à examiner les articles 1 à 11 du texte révisé de l'avant-projet de convention et qu'il avait prié le secrétariat d'établir une version révisée qu'il examinerait à une session future. Il a toutefois été fait observer que, si le Groupe de travail avait jusque-là retenu comme hypothèse de travail que l'instrument pourrait prendre la forme d'une convention internationale, cela n'excluait pas qu'il en choisisse une autre à un stade ultérieur de ses délibérations.

213. La Commission a été informée que le Groupe de travail avait procédé à un échange de vues sur les liens qui existent entre l'avant-projet de convention et les efforts déployés par le Groupe de travail pour lever d'éventuels obstacles juridiques au commerce électronique dans les instruments internationaux relatifs au commerce international dans le contexte de l'examen préliminaire du projet d'article X, auquel il a convenu de procéder ultérieurement (A/CN.9/528, par. 25). La Commission a exprimé son appui aux efforts que déployait le Groupe de travail pour étudier les deux sujets en parallèle.

214. La Commission a été informée que, à sa quarante et unième session, en 2003, le Groupe de travail avait examiné à titre préliminaire la question de l'exclusion des droits de propriété intellectuelle du projet de convention (A/CN.9/528, par. 55 à 60). Elle a noté que le Groupe de travail estimait que ses travaux ne devaient pas viser à élaborer des règles fondamentales de droit matériel applicables aux opérations concernant des "biens virtuels", ni à savoir si et dans quelle mesure les "biens virtuels" étaient ou devraient être régis par la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises[13]. La question qui occupait le Groupe de travail était celle de savoir si et dans quelle mesure les solutions concernant les contrats électroniques qui étaient envisagées dans le cadre de l'avant-projet de convention pouvaient également s'appliquer à des opérations supposant l'octroi de licences touchant la propriété intellectuelle et autres arrangements similaires. Le secrétariat a été prié de prendre l'avis d'autres organisations internationales, en particulier l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle.

VIII. SÛRETÉS

215. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission a chargé le Groupe de travail VI (Sûretés) 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[14]. À sa trente-cinquième session,

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

[11]Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 205.

[12]Ibid., par. 207.

[13]*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 10 mars-11 avril 1980* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.81.IV.3), première partie.

[14]*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr. 3), par. 358 et 359.

en 2002, la Commission a confirmé le mandat donné au Groupe de travail et indiqué que ce mandat devait faire l'objet d'une interprétation large de façon qu'on obtienne un produit suffisamment souple qui devrait prendre la forme d'un guide législatif[15].

216. À sa présente session, la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de ses deuxième (Vienne, 16-20 décembre 2002) et troisième (New York, 3-7 mars 2003) sessions (A/CN.9/531 et A/CN.9/532, respectivement). Elle était également saisie du rapport de la première session conjointe du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et du Groupe de travail VI (A/CN.9/535).

217. La Commission a félicité le Groupe de travail VI d'avoir achevé la première lecture des chapitres du projet de guide législatif sur les opérations garanties (A/CN.9/WG.VI/WP.2 et Add.1 à 12) et la deuxième lecture de deux chapitres (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2 et 5). Elle a aussi remercié les Groupes de travail V et VI des progrès réalisés pendant leur première réunion conjointe sur des questions d'intérêt commun et a noté avec satisfaction que des réunions d'experts communes étaient prévues. Elle s'est en outre félicitée de la présentation de systèmes modernes d'inscription des sûretés mobilières, tels que celui de la Nouvelle-Zélande, qui avait été organisée à l'occasion de la deuxième session du Groupe de travail VI en décembre 2002, ainsi que du projet du secrétariat d'établir un document traitant des questions techniques que soulèvent de tels registres, en prenant comme exemple le système récemment introduit en Nouvelle-Zélande. À cet égard, il a été suggéré de faire également référence au *Guide sur les registres de biens meubles*, élaboré récemment par la Banque asiatique de développement, aux travaux entrepris sous les auspices de l'Organisation de l'aviation civile internationale en vue de la création d'un registre international de dépôt-notification des garanties internationales aux fins de la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles[16] et du Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques (Le Cap, 2001)[17] ainsi qu'à d'autres documents analogues en cours d'élaboration par d'autres organisations, comme la Banque européenne pour la reconstruction et le développement et la Banque mondiale.

218. La Commission a en outre insisté sur l'importance de la coordination avec les organisations qui s'intéressaient au domaine du droit des opérations garanties et disposaient de compétences dans ce domaine, telles que l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit), la Conférence de La Haye de droit international privé, la Banque mondiale, le Fonds monétaire international, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement et la Banque asiatique de développement. Il a été fait référence aux travaux en cours de l'Unidroit concernant les sûretés sur les titres, aux *Principes et directives* de la Banque mondiale *régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers* pour autant que ceux-ci concernaient les opérations garanties, à la Loi type sur les opérations garanties et aux *Principes* de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, ainsi qu'au Guide de la Banque asiatique de développement sur les registres de biens meubles et à la loi type interaméricaine sur les sûretés de 2002. Il a aussi été dit qu'il fallait assurer la coordination avec la Conférence de La Haye en ce qui concerne le chapitre du projet de guide législatif sur les opérations garanties consacré aux conflits de lois, en particulier pour ce qui est de la loi applicable à la réalisation des sûretés en cas d'insolvabilité. À cet égard, étant donné qu'on ne savait pas très bien si le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) allait s'occuper de la question, il a été suggéré que des experts de ce Groupe de travail soient priés d'apporter une contribution aux délibérations du Groupe de travail VI.

219. En ce qui concerne la coordination avec la Banque mondiale, la Commission a noté que le Groupe de travail VI avait demandé que plus soit fait à cet égard (A/CN.9/532, par. 14) et a constaté avec satisfaction que des efforts étaient actuellement déployés pour faire en sorte que les *Principes et directives* de la Banque mondiale *régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers* et les textes de la Commission sur les opérations garanties et l'insolvabilité soient harmonisés pour constituer ensemble un standard international unique.

220. En ce qui concerne la portée des travaux, il a été suggéré que le Groupe de travail VI envisage de traiter, outre des biens meubles corporels (y compris les stocks), de certains types de biens incorporels, comme les créances commerciales, les lettres de crédit, les comptes de dépôt et les droits de propriété intellectuelle et industrielle, étant donné leur importance économique pour les pratiques de financement modernes. S'agissant de l'importance des droits de propriété intellectuelle et industrielle, il a été fait référence aux opérations de financement de matériel dans lesquelles une sûreté était aussi souvent constituée sur la marque de fabrique de ce matériel et aux opérations dans lesquelles une sûreté était constituée sur la totalité des avoirs du débiteur. Vu la complexité de la question et les compétences disponibles au sein d'organisations internationales comme l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, il a été suggéré d'accroître la coordination et de réaliser des études supplémentaires. Ces deux suggestions ont reçu un large appui. La Commission a noté avec satisfaction que le secrétariat avait l'intention d'établir un document de travail sur ces questions en consultation avec toutes les organisations intéressées.

221. S'agissant du fond du projet de guide législatif, il a été déclaré que si le guide pouvait aborder les diverses approches susceptibles d'être adoptées avec succès en ce qui concerne les questions pertinentes, il devait également inclure des recommandations législatives claires. On a aussi fait observer que, lorsque plusieurs recommandations étaient formulées à propos d'une question, les avantages et les inconvénients de chaque approche, en particulier pour les pays en développement et les pays à économie en transition, devaient être examinés dans le détail.

222. Après un débat, la Commission a confirmé le mandat qu'elle avait donné au Groupe de travail VI à sa

[15]Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 204.

[16]DCME Doc. n° 74 (OACI).

[17]DCME Doc. n° 75 (OACI).

trente-quatrième session, à savoir élaborer un régime juridique efficace pour les sûretés sur les biens meubles corporels, y compris les stocks, et la décision qu'elle avait prise à sa trente-cinquième session, à savoir que ce mandat devait faire l'objet d'une interprétation large de façon qu'on obtienne un produit approprié qui devrait prendre la forme d'un guide législatif. La Commission a également confirmé que c'était au Groupe de travail qu'il appartenait de déterminer la portée exacte de ses travaux et, en particulier, s'il fallait traiter dans le projet de guide législatif les créances commerciales, les lettres de crédit, les comptes de dépôt et les droits de propriété intellectuelle et industrielle.

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

223. La Commission a rappelé qu'à sa vingt-huitième session, en 1995[18], elle avait approuvé un projet, entrepris conjointement avec le Comité D de l'Association internationale du barreau, qui visait à suivre la transposition dans les législations nationales de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958, la "Convention de New York")[19]. Il a été noté 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 de New York. Le secrétariat a présenté oralement à la Commission un rapport de situation l'informant qu'au 1er avril 2003 133 États étaient parties à la Convention de New York et qu'il avait reçu 66 réponses au questionnaire.

224. La Commission a prié le secrétariat d'intensifier ses efforts afin d'obtenir les informations nécessaires pour progresser sur cette question et, à cette fin, de renvoyer le questionnaire aux États Parties à la Convention de New York en priant ceux qui n'y avaient pas encore répondu à le faire le plus tôt possible et ceux qui y avaient déjà répondu à l'informer des faits nouveaux éventuellement survenus depuis leur réponse. Elle l'a également instamment prié de recueillir des renseignements d'autres sources, en particulier d'organisations intergouvernementales et non gouvernementales.

X. TRAVAUX FUTURS POSSIBLES DANS LE DOMAINE DES MARCHÉS PUBLICS

225. La Commission a fondé ses délibérations relatives aux marchés publics sur une note du secrétariat (A/CN.9/539) exposant les activités actuelles d'autres organisations dans le domaine des marchés publics et présentant des informations sur l'expérience pratique de la mise en œuvre de la Loi type de la CNUDCI sur les marchés de biens, de travaux et de services[20], depuis son adoption en 1994.

226. On a fait observer que la Loi type de la CNUDCI sur les marchés contenait des procédures visant à assurer la concurrence, la transparence, l'équité, l'économie et l'efficacité du processus de passation des marchés et avait marqué un important jalon, au plan international, dans la réforme du droit applicable à la passation des marchés. Des législations fondées sur cette Loi type ou largement inspirées par elle avaient été adoptées par plus de trente États dans différentes parties du monde, et l'utilisation de la Loi type de la CNUDCI sur les marchés avait permis une harmonisation étendue des règles et procédures relatives aux marchés publics. L'attention de la Commission a été attirée à cet égard sur l'expérience en matière de réforme de la législation sur la base de la Loi type, ainsi que sur les questions qui s'étaient posées lors de l'application concrète de cette dernière.

227. Un aspect de cette expérience concernait le recours accru au commerce électronique pour la passation des marchés publics, notamment les méthodes reposant sur Internet, qui étaient à même de promouvoir plus avant les objectifs de la législation sur les marchés publics. Par exemple, outre qu'elles étaient efficaces, les enchères électroniques pouvaient accroître la transparence par rapport aux appels d'offres traditionnels, tandis que les technologies de l'information pouvaient être utilisées pour améliorer l'information des fournisseurs. Il a cependant été soutenu que, même si l'interprétation des lois et règles existantes permettait d'étendre celles-ci à de nombreuses pratiques de passation des marchés par voie électronique, des obstacles indésirables à l'utilisation du commerce électronique pour la passation des marchés pouvaient subsister. Certains de ces obstacles étaient liés aux procédures de passation des marchés par voie électronique et ne seraient peut-être pas entièrement levés par une législation uniforme, en particulier la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)[21] et la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001)[22], qui reposaient sur le principe de l'équivalence fonctionnelle des messages électroniques et des messages sur papier.

228. La Commission a également été informée des activités de certaines organisations internationales et régionales dans le domaine des marchés publics depuis l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur les marchés en 1994. Ces activités montraient l'importance croissante de régimes de passation des marchés pour le développement des économies nationales et l'intégration régionale et interrégionale. Elles témoignaient également du besoin de modèles harmonisés et modernes et de la nécessité d'une coordination des efforts des organismes internationaux s'occupant du domaine de la passation des marchés.

229. De nombreuses délégations se sont déclarées très favorables à l'inclusion d'une loi sur les marchés publics dans le programme de travail de la Commission. Il a été dit qu'un cadre approprié pour la passation des marchés était indispensable pour que les fonds publics soient dépensés de manière efficace et transparente. Malgré

[18] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17* (A/50/17), par. 401 à 404.

[19] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739.

[20] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/49/17 et Corr.1), annexe I.

[21] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4.

[22] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), annexe II; voir aussi la résolution 56/80 de l'Assemblée générale, annexe.

l'utilité largement reconnue de la Loi type de la CNUDCI sur les marchés, de nouvelles questions et de nouvelles pratiques étaient nées depuis son adoption, qui pourraient justifier un effort d'adaptation de son texte. Un représentant a également fait observer qu'il faudrait également prendre en considération d'autres méthodes de passation des marchés, telles que les "enchères inversées" et les "achats standard". On estimait que ces méthodes aidaient à limiter la collusion entre soumissionnaires et permettaient des économies potentielles sur les prix, par rapport aux méthodes traditionnelles de passation des marchés telles que l'appel d'offres.

230. La Commission est convenue de prier le secrétariat, comme point de départ, de préparer des études détaillées sur les questions qu'elle avait identifiées dans une note du secrétariat (A/CN.9/539 et Add.1) et de formuler des propositions sur la manière de les aborder afin qu'elles soient examinées par un groupe de travail qui pourrait être réuni au troisième trimestre de 2004, sous réserve de confirmation par la Commission à sa trente-septième session (voir par. 278 *a*). Il a été suggéré que les études et propositions du secrétariat tiennent compte du fait que, dans certains pays, la passation des marchés publics ne relevait pas de la législation, mais de directives internes des ministères et organismes publics. Il a également été suggéré que les travaux de la Commission s'étendent aussi à la formulation de meilleures pratiques, de clauses contractuelles type et d'autres formes de conseils pratiques, en plus ou à la place d'orientations dans le domaine législatif. On compte que les travaux seront menés en étroite coopération avec des organisations ayant de l'expérience et de l'expertise dans ce domaine, comme la Banque mondiale. Les études du secrétariat devraient tenir compte des négociations qui ont lieu au sein d'autres instances internationales, telles l'élaboration d'une convention internationale contre la corruption par le Comité spécial créé par l'Assemblée générale dans sa résolution 56/260 du 31 janvier 2002 et les négociations engagées sous les auspices de l'Organisation mondiale du commerce et d'autres organisations internationales et régionales.

XI. TRAVAUX FUTURS POSSIBLES DANS LE DOMAINE DE LA FRAUDE COMMERCIALE

231. À sa trente-cinquième session[23], en 2002, la Commission avait examiné une proposition tendant à ce que son secrétariat réalise une étude décrivant les pratiques financières et commerciales frauduleuses dans divers secteurs du commerce et des finances pour examen à une future session de la Commission.

232. À cette même session, la Commission avait été informée du fait que les pratiques frauduleuses, qui revêtaient habituellement un caractère international, avaient des conséquences économiques très graves pour le commerce mondial et portaient atteinte aux instruments commerciaux légitimes. Il a été noté que les fraudes se multipliaient, en particulier depuis l'avènement de l'Internet, qui offrait de nouvelles possibilités aux fraudeurs.

233. Après avoir examiné cette proposition, la Commission avait décidé qu'elle devrait examiner la question des travaux dans le domaine de la fraude commerciale à une future session et avait demandé au secrétariat d'entreprendre une étude décrivant les pratiques financières et commerciales frauduleuses dans divers secteurs commerciaux et financiers. Elle ne fixait pas de délai à cette demande et ne s'engageait pas non plus à prendre quelque mesure que ce soit sur la base de cette étude[24].

234. À sa trente-sixième session, la Commission était saisie d'une note du secrétariat sur les travaux futurs possibles sur la fraude commerciale (A/CN.9/540). Elle a noté avec satisfaction le travail du secrétariat, qui avait convoqué à Vienne, du 2 au 4 décembre 2002, une réunion d'experts sur le thème de la fraude commerciale et élaboré une note sur la base de cette réunion pour examen par la Commission.

235. On a fait observer que la fraude commerciale était toujours une préoccupation croissante dans le commerce international et une menace pour l'économie mondiale en général. On a noté qu'elle avait pris beaucoup d'ampleur. On a indiqué qu'il faudrait garder à l'esprit les intérêts particuliers des victimes de la fraude commerciale internationale dans les travaux futurs dans ce domaine.

236. La Commission a été informée que l'avènement et la diffusion des technologies et l'utilisation de l'Internet avaient fortement influé sur le développement et l'incidence de la fraude commerciale, du fait notamment de sa composante transnationale. Le Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique, qui faisait également fonction de président des conseillers juridiques des organismes des Nations Unies, a indiqué dans ce contexte que les conseillers juridiques avaient discuté de l'absence de régime juridique international pour l'Internet. À la suite de ces discussions, les conseillers juridiques s'étaient mis d'accord sur les points suivants, à transmettre aux États membres, selon qu'il conviendra:

a) L'Internet revêtait une importance fondamentale comme instrument de communication, de commerce, d'expression politique et culturelle, d'éducation et de coopération scientifique;

b) Étant donné le caractère international et les effets de l'Internet, les différents droits et appareils judiciaires nationaux n'étaient pas en mesure, pour la majeure partie des activités passant par l'Internet, de fournir un cadre juridique adéquat;

c) Il était urgent d'élaborer, au niveau international, une structure et des institutions juridiques favorisant la poursuite du développement de l'activité sur l'Internet dans un environnement de sécurité juridique ainsi que de respect de la primauté du droit et du caractère international de ladite activité.

237. L'attention de la Commission a été attirée sur les efforts de lutte contre la fraude au moyen des instruments juridiques internationaux de droit pénal, aussi bien ceux qui existaient déjà [en particulier la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée

[23]Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 279 à 290.

[24]Ibid., par. 290.

(résolution 55/25 de l'Assemblée générale, annexe I)] que ceux qui en étaient aux derniers stades de négociation (en particulier la Convention des Nations Unies contre la corruption). Étant donné la part importante du droit pénal dans ces efforts, la Commission a examiné le rôle utile qu'elle pourrait jouer en la matière, compte tenu de son mandat dans le domaine du droit commercial international. On a noté qu'il était difficile de donner une définition précise de la fraude commerciale, du fait notamment qu'elle relevait du droit civil, du droit pénal et de règlements, et que pareille ambiguïté, accentuée par les obstacles à la coopération transfrontière entre les diverses autorités compétentes, était en fait mise à profit par les fraudeurs. On a dit qu'il ne fallait pas voir dans la difficulté de définir la fraude commerciale une entrave au développement des travaux dans ce domaine au stade actuel et que l'on parviendrait plus probablement à une définition satisfaisante après clarification du sujet par la discussion, la diffusion d'informations et une étude plus poussée. Il a été noté que le droit privé pouvait jouer un rôle fondamental tenant à son utilité comme moyen de prévention de la fraude. En particulier, la Commission est convenue que les textes existants et futurs de la CNUDCI pourraient jouer un rôle important à cet égard.

238. La Commission a été informée que l'un des principaux problèmes, lorsque l'on voulait lutter efficacement contre la fraude, était la difficulté de rapprocher les organismes publics et privés appropriés nécessaires à cette fin. On a considéré que la Commission avait la capacité unique de mobiliser les intérêts publics et privés nécessaires pour lutter efficacement contre la fraude commerciale.

239. La Commission a été informée que, pour le moment, elle pourrait mettre l'accent sur la coordination avec d'autres organismes et sur la nécessité de sensibiliser à la fraude commerciale. À cet égard, on a indiqué que cela pouvait consister notamment à attirer l'attention sur les dangers des pratiques frauduleuses susceptibles d'avoir de graves répercussions sur l'économie des pays en développement, par exemple les opérations pyramidales, en particulier lorsqu'elles étaient le fait de personnes se trouvant en dehors des pays touchés. Cela devrait être fait sans empiéter sur les questions liées au droit pénal et aux dispositions réglementaires du pays.

240. La proposition faite par le secrétariat (A/CN.9/540, par. 65 à 67) concernant l'organisation d'un colloque international chargé d'étudier les différents aspects de la fraude commerciale du point de vue du droit privé et de permettre un échange d'idées entre les diverses parties intéressées, y compris des gouvernements, des organisations intergouvernementales et des organismes privés souhaitant particulièrement combattre la fraude commerciale et ayant des compétences en la matière, a été très favorablement accueillie. D'autres organismes intéressés des Nations Unies pourraient être invités à participer au colloque, qui serait l'occasion de promouvoir un échange de vues avec le secteur du droit pénal et le secteur réglementaire qui combattent la fraude commerciale et de recenser les activités susceptibles d'être coordonnées ou harmonisées.

241. La Commission a considéré qu'il serait utile de réaliser une étude sur les formes de fraude commerciale et elle a été informée que la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale pourrait peut-être le faire par l'intermédiaire du Centre pour la prévention internationale du crime de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, qui pourrait diriger cette activité de recherche en consultation avec la CNUDCI. Il a été dit que le colloque proposé sur la fraude commerciale pourrait être un forum utile pour la définition des paramètres de l'étude. La Commission a été informée que le processus de collecte et d'analyse des données prendrait de deux à trois ans et que des rapports intérimaires seraient communiqués à la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale, si elle le demandait. La Commission, notant que ses ressources étaient entièrement engagées dans la formulation de règles de droit privé et des activités connexes, a demandé que la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale prête son concours pour la réalisation d'une étude sur la fraude commerciale, comme base de travaux futurs possibles dans ce domaine. Il a été noté que le colloque et les études connexes à entreprendre en coopération avec la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale étaient considérés utiles en eux-mêmes et qu'il n'était pas prévu de créer un groupe de travail intergouvernemental sur la fraude commerciale.

XII. JURISPRUDENCE RELATIVE AUX TEXTES DE LA CNUDCI, RECUEIL ANALYTIQUE DE JURISPRUDENCE RELATIVE À LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES VENTES ET AUTRES TEXTES UNIFORMES

A. Jurisprudence

242. 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 thésaurus et des index. À ce jour, 41 numéros rendant compte de 476 décisions ont été préparés en vue de leur publication dans le cadre de ce système. La Commission a été informée des nouvelles améliorations apportées au système, à savoir l'insertion, en première page des versions papier, d'une table des matières énumérant toutes les décisions, l'ajout d'hyperliens (actifs dans la version électronique) renvoyant au texte intégral de la décision en langue originale (lorsqu'il est disponible) ou à une traduction de la décision dans une des langues officielles de l'ONU (lorsqu'elle existe), la mention du nom de l'auteur du sommaire, l'adjonction de mots clefs [pour les décisions interprétant la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985)][25] et l'insertion à la fin de chaque numéro d'un index complet. Elle a également été informée de la préparation d'un nouveau thésaurus ainsi que d'un index complet pour la Loi type sur l'arbitrage. Elle a assisté à une démonstration du nouveau moteur de recherche dans le Recueil de jurisprudence, qui offrait un accès indexé plus facile aux différents sommaires (en l'occurrence, ceux relatifs à la Loi type sur l'arbitrage), les recherches

[25] Ibid., *quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), annexe I.

pouvant être effectuées à partir du numéro de la décision, du numéro d'article, du pays, d'un mot clef, du nom des parties et de la date.

243. La Commission a exprimé sa reconnaissance aux correspondants nationaux pour leur travail de collecte des décisions et de préparation des sommaires. Il a été noté que le Recueil de jurisprudence demeurait un aspect important des activités de formation et d'assistance technique entreprises par la CNUDCI. La large diffusion du Recueil, à la fois sur papier et sous forme électronique, contribuait à l'interprétation et à l'application uniformes des textes de la CNUDCI en facilitant l'accès aux décisions judiciaires et aux sentences arbitrales rendues dans d'autres pays.

B. Recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes et autres textes uniformes

244. La Commission a rappelé qu'à sa trente-quatrième session[26], en 2001, elle avait prié son 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 ventes. Rappelant ses observations sur les principes de l'élaboration d'un tel recueil, elle a été informée que, comme elle l'avait demandé à sa trente-cinquième session[27], en 2002, un projet de recueil analytique avait été préparé et était actuellement mis en forme, puis serait distribué aux gouvernements, aux correspondants nationaux et à d'autres parties intéressées pour commentaire avant finalisation et publication. 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 concernant la Convention.

245. La Commission a aussi été informée que, comme elle l'avait demandé à sa trente-cinquième session, les avant-projets du recueil analytique concernant la Loi type sur l'arbitrage avaient été élaborés par son secrétariat, qui étudiait également la possibilité de préparer un recueil analytique de la jurisprudence relative à la Convention de New York. Il a été noté que, si les recueils analytiques concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes et la Loi type sur l'arbitrage avaient été élaborés en collaboration avec les correspondants nationaux, il n'existait pas de tels correspondants pour la Convention de New York. Il serait donc utile d'étudier la possibilité d'établir un recueil analytique concernant cette convention en coopération avec une organisation comme le Conseil international pour l'arbitrage commercial.

XIII. FORMATION ET ASSISTANCE TECHNIQUE

246. La Commission a été saisie d'une note du secrétariat (A/CN.9/536) décrivant les activités de formation et d'assistance technique entreprises depuis sa trente-cinquième session, en 2002, et indiquant l'orientation des activités futures, compte tenu en particulier de l'augmentation des demandes reçues par son 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 pouvant être tirés de leur adoption. Ces séminaires et missions d'information étaient souvent suivis d'une aide à l'élaboration ou à la finalisation de textes législatifs.

247. Il a également été noté que, depuis la trente-cinquième session de la Commission, des séminaires et missions d'information avaient été organisés par le secrétariat dans les villes ci-après: Belo Horizonte (Brésil) (27-29 mai 2002); Florianopolis (Brésil) (30 mai 2002); Quito (4 et 5 juillet 2002); Guayaquil (Équateur) (8 et 9 juillet 2002); Dhaka (28 octobre 2002); Bangkok (20-22 novembre 2002); Ouagadougou (19-21 novembre 2002); Astana (3 et 4 février 2003); Hanoi (2-4 avril 2003). Il a aussi été indiqué que des membres du secrétariat avaient participé en tant qu'orateurs à plusieurs réunions convoquées par d'autres organisations. Il a en outre été noté qu'il avait été impossible d'accéder à un certain nombre de demandes faute de ressources.

248. La Commission s'est félicitée des activités entreprises et a 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. Il a été dit que les activités de formation et d'assistance technique étaient particulièrement utiles aux pays en développement et aux pays à économie en transition qui manquaient de connaissances spécialisées dans les domaines traités par la CNUDCI. On a également fait observer que ces activités pouvaient jouer un grand rôle dans les efforts d'intégration économique entrepris par de nombreux pays.

249. La Commission a remercié la France, la Grèce et la Suisse pour avoir contribué au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI, ainsi que l'Autriche, le Cambodge, Chypre, le Kenya, le Mexique et 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 membres de la Commission et à d'autres États. Elle a également exprimé sa gratitude aux organisations qui avaient contribué à son programme en fournissant des fonds ou du personnel ou en accueillant des séminaires.

250. Soulignant l'importance des ressources extrabudgétaires, la Commission a de nouveau appelé tous les États, les organisations internationales et les autres organismes intéressés 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 et aux représentants des pays en développement d'assister à ses réunions. Il a 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.

[26]Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 395.

[27]Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 243.

251. Compte tenu des ressources limitées, budgétaires et 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. La Commission a pris note des remarques formulées par le Bureau des services de contrôle interne dans son rapport sur l'évaluation approfondie du programme relatif aux affaires juridiques (E/AC.51/2002/5, par. 64), selon lesquelles il serait utile d'évaluer l'efficacité des activités de formation et d'assistance technique fournies, et elle a prié le secrétariat d'envisager de donner suite à cette suggestion. On s'est aussi inquiété de ce que, sans actions de suivi et sans une coopération et une coordination efficaces entre le secrétariat et les organismes d'aide au développement qui fournissaient ou finançaient une assistance technique, l'assistance internationale ne conduise à l'adoption, au niveau national, de lois qui ne correspondaient pas aux normes convenues au niveau international. À cet égard, la Commission a pris note avec satisfaction des premières mesures adoptées pour donner suite à la demande que l'Assemblée générale avait faite au Secrétaire général d'augmenter sensiblement les ressources humaines et financières du secrétariat, dont une partie serait utilisée pour assurer l'exécution efficace de son programme de formation et d'assistance ainsi que pour la publication et la diffusion en temps voulu de ses travaux (voir par. 256 à 261).

XIV. ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES JURIDIQUES DE LA CNUDCI

252. Sur la base d'une note du secrétariat (A/CN.9/537), la Commission a examiné l'état des conventions et des lois types issues de ses travaux ainsi que l'état de la "Convention de New York". Elle a pris note avec satisfaction des nouveaux instruments déposés et des nouvelles législations adoptées depuis la clôture de sa dernière session le 28 juin 2002 concernant les textes suivants:

a) Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg). Dépôt d'un nouvel instrument par la République arabe syrienne; nombre d'États parties: 29;

b) Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980). Dépôt d'un nouvel instrument par le Honduras; nombre d'États parties: 62;

c) Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958). Dépôt de nouveaux instruments par le Brésil, la Jamaïque et le Qatar; nombre d'États parties: 133;

d) Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985). Adoption d'un texte législatif fondé sur la Loi type en Azerbaïdjan, en Illinois (États-Unis d'Amérique), en Jordanie, au Paraguay et en Zambie;

e) Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994). Adoption d'un texte législatif inspiré de la Loi type en Gambie, au Malawi, en République de Moldova et en Roumanie;

f) Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996). Adoption d'un texte législatif inspiré de la Loi type dans les pays suivants: Jordanie, Mexique, Nouvelle-Zélande, Pakistan, Thaïlande, Venezuela. Des textes législatifs ont aussi été adoptés sur la base de la Loi type dans le baillage de Guernesey et à l'île de Man (Dépendances de la Couronne du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord) et dans les îles Turques et Caïques (territoire d'outre-mer dépendant du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord);

g) Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997). Un texte législatif a été adopté sur la base de la Loi type au Japon;

h) Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001). Un texte législatif a été adopté sur la base de la Loi type en Thaïlande.

253. La Commission a noté avec satisfaction qu'un certain nombre d'États avaient fait savoir qu'ils envisageaient de prendre des mesures en vue d'adhérer à diverses conventions et d'adopter une législation fondée sur diverses lois types élaborées par la CNUDCI. Les États qui avaient incorporé ou étaient sur le point d'incorporer dans leur droit interne une loi type élaborée par la Commission ou qui envisageaient de prendre des mesures législatives concernant une convention résultant des travaux de la Commission ont été priés d'en informer le secrétariat de la Commission. Les États pourraient aussi envisager de rendre compte des activités tendant à la prise de mesures législatives concernant un texte de la CNUDCI ou à l'adoption d'une législation inspirée d'un texte de la CNUDCI. Les États qui avaient adopté une législation fondée sur des lois types de la CNUDCI étaient priés d'en adresser des exemplaires au secrétariat pour inclusion dans la bibliothèque. À cet égard, la Commission a été informée que le secrétariat avait examiné la possibilité d'inclure le texte de ces lois sur le site Web de la CNUDCI, dans la langue d'origine, et, le cas échéant, la traduction, même officieuse, dans l'une ou plusieurs des langues officielles de l'Organisation des Nations Unies. Mettre à disposition les textes de droit interne adoptés sur la base d'instruments de la CNUDCI était, a-t-on dit, utile aux autres États qui envisageaient d'adopter des textes législatifs fondés sur ces mêmes instruments. Les États membres ont été priés d'aider le secrétariat à obtenir les droits nécessaires pour publier des textes législatifs sur le site Web de la CNUDCI dans les cas où des textes ou des bases de données législatives étaient protégés par des droits d'auteur.

254. La Commission a noté que pour être complets et produire des résultats concrets, les efforts déployés en vue de l'unification et de l'harmonisation du droit commercial devaient déboucher sur l'adoption et l'application uniforme par les États des textes élaborés par la Commission. Pour parvenir à ce résultat, celle-ci a prié son secrétariat de redoubler d'efforts afin d'aider les États à examiner, dans l'optique de leur adoption, les textes qu'elle avait élaborés. La Commission a lancé un appel aux représentants et observateurs assistant à ses réunions et à celles de ses groupes de travail pour qu'ils contribuent, dans la mesure jugée appropriée, à faciliter l'examen des textes de la Commission par l'organe législatif de leur État.

XV. RÉSOLUTIONS DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE RELATIVES AUX TRAVAUX DE LA COMMISSION ET SUIVI DE L'ÉVALUATION APPROFONDIE DES TRAVAUX DU SECRÉTARIAT DE LA COMMISSION

A. Résolutions 57/17, 57/18 et 57/20

255. La Commission a pris note avec satisfaction des résolutions de l'Assemblée générale 57/17 relative au rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-cinquième session, 57/18 relative à la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale et 57/20 relative à l'augmentation du nombre des membres de la Commission, toutes datées du 19 novembre 2002.

B. Résolution 57/19

256. La Commission a également pris note avec satisfaction de la résolution 57/19 de l'Assemblée générale, en date du 19 novembre 2002, relative à l'amélioration de la coordination dans le domaine du droit commercial international et au renforcement du secrétariat de la CNUDCI. Conformément au paragraphe 2 de cette résolution, la Commission a examiné les applications pratiques des méthodes de travail qu'elle avait adoptées en 2001 (voir chap. XVIII ci-après).

257. La Commission a rappelé les débats qu'elle avait eus à sa trente-cinquième session[28], en 2002, concernant le renforcement de son secrétariat. Elle a été informée de la proposition de budget relative au Bureau des affaires juridiques du Secrétariat pour l'exercice biennal 2004-2005, en ce qui concerne plus particulièrement le sous-programme 5 (Harmonisation et unification progressives du droit commercial international) du chapitre 8 (Affaires juridiques) du projet de budget-programme (A/58/6). Il a été noté que le Conseiller juridique, en élaborant ses propositions relatives au budget du Bureau des affaires juridiques pour l'exercice biennal 2004-2005, avait estimé possible d'accroître le niveau des ressources du secrétariat de la CNUDCI dans le cadre des ressources existantes du Bureau. En conséquence, le Secrétaire général proposait essentiellement que le Service du droit commercial international soit restructuré et étoffé par la création de trois postes de juristes et d'un poste d'agent des services généraux et qu'il devienne une division du Bureau des affaires juridiques. La Division reposerait sur deux piliers: le premier axé sur l'élaboration de normes uniformes et le second sur la coordination et les affaires extérieures.

258. Le premier pilier serait essentiellement chargé de la fonction traditionnelle exercée par le secrétariat de la CNUDCI à l'appui des activités normatives de la Commission et de ses groupes de travail. Au second pilier seraient essentiellement dévolues la fonction de coordination et les affaires extérieures, comme envisagé dans la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale du 17 décembre 1966, par laquelle a été créée la CNUDCI. Son rôle s'articulerait autour de la coordination des travaux des organisations internationales exerçant leur activité dans le domaine du droit commercial international; de l'assistance technique en matière législative, en particulier aux pays en développement afin de faciliter leur participation aux conventions existantes et l'application des dispositions législatives types élaborées par la CNUDCI; et de la diffusion d'informations sur l'évolution moderne du droit, y compris la jurisprudence, dans le domaine du droit commercial international. En outre, les États qui fournissent une assistance technique aux pays en développement dans le domaine de la réforme du droit commercial ont été encouragés à utiliser les documents de la Commission, et, si possible, à collaborer avec son secrétariat et les autres États membres à cet effet.

259. La Commission est convenue que la fonction de coordination, déjà importante en 1966, était devenue essentielle ces dernières années, eu égard à l'accroissement du nombre d'organisations, intergouvernementales et non gouvernementales, participant à l'élaboration de normes juridiques. Il faudrait reprendre la production de rapports sur les activités d'organisations œuvrant dans le domaine du droit commercial international. La promotion de normes juridiques uniformes supposerait que le secrétariat de la CNUDCI augmente considérablement son appui aux pays en développement sollicitant une assistance technique pour la modernisation de leur législation. La diffusion d'informations requiert des ressources considérables pour maintenir et mettre à jour la base de données du recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI et pour publier des sommaires de jurisprudence sur les principaux instruments issus des travaux de la CNUDCI. Ce travail a déjà commencé mais ne progresse pas suffisamment rapidement pour répondre à la demande, faute de ressources suffisantes. Le minimum de ressources nécessaires pour ce second pilier a été estimé à quatre administrateurs au total, sous l'autorité d'un juriste hors classe.

260. La Commission a noté que la proposition ci-dessus devait recevoir une recommandation favorable, tant de la Cinquième Commission que de la Sixième Commission de l'Assemblée générale. La Commission a instamment invité ses États membres et l'Assemblée à prendre toute mesure nécessaire pour accélérer l'augmentation longtemps attendue des ressources du secrétariat de la Commission.

261. Après avoir vivement appuyé la création proposée de la Division du droit commercial international, la Commission a tenu à exprimer sa gratitude au Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique, pour son engagement personnel et sa contribution décisive au processus d'unification, d'harmonisation et de modernisation du droit commercial international dans l'intérêt de la paix et de la stabilité mondiales.

XVI. COORDINATION ET COOPÉRATION

A. Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit)

262. Le Secrétaire général de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) a présenté un rapport sur l'adoption, en 2002, d'une loi type sur la divulgation

[28] Ibid., par. 258 à 271.

des informations en matière de franchise et a informé la Commission des instruments finalisés ou adoptés depuis la trente-cinquième session de la Commission ou en cours d'examen à l'Unidroit.

263. La Commission a été informée de deux sessions conjointes du Conseil de direction d'Unidroit et de représentants de gouvernements d'États membres ("sessions de réflexion"), dont l'objectif était de permettre aux participants de procéder à un examen approfondi de la planification à moyen et à long termes des activités d'Unidroit. À cet égard, la Commission a noté la demande exprimée à l'issue de ces sessions visant à l'établissement d'un mécanisme commun de coordination des trois organisations ayant une activité législative dans le domaine du droit privé à l'échelon universel, à savoir la CNUDCI, la Conférence de La Haye de droit international privé et l'Unidroit. Un mode de coordination consisterait à ce que les trois secrétariats se réunissent une fois par an pour échanger des informations concernant les travaux en cours et futurs et, en particulier, tenter de coordonner les dates des sessions de travail et d'autres réunions afin de permettre aux gouvernements de planifier d'une manière systématique leur participation aux travaux des trois organisations. Les secrétariats devraient, si possible et dans la mesure nécessaire, définir également des moyens de faire participer à cette coordination d'autres organisations intergouvernementales et internationales régionales ayant une activité législative dans le domaine du droit privé et commercial.

B. Commissions économiques régionales de l'ONU

264. La Commission a examiné une note de Henry M. Joko-Smart (Sierra Leone), Président des vingt et unième et trente-cinquième sessions de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, tenues en 1988 et 2002 respectivement, sur les risques de chevauchement entre les travaux de la Commission et ceux des commissions régionales du Conseil économique et social de l'ONU, en particulier la Commission économique pour l'Europe. Cette note est ainsi libellée:

> "1. En tant que Président des vingt et unième (1988) et trente-cinquième (2002) sessions de la CNUDCI, je propose que la Commission examine, à sa trente-sixième session (2003), certains éléments susceptibles d'accroître le risque de chevauchement entre ses travaux et ceux des commissions économiques régionales, en particulier de la Commission économique pour l'Europe (CEE) de l'ONU. Je tiens à signaler que divers documents budgétaires publiés à propos de la CEE suscitent de nouvelles préoccupations, en particulier du fait que les activités de cette organisation régionale et celles d'une instance universelle comme la CNUDCI risquent de faire double emploi.
>
> 2. Par exemple, le chapitre du projet de budget-programme pour l'exercice biennal 2004-2005 consacré à la CEE[1] indique que celle-ci "s'emploiera à promouvoir l'adoption à l'échelon international [des] accords et règles [élaborés par elle], en particulier en matière de transports [et] de facilitation des échanges commerciaux"[2]. Il fait état du "nombre croissant de conférences et autres manifestations mondiales devant être organisées par la CEE[3]". On constate donc que ce champ d'action de la CEE, lorsqu'elle s'attache à promouvoir ses normes et règles et à élaborer de nouveaux instruments notamment juridiques, se mondialise progressivement.
>
> 3. Un développement des activités de la CEE dans le domaine normatif et un renforcement du dialogue sur le cadre réglementaire à mettre en place pour faciliter les échanges commerciaux sont des évolutions positives pour les pays représentés au sein de cette commission. Je suggérerais toutefois que les États membres donnent leur avis sur l'opportunité d'approuver ce nouvel élan vers la mondialisation des travaux de la CEE, compte tenu du fait que cette dernière est une organisation régionale et n'a pas la composition universelle nécessaire pour produire des instruments de portée mondiale. Venant d'un pays qui n'est pas représenté au sein de la Commission économique pour l'Europe, j'exagérerais à peine en disant que j'ai été surpris de voir un organe régional se lancer dans l'harmonisation du droit au niveau mondial. Je pense que les représentants de pays d'autres régions partageront mon sentiment. Si l'objectif de la CEE est de participer plus activement aux travaux d'instances mondiales et d'influencer ces dernières en leur faisant profiter de son expérience acquise au niveau régional, notamment en matière normative, une telle activité peut être utile. Il faudra toutefois que les États membres de la CEE et ceux de la CNUDCI assurent une coordination et un suivi. Mon intention n'est pas de faire obstacle à la Commission économique pour l'Europe mais d'éviter que l'ONU ne parle de deux voix différentes au niveau mondial.
>
> 4. Les problèmes de coordination avec la CEE ne sont pas nouveaux. Déjà en 1995, la CNUDCI s'était dite généralement préoccupée des incidences possibles d'un document (TRADE/WP.4/R.1104), qui prévoyait la création au sein de la CEE d'un organisme qui allait devenir plus tard le Centre des Nations Unies pour la facilitation du commerce et les transactions électroniques (CEFACT)[4]. Dans ce document, il était suggéré que le Conseil économique et social accorde au CEFACT le statut de "centre de compétences pour l'ensemble du système des Nations Unies" dans le domaine de la facilitation des échanges commerciaux (par. 64). Le mandat proposé pour le CEFACT était le suivant: "[faciliter] les transactions internationales grâce à la simplification et à l'harmonisation des procédures et des flux d'information, contribuant ainsi à l'expansion du commerce mondial. Pour ce faire, [il devait] entre autres tâches: examine[r] et analyse[r] les procédures qu'appellent les transactions internationales, en vue de les raccourcir, de les simplifier et de les harmoniser; [...] élabore[r] des recommandations portant sur les questions juridiques et visant à éliminer les obstacles juridiques à l'informatisation des transactions et des procédures commerciales; coordonne[r] et, s'il y a lieu, harmonise[r] le programme de travail avec ceux d'autres

[1] A/58/6 (sect. 20).

[2] Ibid., par. 20.6.

[3] Ibid., par. 20.16.

[4] Le CEFACT a tenu sa première session en 1997.

organisations internationales comme [...] la CNUDCI" (par. 72). Dans le cadre du programme de travail suggéré pour le CEFACT, "les activités ci-après devraient être considérées comme prioritaires: [...] élaboration de recommandations portant sur les questions juridiques et sur la manière d'éliminer les obstacles juridiques à l'informatisation des transactions et des procédures" (par. 96).

5. La CNUDCI avait alors réaffirmé son appui aux travaux réalisés par la CEE dans le domaine technique, notamment pour ce qui est de l'élaboration des messages EDIFACT. Elle avait néanmoins conclu que, vu son mandat général en tant que principal organe juridique dans le domaine du droit commercial international au sein du système des Nations Unies, les propositions susmentionnées de la CEE n'étaient pas acceptables. Elle était alors convenue de porter la question à l'attention de l'Assemblée générale[5].

6. En réponse, l'Assemblée générale a réaffirmé que la CNUDCI avait pour mandat de coordonner les activités juridiques dans ce domaine afin d'éviter un gaspillage d'efforts et de favoriser l'efficacité, la cohésion et la cohérence dans l'unification et l'harmonisation du droit commercial international. Elle lui a en outre recommandé de continuer, par l'intermédiaire de son secrétariat, à coopérer étroitement avec les autres organes et organisations internationaux, y compris les organisations régionales, qui s'occupent de droit commercial international[6].

7. Dans la résolution 2205 (XXI) qui lui a donné naissance, la CNUDCI s'est vu confier par l'Assemblée générale, en tant que première tâche parmi de nombreuses autres visant à harmoniser et à unifier progressivement le droit commercial international, le soin de coordonner les activités des organisations s'occupant de ces questions et de les encourager à coopérer entre elles[7].

8. Depuis 1995, avec l'augmentation du nombre de sujets traités par la CNUDCI, la nécessité d'éviter les gaspillages d'efforts et les chevauchements au sein du système des Nations Unies se fait toujours plus pressante. L'année dernière, nous avons été informés que le Bureau des services de contrôle interne (BSCI), à l'issue de son évaluation approfondie du programme relatif aux affaires juridiques[8], avait pris acte de cette situation critique, en particulier dans ses recommandations 13, sur la coordination accrue avec les organisations de droit commercial international, et 15, sur le programme de travail élargi de la CNUDCI[9].

9. En conclusion à la présente note, je pense que, compte tenu des faits ci-dessus illustrant les possibles difficultés entre la CNUDCI et les organisations régionales œuvrant dans le domaine juridique, bien que la résolution 50/47 de l'Assemblée générale reste pertinente, il ne suffira peut-être pas de lancer simplement un nouvel appel aux différents services du Secrétariat de l'ONU pour qu'ils coopèrent davantage entre eux. À mon avis, la CNUDCI devrait demander instamment à chaque État membre et à chaque État observateur d'assurer la coordination entre la délégation qui le représente auprès d'elle et la délégation qui le représente auprès de la commission économique de sa région."

265. La Commission a vivement appuyé les observations faites dans cette note par le Président des vingt et unième et trente-cinquième sessions, dont elle a approuvé les conclusions. Il a été affirmé que le type de difficulté évoqué dans la note, à savoir le chevauchement possible entre les travaux d'un organe véritablement universel comme la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et ceux d'un organe régional du système des Nations Unies tentant d'élargir son action à l'échelon mondial était le type de situation récurrente qu'il convenait d'éviter, car elle risquait, d'une part, de nuire à l'image de l'Organisation des Nations Unies et de compromettre l'efficacité de son action en faveur de la modernisation du droit commercial et, d'autre part, d'aboutir à un gaspillage de ressources déjà limitées. La Commission a estimé que les organes compétents de l'Assemblée générale devraient examiner plus avant la question. Elle a également instamment invité chacun de ses États membres à encourager la coordination entre la délégation qui le représente à la CNUDCI et la délégation qui le représente à la commission économique de sa région.

XVII. QUESTIONS DIVERSES

A. Bibliographie

266. La Commission a pris note avec satisfaction de la bibliographie des écrits récents ayant trait à ses travaux (A/CN.9/538). Elle a été informée que cette bibliographie était régulièrement mise à jour sur le site Web de la CNUDCI (www.uncitral.org) et que pour chacun des sujets qu'elle traitait une bibliographie récapitulative couvrant la période 1993-2003 était consultable en ligne. 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 organismes concernés et les auteurs de faire parvenir des exemplaires des publications pertinentes au secrétariat.

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

267. Il a été noté que l'Institut de droit commercial international de la Faculté de droit de Pace University à White Plains (New York) avait organisé le dixième Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis à Vienne du 11 au 17 avril 2003. Comme les précédentes années, ce concours avait été coparrainé par la Commission. Il a été noté que les questions juridiques soumises aux équipes d'étudiants participant au dixième Concours étaient fondées sur la Convention des Nations Unies sur les ventes, le Règlement d'arbitrage de l'Institut allemand d'arbitrage, la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et la Convention de New York. Cent vingt-huit équipes représentant des

[5]Il est rendu compte de ce débat plus en détail dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa vingt-huitième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17* (A/50/17), par. 310 à 313.

[6]Résolution 50/47 de l'Assemblée générale.

[7]Résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, sect. II, par. 8.

[8]Voir E/AC.51/2002/5.

[9]Voir E/AC.51/2002/5, par. 82.

facultés de droit de quarante pays ont participé au dixième Concours. L'équipe ayant le mieux plaidé a été celle de l'Université nationale des sciences juridiques de Calcutta (Inde). La Commission a noté que son secrétariat avait aussi organisé, pendant la même période, une série de conférences sur ses travaux. Il a été largement estimé que le Concours annuel, de par son caractère international, était une excellente occasion de diffuser des informations sur les textes juridiques uniformes et d'enseigner le droit commercial international. Il a été noté que le onzième Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis se tiendrait à Vienne du 2 au 8 avril 2004.

268. À l'occasion du dixième Concours, la Commission a remercié son ancien secrétaire, Eric E. Bergsten, d'avoir mis au point cette manifestation annuelle et de la diriger avec succès depuis sa création en 1993/1994, et l'Institut de droit commercial international de la Faculté de droit de Pace University de l'avoir organisée.

C. Le site Web de la CNUDCI

269. La Commission s'est déclarée satisfaite de son site Web, considéré comme un élément important de son programme d'ensemble d'activités d'information, de formation et d'assistance technique. Il a été noté qu'un large éventail d'usagers intéressés, dont des parlementaires, des juges, des praticiens et des universitaires, pouvait avoir accès, de n'importe où dans le monde, au site Web de la CNUDCI. Il a été dit que le site permettait aux représentants 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. Le site Web comprenait des textes adoptés, des rapports actualisés sur l'état des conventions et des textes adoptés, des décisions de juridictions étatiques ou arbitrales interprétant les textes de la CNUDCI (Recueil de jurisprudence) et des bibliographies concernant les travaux de la Commission. Celle-ci a été informée des nouvelles améliorations apportées au site Web, notamment de la poursuite de la mise sur le site des travaux préparatoires concernant les textes de la CNUDCI, de la mise en ligne de tous les volumes de l'*Annuaire de la CNUDCI* de 1968 à 1995 et de l'insertion d'un nouveau moteur de recherche pour la jurisprudence relative aux instruments de la CNUDCI. Le site Web existait en anglais, espagnol et français, et la version russe devait être prête fin 2003. D'autres possibilités d'améliorations futures ont été examinées, notamment celle de mettre en ligne des enregistrements audio et vidéo des conférences relatives aux travaux de la CNUDCI et les versions arabe et chinoise de l'*Annuaire de la CNUDCI* ainsi que de créer des liens vers les textes législatifs fondés sur des lois types, dans leur langue originale, et vers des traductions de textes de la CNUDCI dans d'autres langues, telles que l'allemand et le portugais.

XVIII. DATE ET LIEU DES RÉUNIONS FUTURES

A. Débat général sur la durée des sessions

270. Conformément au paragraphe 2 de la résolution 57/19 de l'Assemblée générale en date du 19 novembre 2002 sur l'amélioration de la coordination dans le domaine du droit commercial international et le renforcement du secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (voir par. 256 à 261 ci-dessus), la Commission a examiné les applications pratiques de ses méthodes de travail, en particulier en ce qui concerne l'augmentation de trois à six du nombre des groupes de travail travaillant parallèlement et la réduction correspondante de deux semaines à une semaine de la durée des sessions des groupes de travail.

271. La Commission a rappelé que, pendant de nombreuses années, elle avait eu droit à quatre semaines par an pour ses sessions plénières et à un total de douze semaines de services de conférence par an (six à Vienne et six à New York) pour ses groupes de travail. Elle a également rappelé qu'au cours des deux années précédentes elle avait introduit progressivement un nouveau système dans lequel ses groupes de travail tenaient des sessions soit d'une semaine (cinq jours ouvrables), soit de deux semaines. À sa trente-cinquième session[29], en 2002, elle a considéré que, dans l'ensemble, ses méthodes de travail s'étaient avérées efficaces, ce qui laissait entendre que le nouveau système introduit en 2001 s'était révélé utile. L'inconvénient de la réduction de la durée d'une session d'un groupe de travail de neuf à cinq jours était plus que compensé, selon elle, par les avantages, à savoir: la possibilité pour la Commission de travailler sur plus de trois sujets (ce qui était nécessaire étant donné le besoin urgent de moderniser la législation dans un nombre croissant de domaines du droit commercial); les économies de temps et d'argent pour les délégués assistant à une session donnée; et la possibilité, pour un certain nombre de membres de délégations d'États membres et d'observateurs, d'assister à une session de cinq jours ouvrables, mais, en raison de leur calendrier chargé, pas à une session de deux semaines.

272. À sa session en cours, la Commission a noté cependant qu'il y avait deux groupes de travail, en particulier, qui, étant donné l'étendue de leurs sujets et la nécessité d'accélérer leurs travaux, gagneraient à tenir des sessions de deux semaines sans repousser ce faisant les sessions des autres groupes de travail, qui avaient eux aussi des sujets urgents à leur ordre du jour. On s'attendait qu'une telle situation se présente au moins en 2004 et en 2005. Les groupes de travail ayant besoin de sessions plus longues étaient le Groupe de travail III (Droit des transports) (qui avait été en mesure de se réunir deux fois pendant deux semaines car il avait pu utiliser le temps de conférence du Groupe de travail I) et le Groupe de travail VI (Sûretés). Il a été rappelé que le Groupe de travail III (Droit des transports) était en train d'élaborer un avant-projet d'instrument sur le transport de marchandises, qui était un document particulièrement long et complexe. Le Groupe de travail VI (Sûretés) était en train d'élaborer un projet de guide sur les opérations garanties qui était également un instrument complexe et devait être achevé en 2005 pour coïncider avec les travaux d'autres organisations internationales.

273. La proposition de prolonger les sessions du Groupe de travail III et du Groupe de travail VI a été appuyée. Il a été rappelé que, lorsqu'elle avait décidé que les

[29] Ibid., par. 271.

six groupes de travail auraient des sessions d'une semaine, en 2001, la Commission avait indiqué qu'il était entendu que ces nouveaux arrangements devraient être appliqués avec souplesse et que, selon le degré de priorité assigné, un groupe de travail pourrait consacrer la totalité d'une session de deux semaines à l'examen d'un seul sujet, tandis que d'autres sujets pourraient être abordés ensemble par un groupe de travail également pendant une session de deux semaines[30]. Quant au nombre total de douze semaines de services de conférence par an actuellement allouées aux sessions des groupes de travail, il a été proposé que la Commission demande au Comité des conférences de dégager les ressources supplémentaires nécessaires. La Commission a été informée des incidences pratiques de cette proposition, qui exigerait jusqu'à quatre semaines de conférence supplémentaires, ce qui entraînerait des dépenses (par exemple le coût des salles de conférence, les commis aux documents et les fonctionnaires de conférence, les enregistrements sonores et les services d'ingénierie et d'interprétation)[31].

274. La proposition de modifier la nouvelle organisation des réunions deux ans seulement après sa mise en place a suscité des objections. Il a été souligné que l'on ne pouvait recommander de s'écarter ainsi de la pratique établie que dans des circonstances exceptionnelles. Il a été suggéré que, si les groupes de travail souhaitaient que la Commission augmente les ressources qui leur étaient allouées pour les conférences, ils devraient faire une demande indiquant les raisons précises pour lesquelles ils sollicitaient une telle dérogation. Un délégué a déclaré que ni le Groupe de travail III ni le Groupe de travail VI n'avait suffisamment expliqué pourquoi une augmentation des services de conférence était nécessaire pour la poursuite de ses travaux. Selon une autre proposition, qui a été peu appuyée, toute augmentation des services de conférence alloués à un groupe de travail devrait s'accompagner de l'obligation pour ce dernier d'achever ses travaux dans un délai déterminé.

275. Après un débat, la Commission a décidé qu'un esprit de souplesse devrait prévaloir lorsque l'on envisageait la possibilité d'accroître les services de conférence alloués à un groupe de travail. De l'avis général, les groupes de travail devraient normalement se réunir pour une session d'une semaine deux fois par an. Dans le cadre des douze semaines de services de conférence auxquels avaient droit globalement les six groupes, du temps supplémentaire pouvait être accordé à l'un d'entre eux si un autre n'utilisait pas entièrement le sien. Toutefois, toute demande d'allongement de la durée des sessions à la suite de laquelle l'ensemble des groupes de travail aurait besoin de plus de douze semaines de services de conférence devrait être revue par la Commission, et chaque groupe de travail devrait indiquer pourquoi un changement était nécessaire. Pour ce qui est du cas particulier des Groupes de travail III et VI, il a été noté que deux semaines de temps de conférence seraient disponibles avant la prochaine session de la Commission, étant donné que le Groupe de travail I (Passation de marchés) ne se réunirait pas à nouveau avant le deuxième semestre de 2004. Il a été décidé que ces deux semaines supplémentaires devraient être allouées au Groupe de travail III pour la poursuite de ses travaux. Quant à la possibilité d'ajouter une ou deux semaines aux douze semaines disponibles afin de répondre aux besoins du Groupe de travail VI, il a été décidé qu'il faudrait peut-être revenir sur ce point à la prochaine session sur la base d'une demande motivée du Groupe de travail avant que la question puisse être soumise au Comité des conférences.

B. Trente-septième session de la Commission

276. La Commission a approuvé la tenue de sa trente-septième session à New York du 14 juin au 2 juillet 2004. Il a été noté qu'elle n'avait pas l'intention d'utiliser la totalité des quatre semaines de services de conférence qui lui étaient allouées en 2004. La durée de la session pourrait être encore réduite si cela s'avérait opportun compte tenu de l'état d'avancement des projets de textes élaborés par les divers groupes de travail.

C. Sessions des groupes de travail jusqu'à la trente-septième session de la Commission

277. La Commission a approuvé le calendrier suivant 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) Groupe de travail I (Passation de marchés). La date de la sixième session a été reportée au deuxième semestre de 2004; les deux semaines de session initialement prévues ont été allouées par la Commission au Groupe de travail III (Droit des transports) pour qu'il puisse tenir deux sessions d'une durée de deux semaines chacune;

b) Le Groupe de travail II (Arbitrage) tiendra sa trente-neuvième session à Vienne du 10 au 14 novembre 2003, immédiatement avant la session du Groupe de travail IV, et sa quarantième session à New York du 23 au 27 février 2004;

c) Le Groupe de travail III (Droit des transports) tiendra sa douzième session à Vienne du 6 au 17 octobre 2003, et sa treizième session à New York du 3 au 14 mai 2004;

d) Le Groupe de travail IV (Commerce électronique) tiendra sa quarante-deuxième session à Vienne du 17 au 21 novembre 2003, immédiatement après la session du Groupe de travail II, et sa quarante-troisième session à New York du 15 au 19 mars 2004, immédiatement avant la session du Groupe de travail V;

e) Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) tiendra sa vingt-neuvième session à Vienne du 1er au 5 septembre 2003, immédiatement avant la session du Groupe

[30] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 382. L'ensemble de la discussion tenue pendant cette session sur les méthodes de travail de la Commission figure aux paragraphes 376 à 384.

[31] La Commission a noté que le coût total du prolongement d'une semaine de la session d'un groupe de travail par an à Vienne serait de 68 166 euros. À New York, il serait de 80 565 dollars des États-Unis en 2004 et 82 338 dollars en 2005.

de travail VI, et sa trentième session à New York du 22 au 26 mars 2004, immédiatement après la session du Groupe de travail IV;

f) Le Groupe de travail VI (Sûretés) tiendra sa quatrième session à Vienne du 8 au 12 septembre 2003, immédiatement après la session du Groupe de travail V, et sa cinquième session à New York du 29 mars au 2 avril 2004, immédiatement après la session du Groupe de travail V.

D. Sessions des groupes de travail après la trente-septième session de la Commission

278. La Commission a noté qu'un calendrier provisoire avait été établi pour la réunion des groupes de travail après sa trente-septième session (ce calendrier est soumis à son approbation à sa trente-septième session):

a) Le Groupe de travail I (Passation de marchés) tiendrait sa sixième session à Vienne du 11 au 15 octobre 2004, immédiatement avant la session du Groupe de travail IV;

b) Le Groupe de travail II (Arbitrage) tiendrait sa quarante et unième session à Vienne du 13 au 17 septembre 2004;

c) Le Groupe de travail III (Droit des transports) tiendrait sa quatorzième session à Vienne du 22 novembre au 3 décembre 2004 (voir par. 270 à 275);

d) Le Groupe de travail IV (Commerce électronique) tiendrait sa quarante-quatrième session à Vienne du 18 au 22 octobre 2004, immédiatement après la session du Groupe de travail I;

e) Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité). La date de la trente et unième session a été reportée en principe à 2005, en fonction du programme de travail et sous réserve de l'approbation de la Commission; la session d'une semaine initialement prévue pour le deuxième semestre de 2004 a été provisoirement attribuée par la Commission au Groupe de travail III (Droit des transports) pour que ce dernier puisse tenir une session de deux semaines;

f) Le Groupe de travail VI (Sûretés) tiendrait sa sixième session à Vienne du 30 août au 3 septembre 2004.

ANNEXE I

Dispositions types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé

[L'annexe I est reproduite à la section I de la troisième partie du présent *Annuaire*.]

ANNEXE II

Liste des documents dont était saisie la Commission à sa trente-sixième session

[L'annexe II est reproduite à la section IV de la troisième partie du présent *Annuaire*.]

B. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED): extrait du rapport du Conseil du commerce et du développement (cinquantième session) [TD/B/50/14 (vol. I)]

"D. Autres décisions adoptées par le Conseil

Développement progressif du droit commercial international: trente-sixième rapport annuel de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (point 8 de l'ordre du jour)

3. À sa 950e séance plénière, le mardi 14 octobre 2003, le Conseil a pris note du rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa trente-sixième session (A/58/17)."

C. Assemblée générale: rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-sixième session: rapport de la Sixième Commission (A/58/513)

I. INTRODUCTION

1. À sa 2e séance plénière, le 19 septembre 2003, l'Assemblée générale a décidé, sur la recommandation du Bureau, d'inscrire à l'ordre du jour de sa cinquante-huitième session la question intitulée "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-sixième session" et de la renvoyer à la Sixième Commission.

2. La Sixième Commission a examiné la question à ses 2e, 3e et 12e séances, les 6 et 21 octobre 2003. 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.6/58/SR.2, 3 et 12).

3. Pour l'examen de la question, la Commission était saisie du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-sixième session[1].

4. À la 2e séance, le 6 octobre, le Président de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international à sa trente-sixième session a présenté le rapport de la Commission sur les travaux de sa session. À la même séance, le Conseiller juridique a fait une déclaration (voir A/C.6/58/SR.2).

II. EXAMEN DES PROPOSITIONS

A. Projet de résolution A/C.6/58/L.11

5. À la 12e séance, le 21 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-sixième session" (A/C.6/58/L.11) au nom des pays suivants: Afghanistan, Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Arménie, Australie, Autriche, Brésil, Bulgarie, Canada, Chili, Chine, Chypre, Colombie, Costa Rica, Croatie, Danemark, Espagne, ex-République yougoslave de Macédoine, Fédération de Russie, Finlande, Grèce, Guatemala, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Irlande, Israël, Italie, Japon, Liechtenstein, Lituanie, Madagascar, Malaisie, Malte, Maroc, Mexique, Mongolie, Norvège, Nouvelle-Zélande, Paraguay, Philippines, Portugal, République démocratique du Congo, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Serbie-et-Monténégro, Singapour, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse, Thaïlande, Trinité-et-Tobago, Tunisie, Turquie, Ukraine, Venezuela.

6. À la même séance, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/58/L.11 sans l'avoir mis aux voix (voir par. 9, projet de résolution I).

B. Projet de résolution A/C.6/58/L.12

7. À la 12e séance, le 21 octobre, le Président de la Commission a présenté un projet de résolution intitulé "Dispositions législatives types de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les projets d'infrastructure à financement privé" (A/C.6/58/L.12).

8. À la même séance, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/58/L.12 sans l'avoir mis aux voix (voir par. 9, projet de résolution II).

III. RECOMMANDATIONS DE LA SIXIÈME COMMISSION

9. La Sixième Commission recommande à l'Assemblée générale d'adopter les projets de résolution suivants:

Projet de résolution I

Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-sixième 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,

Se déclarant de nouveau convaincue que la modernisation et l'harmonisation progressives du droit commercial international, parce qu'elles réduisent ou font disparaître les obstacles juridiques aux échanges internationaux, notamment ceux auxquels se heurtent les pays en développement, favoriseraient de façon appréciable la coopération économique universelle entre tous les États sur la base de l'égalité, de l'équité et de la communauté d'intérêts, ainsi que l'élimination de la discrimination dans le commerce international et, partant, le bien-être de tous les peuples,

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17).

Ayant examiné le rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-sixième session[2],

Craignant que les activités menées par d'autres organismes 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,

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 afin d'éviter, en particulier, un gaspillage d'efforts, notamment parmi les organisations qui élaborent des règles de droit international, et de favoriser l'efficacité, la cohésion et la cohérence dans la modernisation et l'harmonisation du droit commercial international, et qu'elle doit continuer, par l'intermédiaire de son secrétariat, à coopérer étroitement avec les autres institutions et organismes internationaux, y compris les organisations régionales, qui s'occupent de droit commercial international, comme l'y engage sa résolution 50/47 du 11 décembre 1995,

Prenant note des propositions faites par le Secrétaire général dans son projet de budget-programme pour l'exercice biennal 2004-2005 visant à renforcer, dans les limites des ressources dont dispose l'Organisation, le secrétariat de la Commission pour qu'elle soit en mesure de faire face au surcroît de travail que lui valent notamment la coordination de ses travaux avec ceux d'autres organisations et des demandes d'assistance technique toujours plus nombreuses[3],

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

2. *Constate avec satisfaction* que la Commission a achevé et adopté les Dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé[4];

3. *Félicite* la Commission d'avoir approuvé en principe le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité[5] qu'elle a élaboré en coopération étroite avec d'autres institutions internationales, dont la Banque mondiale, le Fonds monétaire international, la Banque asiatique de développement, l'Association internationale du barreau et la Fédération internationale des praticiens de l'insolvabilité, et demande que ce projet soit communiqué, pour observations, aux États Membres, aux organisations intergouvernementales et non gouvernementales compétentes, ainsi qu'au secteur privé, aux organisations régionales et à des experts;

4. *Félicite également* la Commission d'avoir avancé dans son travail sur le projet de guide législatif sur les opérations garanties, les Dispositions législatives types sur les mesures provisoires ou conservatoires dans l'arbitrage commercial international et les questions relatives au commerce électronique et au droit des transports;

5. *Prie* la Commission, eu égard à son rôle de principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, de prendre avec son secrétariat la direction des efforts de coopération et de coordination avec la Banque mondiale, le Fonds monétaire international, les commissions économiques régionales et d'autres institutions internationales pour les travaux consacrés aux textes juridiques internationaux et de proposer des normes internationales appropriées et largement acceptées, en tenant dûment compte des objectifs distincts que poursuivent la Commission et les institutions financières internationales;

6. *Réaffirme* l'importance, en particulier pour les pays en développement, du travail que la Commission réalise 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 Bangladesh, au Botswana, au Burkina Faso, à Cuba, en Fédération de Russie, au Kazakhstan, en Mongolie, en Nouvelle-Zélande, au Pérou, en République de Corée, en Serbie-et-Monténégro, en Thaïlande 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 organes compétents des institutions 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 mener des activités de formation et d'assistance technique en matière législative, en particulier dans les pays en développement;

c) Engage de nouveau le Programme des Nations Unies pour le développement et les autres organismes d'aide au développement, tels que la Banque mondiale 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;

7. *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;

8. *Décide*, pour que tous les États Membres puissent participer pleinement aux sessions de la Commission

---

[2] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17).

[3] A/58/6 (sect. 8), par. 8.13 et 8.48.

[4] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), annexe I.

[5] Ibid., *Supplément n° 17* (A/58/17), par. 197; voir également A/CN.9/534.

et de ses groupes de travail, de poursuivre à sa cinquante-huitième session, dans le cadre de la grande commission compétente, l'examen 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;

9. *Souligne* l'importance, pour l'unification et l'harmonisation du droit commercial international au niveau mondial, de l'entrée en vigueur des conventions issues des travaux de la Commission 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;

10. *Prie* le Secrétaire général, compte tenu de la pression constante à laquelle est soumis le personnel du secrétariat de la Commission parce qu'il doit, notamment, coordonner les travaux des organisations internationales — toujours plus nombreuses à s'occuper de droit commercial international — et répondre à la demande croissante d'assistance technique, de rester attentif au niveau des ressources allouées à la Commission, qui devrait lui permettre de s'acquitter de son mandat.

Projet de résolution II

Dispositions législatives types de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les projets d'infrastructure à financement privé

L'Assemblée générale,

Ayant à l'esprit le rôle des partenariats secteur public/secteur privé dans l'amélioration de la mise en place et de la gestion rationnelle des infrastructures et des services publics dans l'intérêt du développement social et économique durable,

Reconnaissant la nécessité de créer un environnement favorable qui, d'une part, encourage l'investissement privé dans les infrastructures et, d'autre part, tienne compte des préoccupations d'intérêt général du pays,

Affirmant qu'il importe que l'attribution des projets d'infrastructure à financement privé soit régie par des procédures efficaces et transparentes,

Soulignant qu'il est souhaitable de faciliter l'exécution des projets au moyen de règles qui accroissent la transparence, l'équité et la viabilité à long terme et qui éliminent les restrictions indésirables à la participation du secteur privé à la construction et à l'exploitation des infrastructures,

Rappelant les précieuses orientations que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a données aux États Membres pour les aider à se doter d'un cadre législatif favorable à la participation du secteur privé au développement des infrastructures grâce au *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé*[6],

Convaincue que les Dispositions législatives types de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les projets d'infrastructure à financement privé aideront également les États, en particulier les pays en développement, à promouvoir la bonne gouvernance et à mettre en place un cadre législatif approprié pour de tels projets,

1. *Sait gré* à la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir mené à bien l'élaboration et l'adoption des Dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé, dont le texte figure à l'annexe I de son rapport sur les travaux de sa trente-sixième session[7];

2. *Prie* le Secrétaire général de publier les Dispositions législatives types et de ne ménager aucun effort pour que celles-ci ainsi que le *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé*[6] soient bien connus et disponibles;

3. *Prie également* le Secrétaire général, sous réserve de la disponibilité des ressources, de regrouper en temps utile le texte des Dispositions législatives types et le *Guide législatif* en une seule publication et, ce faisant, de maintenir les recommandations concernant la législation figurant dans le *Guide législatif* par les Dispositions législatives types dans la mesure où elles traitent du même sujet;

4. *Recommande* que tous les États prennent dûment en considération les Dispositions législatives types et le *Guide législatif* lorsqu'ils réviseront leur législation ou adopteront des lois sur la participation du secteur privé à la construction et à l'exploitation d'infrastructures publiques.

---

[6]Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.01.V.4.

[7]*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17).

D. Résolutions 58/75 et 58/76 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 2003

RÉSOLUTIONS ADOPTÉES PAR L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

[sur le rapport de la Sixième Commission (A/58/513)]

58/75. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-sixième 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,

Se déclarant de nouveau convaincue que la modernisation et l'harmonisation progressives du droit commercial international, parce qu'elles réduisent ou font disparaître les obstacles juridiques aux échanges internationaux, notamment ceux auxquels se heurtent les pays en développement, favoriseraient de façon appréciable la coopération économique universelle entre tous les États sur la base de l'égalité, de l'équité et de la communauté d'intérêts, ainsi que l'élimination de la discrimination dans le commerce international et, partant, le bien-être de tous les peuples,

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

Craignant que les activités menées par d'autres organismes 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,

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 afin d'éviter, en particulier, un gaspillage d'efforts, notamment parmi les organisations qui élaborent des règles de droit international, et de favoriser l'efficacité, la cohésion et la cohérence dans la modernisation et l'harmonisation du droit commercial international, et qu'elle doit continuer, par l'intermédiaire de son secrétariat, à coopérer étroitement avec les autres institutions et organismes internationaux, y compris les organisations régionales, qui s'occupent de droit commercial international, comme l'y engage sa résolution 50/47 du 11 décembre 1995,

Prenant note des propositions faites par le Secrétaire général dans son projet de budget-programme pour l'exercice biennal 2004-2005 visant à renforcer, dans les limites des ressources dont dispose l'Organisation, le secrétariat de la Commission pour qu'elle soit en mesure de faire face au surcroît de travail que lui valent notamment la coordination de ses travaux avec ceux d'autres organisations et des demandes d'assistance technique toujours plus nombreuses[2],

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

2. *Constate avec satisfaction* que la Commission a achevé et adopté les Dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé[3];

3. *Félicite* la Commission d'avoir approuvé en principe le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité[4] qu'elle a élaboré en coopération étroite avec d'autres institutions internationales, dont la Banque mondiale, le Fonds monétaire international, la Banque asiatique de développement, l'Association internationale du barreau et la Fédération internationale des praticiens de l'insolvabilité, et demande que ce projet soit communiqué, pour observations, aux États Membres, aux organisations intergouvernementales et non gouvernementales compétentes, ainsi qu'au secteur privé, aux organisations régionales et à des experts;

4. *Félicite également* la Commission d'avoir avancé dans son travail sur le projet de guide législatif sur les opérations garanties, les Dispositions législatives types sur les mesures provisoires ou conservatoires dans l'arbitrage commercial international et les questions relatives au commerce électronique et au droit des transports;

5. *Prie* la Commission, eu égard à son rôle de principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, de prendre avec son secrétariat la direction des efforts de coopération et de coordination avec la Banque mondiale, le Fonds monétaire international, les commissions économiques régionales et d'autres institutions internationales pour les travaux consacrés aux textes juridiques internationaux et de proposer des normes internationales appropriées et largement acceptées, en tenant dûment compte des objectifs distincts que poursuivent la Commission et les institutions financières internationales;

6. *Réaffirme* l'importance, en particulier pour les pays en développement, du travail que la Commission

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17).

[2] A/58/6 (sect. 8), par. 8.13 et 8.48.

[3] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), annexe I.

[4] Ibid., *Supplément n° 17* (A/58/17), par. 197; voir également A/CN.9/534.

réalise 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 Bangladesh, au Botswana, au Burkina Faso, à Cuba, en Fédération de Russie, au Kazakhstan, en Mongolie, en Nouvelle-Zélande, au Pérou, en République de Corée, en Serbie-et-Monténégro, en Thaïlande 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 organes compétents des institutions 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 mener des activités de formation et d'assistance technique en matière législative, en particulier dans les pays en développement;

c) Engage de nouveau le Programme des Nations Unies pour le développement et les autres organismes d'aide au développement, tels que la Banque mondiale 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;

7. *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;

8. *Décide*, pour que tous les États Membres puissent participer pleinement aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail, de poursuivre à sa cinquante-huitième session, dans le cadre de la grande commission compétente, l'examen 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;

9. *Souligne* l'importance, pour l'unification et l'harmonisation du droit commercial international au niveau mondial, de l'entrée en vigueur des conventions issues des travaux de la Commission 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;

10. *Prie* le Secrétaire général, compte tenu de la pression constante à laquelle est soumis le personnel du secrétariat de la Commission parce qu'il doit, notamment, coordonner les travaux des organisations internationales — toujours plus nombreuses à s'occuper de droit commercial international — et répondre à la demande croissante d'assistance technique, de rester attentif au niveau des ressources allouées à la Commission, qui devrait lui permettre de s'acquitter de son mandat.

72e séance plénière
9 décembre 2003

58/76. Dispositions législatives types de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les projets d'infrastructure à financement privé

L'Assemblée générale,

Ayant à l'esprit le rôle des partenariats secteur public/secteur privé dans l'amélioration de la mise en place et de la gestion rationnelle des infrastructures et des services publics dans l'intérêt du développement social et économique durable,

Reconnaissant la nécessité de créer un environnement favorable qui, d'une part, encourage l'investissement privé dans les infrastructures et, d'autre part, tienne compte des préoccupations d'intérêt général du pays,

Affirmant qu'il importe que l'attribution des projets d'infrastructure à financement privé soit régie par des procédures efficaces et transparentes,

Soulignant qu'il est souhaitable de faciliter l'exécution des projets au moyen de règles qui accroissent la transparence, l'équité et la viabilité à long terme et qui éliminent les restrictions indésirables à la participation du secteur privé à la construction et à l'exploitation des infrastructures,

Rappelant les précieuses orientations que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a données aux États Membres pour les aider à se doter d'un cadre législatif favorable à la participation du secteur privé au développement des infrastructures grâce au *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé*[5],

Convaincue que les Dispositions législatives types de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les projets d'infrastructure à financement privé aideront également les États, en particulier les pays en développement, à promouvoir la bonne gouvernance et à mettre en place un cadre législatif approprié pour de tels projets,

1. *Sait gré* à la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir mené à bien l'élaboration et l'adoption des Dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé, dont le texte figure à l'annexe I de son rapport sur les travaux de sa trente-sixième session[6];

2. *Prie* le Secrétaire général de publier les Dispositions législatives types et de ne ménager aucun effort pour que celles-ci ainsi que le *Guide législatif de la*

[5]Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.01.V.4.

[6]*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17).

CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé[5] soient bien connus et disponibles;

3. *Prie également* le Secrétaire général, sous réserve de la disponibilité des ressources, de regrouper en temps utile le texte des Dispositions législatives types et le *Guide législatif* en une seule publication et, ce faisant, de maintenir les recommandations concernant la législation figurant dans le *Guide législatif* par les Dispositions législatives types dans la mesure où elles traitent du même sujet;

4. *Recommande* que tous les États prennent dûment en considération les Dispositions législatives types et le *Guide législatif* lorsqu'ils réviseront leur législation ou adopteront des lois sur la participation du secteur privé à la construction et à l'exploitation d'infrastructures publiques.

72e séance plénière
9 décembre 2003

Deuxième partie

ÉTUDES ET RAPPORTS SUR DES SUJETS ÉTUDIÉS PAR LA COMMISSION

I. PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

A. Rapport du Groupe de travail sur les projets d'infrastructure à financement privé sur les travaux de sa cinquième session (Vienne, 9-13 septembre 2002) (A/CN.9/521) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Pages*
I.	INTRODUCTION	1	51
II.	ORGANISATION DE LA SESSION	2-7	52
III.	DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS	8-9	52
IV.	REMARQUES GÉNÉRALES SUR LES PROJETS DE DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES SUR LES PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ	10-21	52
	A. Introduction	10-17	52
	B. Lien entre les projets de dispositions types et le *Guide législatif*	18-21	53
V.	EXAMEN DES PROJETS DE DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES	22-243	53
	I. Dispositions générales	26-40	54
	II. Sélection du concessionnaire	41-140	56
	1. Présélection des soumissionnaires	44-62	56
	2. Procédure de sollicitation de propositions	63-97	59
	3. Négociation de contrats de concession sans procédure de mise en compétition	98-109	63
	4. Propositions spontanées	110-125	64
	5. Dispositions diverses	126-140	66
	III. Construction et exploitation de l'infrastructure	141-204	68
	IV. Durée, prorogation et résiliation du contrat de concession	205-230	74
	1. Durée et prorogation du contrat de concession	205-209	74
	2. Résiliation du contrat de concession	210-224	74
	3. Arrangements lors de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de concession	225-230	75
	V. Règlement des différends	231-243	76
Annexe.	Projet de dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé		77

I. INTRODUCTION

1. Le présent rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) rend compte des travaux de la cinquième session du Groupe de travail sur les projets d'infrastructure à financement privé (auparavant dénommé Groupe de travail sur les délais et la prescription dans le domaine de la vente internationale des objets mobiliers corporels).

II. ORGANISATION DE LA SESSION

2. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa cinquième session à Vienne du 9 au 13 septembre 2002. Des représentants des États membres dont les noms suivent y ont participé: Allemagne, Argentine, Autriche, Brésil, Cameroun, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Honduras, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Lituanie, Mexique, Roumanie, Rwanda, Suède, Thaïlande.

3. Des observateurs des pays ci-après ont assisté à la session: Algérie, Antigua-et-Barbuda, Jamahiriya arabe libyenne, Pérou, Philippines, Pologne, République de Corée, République tchèque, Slovaquie, Turquie, Ukraine, Yémen.

4. Des observateurs des organisations internationales ci-après ont également assisté à la session: Organisation des Nations Unies pour le développement industriel, Centre for International Legal Studies, European Law Students' Association et Union des avocats européens.

5. Le Groupe de travail a élu le Bureau suivant:

Président: Tore Wiwen-Nilsson (Suède)

Rapporteur: Ali Hajigholam Saryazdi (République islamique d'Iran)

6. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: l'ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.I/WP.28); une note du secrétariat présentant différents aspects liés à l'élaboration de dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé (A/CN.9/WG.I/WP.29); deux autres notes contenant un ensemble de projets de dispositions législatives types, établis par le secrétariat en consultation avec des experts externes (A/CN.9/WG.I/WP.29/Add.1 et 2); et le *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé*.

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. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

III. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

8. À sa cinquième session, le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur 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]. Pour ses délibérations, il s'est appuyé sur les deux notes mentionnées au paragraphe 6 ci-dessus (A/CN.9/WG.I/WP.29/Add.1 et 2).

9. Le Groupe de travail a examiné les projets de dispositions et en a approuvé la version qui est annexée au présent rapport. Le secrétariat a été prié de distribuer lesdits projets de dispositions aux États pour commentaire et de les présenter avec les commentaires reçus à la Commission, pour examen et adoption, à sa trente-sixième session (Vienne, 30 juin-18 juillet 2003).

IV. REMARQUES GÉNÉRALES SUR LES PROJETS DE DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES SUR LES PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

A. Introduction

10. À sa trente-troisième session (New York, 12 juin-7 juillet 2000), la Commission a adopté le *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé*, composé de 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), pour lesquelles le secrétariat a été autorisé à établir le texte final en tenant compte des délibérations de la Commission[2]. Le *Guide législatif* a depuis été publié dans toutes les langues officielles.

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 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 spécifiques[3].

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*[4].

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 (PPIAF), qui a pour vocation d'aider les pays en développement à améliorer la qualité de leurs infrastructures grâce à la participation du secteur privé. Le 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.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), par. 369.

[2] Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 195 à 368.

[3] Ibid., par. 375.

[4] Ibid., par. 379.

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). Elle a exprimé sa gratitude au mécanisme PPIAF pour son appui financier et organisationnel et a remercié les diverses organisations internationales, tant intergouvernementales que non gouvernementales, représentées au Colloque et les orateurs y ayant participé.

15. Les différentes vues qui 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 sont relatées dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-quatrième session[5]. La Commission a convenu 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 additif au *Guide législatif*, pourraient être formulées[6].

16. Le Groupe de travail a tenu sa quatrième session à Vienne du 24 au 28 septembre 2001. Il était saisi du *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé*. Il a décidé de prendre comme base de discussion les recommandations concernant la législation figurant dans le *Guide législatif*. Le Groupe de travail était également saisi du rapport sur le Colloque visé au paragraphe 6 (A/CN.9/488).

17. Conformément à une proposition qui avait été faite lors du Colloque (voir A/CN.9/488, par. 19), le Groupe de travail a été invité à porter son attention sur une étape spécifique des projets d'infrastructure, à savoir la sélection du concessionnaire, en vue de formuler des projets précis de dispositions législatives. Néanmoins, le Groupe de travail a estimé que des dispositions législatives types sur divers autres sujets pourraient être souhaitables (voir A/CN.9/505, par. 18 à 174). Il a prié le secrétariat d'élaborer des projets de dispositions législatives types dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé sur la base de ces délibérations et décisions, qui pourraient lui être présentés à sa cinquième session pour qu'il les examine et poursuive le débat. Ces projets de dispositions figuraient dans les notes du secrétariat dont le Groupe de travail était saisi à sa cinquième session.

B. Lien entre les projets de dispositions types et le *Guide législatif*

18. À sa cinquième session, le Groupe de travail a longuement examiné le lien entre les projets de dispositions types et le *Guide législatif*. De l'avis général, les dispositions ne s'écartaient pas des orientations et principes sur lesquels reposait le *Guide* mais avaient plutôt vocation à les compléter. De ce fait, elles ne remplaçaient pas le *Guide* dans son ensemble et devaient être interprétées et appliquées à la lumière et avec l'aide des notes explicatives figurant dans celui-ci.

19. Le Groupe de travail a ensuite examiné plus particulièrement le lien entre les projets de dispositions types et les recommandations concernant la législation figurant dans le *Guide législatif*. Il a observé, à cet égard, que les dispositions abordaient la plupart des questions traitées dans les recommandations. Il a néanmoins constaté que des questions traitées dans certaines recommandations, à savoir les recommandations 1 et 5 à 13, n'étaient abordées dans aucune des dispositions types. Ce simple fait excluait toute possibilité de remplacer l'ensemble des recommandations par les dispositions types.

20. Le Groupe de travail a alors examiné si les dispositions types et les recommandations devraient être présentées sous la forme de deux textes connexes, mais distincts, ou si elles devraient être regroupées en un seul instrument contenant tous les projets de dispositions ainsi que les recommandations pour lesquelles aucun projet de disposition type n'avait été élaboré.

21. Bien que certains participants aient appuyé l'idée de séparer les recommandations et les dispositions types, de manière à montrer plus clairement l'évolution des travaux de la Commission dans ce domaine, il était souhaitable, de l'avis général, d'envisager de les regrouper pour en faciliter l'utilisation. Le secrétariat a été prié de revoir soigneusement à la fois les projets de dispositions types et les recommandations afin de recenser les recommandations traitant de questions qui n'étaient pas abordées dans les dispositions. Ces recommandations devraient ensuite être présentées dans une rubrique distincte figurant dans le même texte que les dispositions types, de sorte que la Commission prenne une décision à leur sujet en connaissance de cause. Le Groupe de travail a recommandé à la Commission d'examiner si les dispositions législatives types, une fois adoptées, devaient annuler et remplacer les recommandations traitant du même sujet. Il est convenu de lui recommander également de faire en sorte que, à condition que des crédits soient prévus au budget des publications, les projets de dispositions types soient regroupés avec le *Guide législatif* dans un texte unique le plus rapidement possible après leur adoption par la Commission. Afin toutefois de ne pas en retarder la diffusion et pour éviter que les stocks existants d'exemplaires du *Guide* ne restent inutilisés, il a été suggéré que la Commission examine si les projets de dispositions types pourraient faire provisoirement l'objet d'une publication distincte, dans laquelle leur lien avec le *Guide* devrait être indiqué clairement.

V. EXAMEN DES PROJETS DE DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES

Avant-propos

22. Le texte de l'avant-propos était le suivant:

"Les dispositions législatives types qui suivent (ci-après appelées "les dispositions types") ont été élaborées

[5]Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 366 à 369.

[6]Ibid., par. 369.

par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) en tant qu'additif à son Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé *(ci-après appelé "*le Guide législatif*"), qu'elle a adopté en 2000. Elles ont pour objet d'aider plus avant les organes législatifs nationaux à mettre en place un cadre législatif favorable aux projets d'infrastructure à financement privé. Il est conseillé de les lire conjointement avec les recommandations concernant la législation et les notes figurant dans le* Guide législatif, *qui fournissent une analyse des différentes questions (financières, réglementaires, juridiques, de politique et autres) liées au sujet examiné.*

Les dispositions types sont un ensemble de dispositions fondamentales portant sur des questions qu'il importe d'aborder dans les textes législatifs ayant spécifiquement trait aux projets d'infrastructure à financement privé. Bien qu'elles renvoient pour la plupart à des recommandations particulières formulées dans le Guide législatif, *elles ne couvrent pas tout l'éventail des questions abordées par ces dernières. En particulier, il n'y a aucune disposition type sur des questions administratives ou institutionnelles, comme celles qui sont traitées dans les recommandations 1 et 5 à 13.*

Les dispositions types sont conçues pour être appliquées et complétées par des règlements plus détaillés, et les domaines pour lesquels un règlement serait plus approprié qu'une loi sont signalés. Par ailleurs, la réalisation avec succès de projets d'infrastructure à financement privé suppose, au-delà de la mise en place d'un cadre législatif approprié, l'existence de divers paramètres, tels que des structures et des pratiques administratives adéquates, des moyens organisationnels, des compétences techniques, des ressources humaines et financières suffisantes ainsi qu'une économie stable.

Il convient de noter que les dispositions types n'abordent pas d'autres domaines du droit qui ont également un impact sur les projets d'infrastructure à financement privé, mais sur lesquels aucune recommandation n'est formulée dans le Guide législatif, *par exemple la promotion et la protection des investissements, le droit des biens, les sûretés, les règles et procédures d'expropriation, les règles applicables aux marchés publics et le droit administratif, le droit fiscal, la protection de l'environnement et les lois relatives à la protection des consommateurs.*

Pour la commodité du lecteur, les intitulés qui précèdent les dispositions types reprennent le plus fidèlement possible les titres des chapitres et recommandations correspondants du Guide législatif. *Toutefois, dans un souci d'uniformisation du style, quelques titres ont été modifiés et d'autres ont été ajoutés de manière à refléter le contenu des dispositions auxquelles ils se rapportent."*

23. Le Groupe de travail est convenu de remplacer les termes "compétences techniques" par "compétences techniques, juridiques et financières" dans la dernière phrase du troisième paragraphe, et d'ajouter les mots "le droit général des contrats" avant "les règles applicables aux marchés publics", dans la dernière phrase du quatrième paragraphe.

24. Le Groupe de travail a également noté qu'il faudrait peut-être revoir les parties de l'avant-propos qui traitent du lien entre les projets de dispositions types et les recommandations concernant la législation qui figurent dans le *Guide législatif* à la lumière de la décision finale de la Commission en la matière.

25. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé quant au fond l'avant-propos et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

I. Dispositions générales

Disposition type 1. Préambule

26. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

Variante A

"CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable d'établir un cadre législatif pour promouvoir et faciliter les investissements privés dans la construction des infrastructures,

Le [Gouvernement] [Parlement] ... adopte la loi ci-après:"

Variante B

"CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable d'établir un cadre favorable à l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé en assurant la transparence, l'équité ainsi que la viabilité à long terme de ces projets et en éliminant les restrictions inopportunes à la participation du secteur privé à la construction et à l'exploitation des infrastructures;

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de renforcer davantage les principes généraux de transparence, d'économie et d'équité dans l'attribution de contrats par les autorités publiques en établissant des procédures précises pour l'attribution des projets d'infrastructure;

[Autres objectifs que l'État adoptant souhaiterait éventuellement indiquer;]

Le [Gouvernement] [Parlement] ... adopte la loi ci-après:"

27. Il a été noté qu'à sa quatrième session le Groupe de travail avait reconnu que les deux dispositions figurant dans la recommandation 1 du *Guide législatif* étaient de nature générale et de ce fait n'étaient pas susceptibles d'être transformées en dispositions législatives. Il avait néanmoins été convenu alors 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 (A/CN.9/505, par. 91).

28. On a fait observer que la variante A se fondait sur le contenu de la recommandation 1 uniquement. La variante B était plus élaborée et comportait un alinéa fondé sur le contenu de la recommandation 14, que le Groupe de travail avait également jugé utile de traduire en une disposition législative.

29. De l'avis général, seule la variante B devait être retenue. Outre qu'elle était plus détaillée, elle permettrait aux États adoptants d'insérer d'autres objectifs qu'ils jugeraient éventuellement appropriés.

30. S'agissant du libellé du préambule, il a été convenu d'insérer l'adjectif "législatif" après le mot "cadre", ainsi que les mots "pour promouvoir et faciliter" avant les mots "l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé". Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de disposition type tel que complété ci-dessus et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 2. Définitions

31. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"Aux fins de la présente Loi:

a) Le terme "*ouvrage*" désigne des installations matérielles et des systèmes qui fournissent directement ou indirectement des services à la population;

b) Le terme "*projet d'infrastructure*" désigne la conception, la construction, la mise en service et l'exploitation de nouveaux ouvrages ou la rénovation, la modernisation, l'expansion ou l'exploitation d'ouvrages existants;

c) Le terme "*autorité contractante*" désigne l'autorité publique qui a le pouvoir de conclure un accord de concession pour l'exécution d'un projet d'infrastructure [conformément aux dispositions de la présente Loi][1];

d) Le terme "*concessionnaire*" désigne la personne qui exécute un projet d'infrastructure dans le cadre d'un accord de concession conclu avec une autorité contractante;

e) Le terme "*accord de concession*" désigne le ou les contrats juridiquement contraignants conclus entre l'autorité contractante et le concessionnaire qui énoncent les conditions d'exécution d'un projet d'infrastructure;

f) Les termes "*soumissionnaire*" et "*soumissionnaires*" désignent des personnes ou des groupes de personnes qui participent à des procédures de sélection pour l'attribution de projets d'infrastructure[2];

g) Le terme "*proposition spontanée*" désigne toute proposition relative à l'exécution d'un projet d'infrastructure qui n'est pas soumise en réponse à une sollicitation de propositions publiée par l'autorité contractante dans le cadre d'une procédure de sélection;

h) Le terme "*organisme de réglementation*" désigne une autorité publique qui est chargée d'édicter et de faire appliquer des règles et des règlements régissant l'ouvrage ou la prestation des services prévus[3].

[1]Il est à noter que l'autorité visée dans cette définition est uniquement habilitée à conclure des contrats de concession. Suivant le régime réglementaire de l'État adoptant, un organisme distinct, appelé "organisme de réglementation" à l'alinéa *h*, peut être chargé d'édicter des règles et des règlements régissant la prestation des services prévus.

[2]Le terme "*soumissionnaire*" ou "*soumissionnaires*" désigne, selon le contexte, soit des personnes qui ont sollicité une invitation à participer à une procédure de présélection, soit des personnes qui ont soumis une proposition en réponse à une sollicitation de propositions émanant de l'autorité contractante.

[3]Il faudra peut-être définir la composition, la structure et les fonctions de cet organisme de réglementation dans un texte législatif spécial (voir recommandations 7 à 11 et chap. I[er], "Cadre législatif et institutionnel général", par. 30 à 53)."

32. Le Groupe de travail a noté que, sauf indication contraire, toutes les définitions figurant dans le projet de disposition type provenaient ou étaient inspirées du *Guide législatif* (voir, en particulier, *Guide législatif*, "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 9 à 20).

Autorité contractante

33. On a fait remarquer que la définition proposée, en reliant la notion d'"autorité contractante" à celle d'"accord de concession", visait à éviter la difficulté consistant à faire référence à l'entité effectivement responsable de l'exécution de projets d'infrastructure.

Accord de concession

34. Le Groupe de travail a noté que, étant donné la difficulté de proposer une définition du terme "concession" qui serait acceptable par divers systèmes juridiques, le secrétariat avait suggéré de regrouper les notions d'"accord de projet" et de "concession" dans une définition unique. L'emploi du terme "accord de concession" par rapport à la notion correspondante d'"accord de projet", qui était employée dans le *Guide législatif*, aurait l'avantage, a-t-on dit, de faciliter l'incorporation des projets de dispositions types dans les systèmes juridiques nationaux, car ce terme, qui dans le passé était employé surtout dans les seuls systèmes de droit romain, l'était de plus en plus également dans les systèmes de *common law*.

35. Le Groupe de travail est donc convenu que des termes comme "accord de concession" ou "contrat de concession" seraient préférables à "accord de projet". Parmi les différentes variantes proposées, les participants ont finalement exprimé une préférence pour le terme "contrat de concession", car il était déjà employé dans de nombreux systèmes juridiques et était moins ambigu que le mot "accord", qui selon certaines délégations convenait davantage dans un contexte de droit public.

36. Il a été dit que les mots "juridiquement contraignants" étaient redondants, puisqu'on partait généralement du principe qu'un contrat revêtirait ce caractère dans la plupart des cas. On a fait observer en réponse que, dans certains systèmes juridiques, l'entité publique concluant le contrat de concession avait le pouvoir d'en modifier unilatéralement les clauses. On jugeait donc utile d'apporter une précision de manière à bien montrer qu'un contrat de concession liait les deux parties également. Le Groupe de travail, se rangeant à cet argument, a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction. Il a prié le secrétariat de revoir l'ensemble du projet de sorte que les autres dispositions législatives types soient modifiées en conséquence.

Disposition type 3. Pouvoir de conclure des accords de concession

37. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"Les autorités publiques ci-après ont le pouvoir de conclure des accords de concession[4] pour l'exécution de projets d'infrastructure relevant de leur compétence respective: [*l'État adoptant indique les autorités publiques*

du pays hôte qui sont habilitées à conclure des accords de concession en insérant soit une liste exhaustive ou indicative de ces autorités, soit une liste des types d'autorités concernés, soit encore une combinaison des deux][5].

[4]Il est souhaitable d'établir des mécanismes institutionnels 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 (voir recommandation 6 et chap. Ier, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 23 à 29). En outre, pour les pays qui envisagent de fournir un certain type d'appui aux projets d'infrastructure, il peut être utile que les textes correspondants, tels que les lois ou règlements régissant les activités des organismes publics autorisés à fournir un tel appui, indiquent clairement quels sont les organismes habilités en la matière et quelle forme peut revêtir cet appui (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics").

[5]Les États adoptants auraient généralement deux possibilités pour compléter la présente disposition type. La première serait d'insérer une liste d'autorités habilitées à conclure des contrats de concession soit dans la disposition elle-même, soit dans une annexe. La seconde serait d'indiquer dans une disposition les niveaux de l'État autorisés à conclure de tels contrats, sans désigner nommément les autorités publiques concernées. S'agissant d'un État fédéral, par exemple, cette disposition pourrait mentionner "l'Union, les États [ou provinces] et les municipalités". En tout état de cause, il est souhaitable que les États adoptants qui veulent insérer une liste exhaustive envisagent des mécanismes permettant de revoir celle-ci en cas de besoin. Ils pourraient à cette fin faire figurer ladite liste dans une annexe à la loi ou dans un règlement d'application de la loi susceptible d'être adopté."

38. Il a été noté que le projet de disposition type se fondait sur la recommandation 2. Le Groupe de travail a approuvé ce projet quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 4. Secteurs d'infrastructure dans lesquels des accords de concession peuvent être conclus

39. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"Des accords de concession peuvent être conclus par les autorités compétentes dans les secteurs suivants: [*l'État adoptant indique les secteurs concernés en insérant une liste exhaustive ou indicative*][6].

[6]Il est souhaitable que les États adoptants qui veulent insérer une liste exhaustive envisagent des mécanismes permettant de revoir celle-ci en cas de besoin. Ils pourraient à cette fin faire figurer ladite liste dans une annexe à la loi ou dans un éventuel règlement d'application."

40. Il a été noté que le projet de disposition type était fondé sur la recommandation 4. Le Groupe de travail a approuvé ce projet quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

II. Sélection du concessionnaire

Disposition type 5. Règles régissant la procédure de sélection

41. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"Les projets d'infrastructure sont attribués conformément aux [*dispositions types 6 à 26*] et, pour les matières non régies ci-après, conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui prévoient des procédures de mise en compétition transparentes et efficaces pour l'attribution des marchés publics*][7].

[7]Il convient de noter la relation entre les procédures de sélection du concessionnaire et le cadre législatif général régissant l'attribution des marchés publics dans l'État adoptant. Si certains éléments de compétition structurée existant dans les méthodes traditionnelles de passation des marchés peuvent être utilement appliqués, il faut néanmoins introduire un certain nombre d'adaptations pour tenir compte des exigences particulières des projets d'infrastructure à financement privé, telles qu'une phase de présélection clairement définie, une certaine souplesse dans la formulation des sollicitations de propositions, des critères d'évaluation spéciaux et une certaine latitude pour négocier avec les soumissionnaires. Les procédures de sélection décrites dans le présent chapitre s'inspirent dans une large mesure de la principale méthode de passation des marchés de services prévue dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, adoptée par la Commission à sa vingt-septième session, tenue à New York du 31 mai au 17 juin 1994 (ci-après appelée la "Loi type sur la passation des marchés"). Les dispositions types relatives à la sélection du concessionnaire n'ont pas pour objet de remplacer ni de reproduire la totalité des règles de l'État adoptant sur la passation des marchés publics, mais plutôt d'aider les législateurs nationaux à élaborer des règles s'appliquant spécialement à la sélection du concessionnaire. Elles partent du principe qu'il existe dans l'État adoptant un cadre général pour l'attribution des marchés publics prévoyant des procédures de mise en compétition transparentes et efficaces conformément aux règles énoncées dans la Loi type sur la passation des marchés. Aussi n'abordent-elles pas un certain nombre d'aspects procéduraux d'ordre pratique qui seraient normalement traités dans un régime général adéquat de passation des marchés. C'est le cas, par exemple, des points suivants: modalités de publication des avis, procédures de publication des sollicitations de propositions, conservation des actes et informations concernant la procédure de passation, possibilité de divulguer des informations au public, garanties de soumission et procédures de recours. Lorsqu'il y a lieu, les notes accompagnant les dispositions types renvoient aux dispositions de la Loi type sur la passation des marchés qui peuvent, *mutatis mutandis*, compléter les éléments pratiques de la procédure de sélection exposée dans le présent chapitre."

42. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type traduisait les principes sur lesquels reposait la recommandation 14 et que la note qui l'accompagnait était destinée à souligner le lien étroit entre la procédure de sélection du concessionnaire et la législation générale de l'État adoptant régissant l'attribution des marchés publics.

43. Le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

1. Présélection des soumissionnaires

Disposition type 6. Objet de la présélection et procédure de présélection

44. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. L'autorité contractante [peut engager] [engage] une procédure de présélection afin d'identifier les soumissionnaires ayant les qualifications voulues pour exécuter le projet d'infrastructure envisagé.

2. L'invitation à participer à la procédure de présélection est publiée conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation régissant la publication des invitations à participer aux procédures de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs*].

3. Dans la mesure où [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de*

passation des marchés qui régissent le contenu des invitations à participer à la procédure de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs] ne l'exigent pas déjà[8], l'invitation à participer à la procédure de présélection contient au minimum les renseignements suivants:

a) Une description de l'ouvrage à construire ou à rénover;

b) L'indication des autres éléments essentiels du projet, tels que les services devant être fournis par le concessionnaire, les arrangements financiers envisagés par l'autorité contractante (par exemple si le projet sera entièrement financé par des droits ou redevances ou si des fonds publics peuvent être octroyés au concessionnaire sous la forme de versements directs, de prêts ou de garanties); et

c) Lorsqu'elles sont connues, un résumé des principales clauses de l'accord de concession qui sera conclu;

d) Le mode et le lieu de soumission des demandes de présélection ainsi que le délai de soumission, consistant en une date et une heure précises et laissant suffisamment de temps aux soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs demandes;

e) Le mode et le lieu de soumission des demandes de dossier de présélection.

4. Dans la mesure où [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la teneur du dossier de présélection devant être communiqué aux fournisseurs et aux entrepreneurs dans le cadre d'une procédure de présélection*], ne l'exigent pas déjà[9], le dossier de présélection indique au minimum les éléments suivants:

[8]On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans une invitation à participer à une procédure de présélection au paragraphe 2 de l'article 25 de la Loi type sur la passation des marchés.

[9]On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans un dossier de présélection au paragraphe 3 de l'article 7 de la Loi type sur la passation des marchés.

a) Les critères de présélection prévus dans la [*disposition type 7*];

b) Si l'autorité contractante a l'intention de renoncer à appliquer les restrictions prévues dans la [*disposition type 8*] concernant la participation de consortiums;

c) Si l'autorité contractante a l'intention de demander à un nombre limité[10] seulement de soumissionnaires présélectionnés de soumettre des propositions une fois la procédure de présélection terminée conformément au [*paragraphe 2 de la disposition type 9*] et, le cas échéant, la façon dont cette sélection sera effectuée;

d) Si l'autorité contractante a l'intention de demander au soumissionnaire retenu de fonder une personne morale indépendante, constituée et incorporée selon les lois du [*présent État*] conformément à la [*disposition type 29*].

5. La procédure de présélection est conduite conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur la passation des marchés publics qui régissent la conduite de la procédure de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs*][11].

[10]Dans certains pays, des principes directeurs pratiques sur les procédures de sélection encouragent les autorités contractantes nationales à limiter les soumissions de propositions au plus petit nombre possible suffisant pour garantir une véritable concurrence (trois ou quatre, par exemple). La façon dont les systèmes de notation (en particulier quantitative) peuvent être utilisés pour arriver à ce nombre est examinée dans le *Guide législatif* (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 48 et 49). Voir également la note 13.

[11]Les paragraphes 2 à 7 de l'article 7 de la Loi type sur la passation des marchés décrivent différents aspects de la procédure de présélection, notamment la façon dont les demandes d'éclaircissements sont traitées et l'obligation d'information qui incombe à l'autorité contractante, concernant sa décision sur les qualifications des soumissionnaires."

45. Il a été souligné que, bien que le *Guide* ne contienne aucune recommandation particulière correspondant au paragraphe 1 du projet de disposition type 6, celle-ci était nécessaire pour compléter les autres dispositions concernant la procédure de présélection afin de préciser l'objectif de cette procédure et de poser les règles essentielles la régissant. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type 6 était fondé sur le paragraphe 1 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (ci-après appelée "Loi type sur la passation des marchés").

46. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 3 contenait quelques éléments supplémentaires provenant du paragraphe 36 du chapitre III du *Guide législatif* et que les éléments mentionnés au paragraphe 4 avaient été ajoutés pour assurer la transparence en ce qui concerne les informations importantes visées dans les projets de dispositions types 7 à 9 et 29.

47. Au paragraphe 1, le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots "peut engager" et les crochets entourant le mot "engage" afin de souligner le caractère impératif de la disposition.

48. Il a été suggéré de préciser dans le paragraphe 5 que les règles générales de l'État adoptant régissant la présélection des soumissionnaires ne s'appliquaient que dans la mesure où cette question n'était pas traitée dans les paragraphes 1 à 4 du projet de disposition. Le Groupe de travail a accepté cette suggestion.

49. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 7. Critères de présélection

50. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"Pour être admis à la procédure de sélection, les soumissionnaires intéressés doivent satisfaire aux critères[12] justifiables objectivement que l'autorité contractante juge appropriés pour la procédure envisagée, tels qu'ils sont indiqués dans le dossier de présélection. Ces critères sont au minimum les suivants:

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, notamment 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 ce projet;

c) Posséder des capacités de gestion et d'organisation appropriées, être fiable et avoir une expérience, notamment de l'exploitation d'ouvrages similaires.

[12]Les lois de certains pays prévoient une forme ou une autre de traitement préférentiel pour les entreprises nationales ou accordent un traitement spécial aux soumissionnaires qui s'engagent à utiliser des produits fabriqués dans le pays ou à employer de la main-d'œuvre locale. Les différents problèmes posés par les préférences nationales sont examinés dans le *Guide législatif* (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 43 et 44). Ce dernier indique que les pays souhaitant offrir des incitations aux fournisseurs nationaux peuvent éventuellement appliquer ces préférences sous la forme de critères d'évaluation spéciaux au lieu d'exclure systématiquement les fournisseurs étrangers. En tout état de cause, lorsque des préférences nationales sont envisagées, elles devraient être annoncées à l'avance, de préférence dans l'invitation à participer à la procédure de présélection."

51. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type 7 était fondé sur le contenu de la recommandation 15.

52. Le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 8. Participation de consortiums

53. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. Lorsqu'elle invite initialement les soumissionnaires à participer à la procédure de sélection, l'autorité contractante les autorise à constituer des consortiums soumissionnaires. Les renseignements demandés aux membres d'un consortium soumissionnaire pour démontrer leurs qualifications conformément à la [*disposition type 7*] concernent à la fois le consortium dans son ensemble et chacun de ses participants.

2. Sauf [autorisation contraire de … [*l'État adoptant indique l'autorité compétente*] et] indication contraire dans le dossier de présélection, chaque membre d'un consortium ne peut participer, directement ou indirectement, qu'à un seul consortium[13]. Toute infraction à cette règle entraîne la disqualification du consortium et de ses différents membres.

3. Lors de l'examen des qualifications des consortiums soumissionnaires, l'autorité contractante prend en considération les capacités des différents membres du consortium et détermine si la combinaison de ces qualifications permet de répondre aux besoins de toutes les phases du projet.

[13]L'interdiction faite aux soumissionnaires de participer à plus d'un consortium pour soumettre des propositions concernant le même projet vise à réduire le risque de fuite de renseignements ou de collusion entre consortiums concurrents. La disposition type envisage néanmoins la possibilité d'exceptions particulières à cette règle dans le cas, par exemple, où seulement une entreprise ou un nombre limité d'entreprises seraient susceptibles de fournir un bien ou un service essentiel à l'exécution du projet."

54. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 1 du projet de disposition type était fondé sur la recommandation 16 et que le paragraphe 2 réaffirmait pour l'essentiel l'approche restrictive adoptée par la CNUDCI dans son *Guide législatif* de manière que chacun des membres d'un consortium admis ne puisse participer, directement ou par l'intermédiaire de filiales, qu'à une seule soumission pour le projet. On a souligné toutefois que la référence, au paragraphe 2, à la possibilité d'une exception visait à assouplir la règle, car il pouvait y avoir des cas où aucun projet ne pourrait être exécuté sans une certaine société, en raison de ses compétences particulières.

55. Le Groupe de travail a noté que les paragraphes 1 et 2 avaient été ajoutés pour refléter l'avis figurant au paragraphe 40 du chapitre III du *Guide législatif* intitulé "Sélection du concessionnaire".

56. Le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 9. Décision concernant la présélection

57. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. L'autorité contractante prend une décision sur les qualifications de chaque soumissionnaire ayant soumis une demande de présélection. Pour prendre cette décision, elle n'applique que les critères énoncés dans le dossier de présélection. Tous les soumissionnaires présélectionnés sont ensuite invités par l'autorité contractante à soumettre des propositions conformément aux [*dispositions types 10 à 16*].

2. Nonobstant le paragraphe 1, l'autorité contractante peut, à condition d'avoir fait une déclaration appropriée à cet effet dans le dossier de présélection, se réserver le droit de solliciter des propositions uniquement d'un nombre limité[14] de soumissionnaires répondant le mieux aux critères de présélection une fois la procédure de présélection terminée. À cette fin, elle note les soumissionnaires qui satisfont aux critères de présélection en se fondant sur les critères appliqués pour évaluer leurs qualifications et établit [une liste restreinte] [la liste définitive] des soumissionnaires qui seront invités à soumettre des propositions une fois la phase de présélection terminée. En établissant la liste restreinte, l'autorité contractante applique uniquement le mode de notation qui est prévu dans le dossier de présélection.

3. L'autorité contractante peut exiger de tout soumissionnaire présélectionné qu'il confirme ses qualifications conformément aux critères utilisés pour la présélection. Elle disqualifie tout soumissionnaire qui ne confirme pas ses qualifications alors qu'il en a été prié.

[14]Dans certains pays, des principes directeurs pratiques sur les procédures de sélection encouragent les autorités contractantes nationales à limiter les soumissions de propositions au plus petit nombre possible suffisant pour garantir une véritable concurrence (trois ou quatre, par exemple). La façon dont les systèmes de notation (en particulier quantitative) peuvent être utilisés pour arriver à ce nombre est examinée dans le *Guide législatif* (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 48). Il convient de noter que le système de notation est uniquement utilisé pour la présélection des soumissionnaires. Les notes attribuées aux soumissionnaires présélectionnés ne devraient pas être prises en considération lors de la phase d'évaluation des propositions (voir disposition type 15), pour laquelle tous les soumissionnaires présélectionnés devraient partir sur un pied d'égalité."

58. On a indiqué que, bien qu'il n'y ait pas de recommandation spécifique à laquelle corresponde le contenu du paragraphe 1 du projet de disposition type, cette disposition semblait nécessaire pour préciser de quelle manière devait être prise une décision sur les qualifications des soumissionnaires. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition s'inspirait du paragraphe 5 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés.

59. Le Groupe de travail a noté également que le paragraphe 2 du projet de disposition type était fondé sur la recommandation 17 et le paragraphe 3 sur la recommandation 25.

60. En ce qui concerne le paragraphe 2, on a été d'avis que les adjectifs "restreinte" et "définitive" figurant entre crochets n'étaient pas nécessaires, dans un texte législatif, pour qualifier la liste des soumissionnaires qui seraient ensuite invités par l'autorité contractante à soumettre des propositions. Partageant cet avis, le Groupe de travail a prié le secrétariat de modifier, si nécessaire, le projet de disposition en conséquence.

61. Selon une opinion, le paragraphe 3 aurait peut-être davantage sa place dans un autre projet de disposition législative type, car, en règle générale, l'autorité contractante demandait aux soumissionnaires de confirmer leurs qualifications à un stade ultérieur de la procédure de sélection. Le Groupe de travail a pris note de cette opinion et a décidé de revenir sur la question après avoir examiné les projets de dispositions types relatifs à la sélection du concessionnaire.

62. Compte tenu des commentaires et avis formulés ci-dessus, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

2. Procédure de sollicitation de propositions

Disposition type 10. Sollicitation de propositions en une étape ou en deux étapes

63. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. L'autorité contractante fournit un exemplaire de la sollicitation [définitive] de propositions et des documents connexes publiés conformément à la [*disposition type 11*] à chaque soumissionnaire présélectionné qui en acquitte le prix éventuellement demandé.

2. Nonobstant ce qui précède, l'autorité contractante peut recourir à une procédure en deux étapes pour solliciter des propositions des soumissionnaires présélectionnés lorsqu'[il ne lui est pas possible] [elle n'estime pas possible] de décrire dans la sollicitation de propositions les caractéristiques du projet, telles que le cahier des charges, les indicateurs de résultats, les arrangements financiers ou les clauses contractuelles de manière suffisamment détaillée et précise pour permettre la rédaction de propositions définitives.

3. En cas de procédure en deux étapes, les dispositions ci-après s'appliquent:

a) Les soumissionnaires sont invités, dans la sollicitation initiale de propositions, à soumettre, lors de la première étape de la procédure, des propositions initiales concernant le cahier des charges, les indicateurs de résultats, les besoins de financement ou d'autres caractéristiques du projet ainsi que les principales clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante[15];

b) L'autorité contractante peut convoquer des réunions et tenir des discussions avec l'un quelconque des soumissionnaires afin de clarifier certains points concernant la sollicitation initiale de propositions ou les propositions initiales et les documents joints présentés par les soumissionnaires;

c) Après examen des propositions reçues, l'autorité contractante peut revoir et, selon qu'il convient, réviser la sollicitation initiale de propositions en supprimant ou en modifiant tout aspect du cahier des charges, des indicateurs de résultats ou des besoins de financement initiaux, ou encore d'autres caractéristiques du projet, y compris les principales clauses contractuelles, et tout critère d'évaluation et de comparaison des propositions ainsi que de détermination du soumissionnaire à retenir, tels qu'ils sont définis dans cette sollicitation de même qu'en y ajoutant d'autres caractéristiques ou critères. Ces suppressions, modifications ou ajouts sont portés à la connaissance des soumissionnaires dans l'invitation à soumettre des propositions définitives;

d) Durant la deuxième étape de la procédure, l'autorité contractante invite les soumissionnaires à soumettre des propositions définitives correspondant à un ensemble unique de spécifications du cahier des charges, d'indicateurs de résultats ou de clauses contractuelles conformément aux [*dispositions types 11 à 16*].

64. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 1, qui reflétait l'objet de la recommandation 18, s'inspirait de l'article 26 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés et que les paragraphes 2 et 3 étaient fondés sur la recommandation 19.

65. On a souligné que l'alinéa *a* du paragraphe 3 faisait référence aux "principales clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante", et non simplement aux "clauses contractuelles proposées", pour ne pas donner l'impression que l'on attendrait d'une autorité contractante qu'elle ait élaboré des documents détaillés relatifs au contrat à ce stade précoce du processus de sélection. L'alinéa *b* du paragraphe 3 était une version légèrement modifiée de

[15]Dans de nombreux cas, en particulier pour de nouveaux types de projets, il se peut que l'autorité contractante ne soit pas en mesure, à ce stade, d'élaborer un projet détaillé des clauses contractuelles qu'elle envisage. Elle peut aussi juger préférable de rédiger ces clauses uniquement après une première série de consultations avec les soumissionnaires présélectionnés. Quoi qu'il en soit, il est important qu'elle donne, à ce stade, des indications sur les principales clauses du contrat de concession, en particulier sur la manière dont les risques de projet devraient être répartis entre les parties dans le cadre de ce contrat. Si cette répartition des droits et obligations contractuels est laissée entièrement ouverte jusqu'après la publication de la sollicitation définitive de propositions, les soumissionnaires peuvent chercher à réduire au minimum les risques qu'ils acceptent, ce qui peut aller à l'encontre de l'objectif d'un financement privé du projet (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 67 à 70; voir également chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 8 à 29)."

l'alinéa *b* de la recommandation 19, qui avait été aligné sur le texte de l'analyse faite au paragraphe 57 du chapitre III du *Guide législatif* pour indiquer clairement que tous les soumissionnaires ne participeraient pas nécessairement aux réunions convoquées à ce stade. L'alinéa *c* du paragraphe 3 précisait l'alinéa *c* de la recommandation 19 en énonçant les éléments auxquels il était fait référence au paragraphe 58 du chapitre III du *Guide législatif*. L'alinéa *d* du paragraphe 3, qui était fondé sur le paragraphe 4 de l'article 46 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, avait été ajouté pour préciser la séquence des actions pendant la première phase de la procédure.

66. Le Groupe de travail est convenu que l'adjectif "définitive" n'était pas nécessaire après le mot "sollicitation", ni au paragraphe 1 ni dans d'autres dispositions types.

67. S'agissant du paragraphe 2, il a été convenu de supprimer les mots "il ne lui est pas possible" figurant entre crochets et de conserver les mots "elle n'estime pas possible" sans les crochets.

68. On a suggéré qu'à des fins de transparence et de responsabilisation l'autorité contractante soit tenue de conserver des procès-verbaux de toute réunion convoquée ou de toute discussion tenue avec des soumissionnaires, dans lesquels seraient consignés les points soulevés par ces derniers et les éclaircissements fournis par elle. Le Groupe de travail a approuvé cette suggestion et a prié le groupe de rédaction d'élaborer un texte supplémentaire dans ce sens devant être inséré à l'alinéa *b* du paragraphe 3.

69. Toujours à des fins de transparence et de responsabilisation, mais aussi pour limiter la possibilité de changements abusifs visant à favoriser certains soumissionnaires, on a proposé que l'autorité contractante soit tenue d'indiquer dans les actes et informations relatifs à la procédure de sélection, qu'elle doit conserver comme prévu dans le projet de disposition type 25, les motifs de toute modification apportée aux éléments de la sollicitation de propositions conformément à l'alinéa *c* du paragraphe 3. Le Groupe de travail a approuvé cette proposition et a prié le groupe de rédaction d'élaborer un texte supplémentaire dans ce sens devant être inséré dans cet alinéa.

70. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de disposition type tel que modifié ci-dessus et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 11. Teneur de la sollicitation définitive de propositions

71. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"Dans la mesure où [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la teneur des sollicitations de propositions*] ne l'exigent pas déjà[16], la sollicitation définitive de propositions comporte au minimum les renseignements suivants:

a) Renseignements généraux pouvant être requis par les soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs propositions[17];

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[18];

c) Clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante, avec indication des clauses considérées comme non négociables;

d) Critères d'évaluation des propositions et seuils éventuellement fixés par l'autorité contractante pour identifier les propositions non conformes; importance relative à accorder à chaque critère d'évaluation; et manière d'appliquer ces critères et seuils dans l'évaluation et le rejet des propositions.

[16]On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans une sollicitation de propositions relatives à des services à l'article 38 de la Loi type sur la passation des marchés.

[17]On trouvera une liste d'éléments à fournir aux paragraphes 61 et 62 du chapitre III intitulé "Sélection du concessionnaire".

[18]Voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 64 à 66."

72. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type était fondé sur la recommandation 20. On a indiqué que, compte tenu de la deuxième phrase de la recommandation 26 et de l'analyse faite au paragraphe 69 du chapitre III du *Guide législatif*, l'alinéa *c* exigeait que la sollicitation de propositions comporte une indication des clauses considérées comme non négociables par l'autorité contractante. L'alinéa *d* contenait une référence spécifique aux seuils fixés pour évaluer les propositions, dont il était question à la recommandation 24.

73. Le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

[Disposition type 12. Garanties de soumission]

74. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. [La sollicitation de propositions énonce les exigences concernant l'émetteur ainsi que la nature, la forme, le montant et d'autres conditions principales de la garantie de soumission demandée.]

2. [Un soumissionnaire ne perd pas la garantie de soumission qu'il a pu être tenu de fournir sauf dans les cas suivant[19]:

a) Retrait ou modification d'une proposition après la date limite de soumission des propositions et, si cela est prévu dans la sollicitation de propositions, avant la date limite;

b) Défaut de participation aux négociations finales avec l'autorité contractante conformément à la [*disposition type 16*];

c) Défaut de présentation d'une meilleure offre définitive dans le délai prescrit par l'autorité contractante conformément au [*par. 2 de la disposition type 16*];

d) Défaut de signature de l'accord de concession alors que la signature est exigée par l'autorité contractante, une fois la proposition acceptée;

e) Défaut de fourniture de la garantie requise de bonne exécution de l'accord de concession après l'acceptation de la proposition ou manquement, avant la signature de l'accord de projet, à toute autre condition spécifiée dans la sollicitation de propositions.]

[19]On trouvera des dispositions générales sur les garanties de soumission à l'article 32 de la Loi type sur la passation des marchés."

75. Il a été indiqué au Groupe de travail qu'à l'issue de consultations entre le secrétariat et des experts on avait estimé qu'il pourrait être utile d'inclure un projet de disposition type sur les garanties de soumission, dans l'esprit de l'analyse faite au paragraphe 62 du chapitre III du *Guide législatif* et à l'alinéa *f* du paragraphe 1 de l'article 37 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés. On a fait observer que ce projet de disposition type avait été placé entre crochets, car il n'y avait pas de recommandation spécifique sur ce sujet.

76. Le Groupe de travail a jugé ledit projet de disposition utile, car les circonstances dans lesquelles les soumissionnaires risquaient de perdre leur garantie de soumission pouvaient différer selon qu'il s'agissait d'une procédure de sélection pour l'exécution d'un projet d'infrastructure à financement privé ou de la passation d'autres types de marchés. Il est donc convenu de supprimer les crochets entourant la disposition.

77. Par souci de clarté, le Groupe de travail est convenu que l'alinéa *b* du paragraphe 2 devrait renvoyer au paragraphe 1 du projet de disposition type 16.

78. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de disposition type tel que modifié ci-dessus et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 13. Éclaircissements et modifications

79. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"L'autorité contractante peut, de sa propre initiative ou en réponse à une demande d'éclaircissements d'un soumissionnaire, revoir et, selon qu'il convient, réviser la sollicitation définitive de propositions en supprimant ou en modifiant tout aspect du cahier des charges, des indicateurs de résultats ou des besoins de financement, ou d'autres caractéristiques du projet, y compris les principales clauses contractuelles, et tout critère d'évaluation et de comparaison des propositions ainsi que de détermination du soumissionnaire à retenir, tels qu'ils sont définis dans la sollicitation de propositions, de même qu'en y ajoutant des caractéristiques ou des critères. Ces suppressions, modifications ou ajouts sont portés à la connaissance des soumissionnaires de la même manière que la sollicitation définitive de propositions dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des propositions."

80. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type était fondé sur la recommandation 21 et que le texte qui avait été ajouté visait à préciser la portée des modifications pouvant être apportées à la sollicitation de propositions.

81. On a exprimé l'avis que l'ajout apporté au projet de disposition, par rapport à la recommandation 21, semblait élargir excessivement le droit qu'avait l'autorité contractante de modifier la sollicitation de propositions. Si ce droit était en soi considéré comme nécessaire dans une procédure aussi complexe que la sélection d'un concessionnaire pour un projet d'infrastructure, il n'en fallait pas moins, a-t-on déclaré, compléter les projets de dispositions de manière à indiquer clairement que l'autorité contractante devrait avoir des raisons objectives d'apporter de telles modifications. Cette précision était jugée importante pour réduire les risques de changements destinés uniquement à favoriser certains soumissionnaires.

82. Le Groupe de travail dans son ensemble a reconnu la nécessité de faire en sorte que le libellé du projet de disposition type assure la transparence et ne donne pas lieu à des abus de la part de l'autorité contractante. On a toutefois estimé qu'il ne serait pas souhaitable d'ajouter une disposition exigeant que toute modification de la sollicitation de propositions soit "justifiable objectivement", car une telle restriction risquait d'inciter les soumissionnaires à contester les changements apportés. Ayant considéré les vues exprimées et conscient qu'il fallait rappeler aux autorités contractantes la nécessité de ne pas modifier inutilement les éléments essentiels de la sollicitation de propositions, le Groupe de travail est convenu que toute l'énumération figurant dans la première phrase du projet de disposition type devrait être remplacée par un renvoi au projet de disposition 11. Il est également convenu, à des fins de transparence, que l'autorité contractante devrait être tenue d'indiquer dans les actes et informations relatifs à la procédure de sélection, qu'elle devait conserver comme prévu dans le projet de disposition type 25, les motifs de toute modification apportée au contenu de la sollicitation de propositions conformément au projet de disposition 13.

83. Sous réserve des modifications ci-dessus, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 14. Critères d'évaluation

84. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions techniques[20] incluent au minimum les éléments suivants:

a) Rationalité technique et environnementale;

b) Faisabilité opérationnelle;

c) Qualité des services et mesures visant à assurer leur continuité.

2. Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions financières et commerciales[21] incluent, selon qu'il convient:

a) La valeur courante pendant la période de la concession des péages, prix unitaires et autres charges proposés;

b) La valeur courante des paiements directs que l'autorité contractante propose d'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, d'une autorité publique du [*présent État*];

e) La rationalité des arrangements financiers proposés;

f) La conformité des propositions aux clauses contractuelles négociables proposées par l'autorité contractante dans la sollicitation de propositions;

g) Le potentiel de développement socioéconomique offert par les propositions.

[20]Voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 74.

[21]Voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 75 à 77."

85. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reprenait les recommandations 22 et 23, qui avaient été fusionnées afin de faciliter la lecture du texte.

86. On a indiqué qu'il avait été suggéré, à l'issue de consultations avec des experts, de déplacer le texte de l'alinéa *d* de la recommandation 22: "le potentiel de développement socioéconomique offert par les propositions", et de l'insérer parmi les aspects commerciaux des propositions (recommandation 23). Ce texte a donc été inséré en tant qu'alinéa *g* au paragraphe 2 du projet de disposition type 14, même si dans le *Guide législatif* "le potentiel de développement socioéconomique offert par les dispositions" figurait parmi les critères d'évaluation des aspects techniques de la proposition (voir chap. III, par. 74 *f*).

87. Le Groupe de travail a noté que l'alinéa *f* du paragraphe 2 avait été aligné sur l'alinéa *c* du projet de disposition type 11.

88. Sous réserve de modifications de forme, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type sur le fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 15. Comparaison et évaluation des propositions

89. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. L'autorité contractante compare et évalue chaque proposition conformément aux critères d'évaluation, à l'importance relative accordée à chacun d'eux et à la procédure d'évaluation prévue dans la sollicitation de propositions.

2. Aux fins du paragraphe 1, l'autorité contractante peut fixer des seuils pour la qualité et les aspects techniques, financiers et commerciaux. Les propositions qui n'atteignent pas ces seuils sont considérées comme non conformes et sont écartées de la procédure de sélection[22].

[22]La présente disposition type donne un exemple de procédure d'évaluation susceptible d'être appliquée par une autorité contractante pour comparer et évaluer des propositions concernant des projets d'infrastructure à financement privé. D'autres procédures, telles que le processus d'évaluation en deux temps ou le système à deux enveloppes, sont décrites aux paragraphes 79 à 82 du chapitre III du *Guide législatif* intitulé "Sélection du concessionnaire". Contrairement à la procédure prévue dans la présente disposition, elles sont censées permettre à l'autorité contractante de comparer et d'évaluer les critères non financiers indépendamment des critères financiers afin d'éviter des situations dans lesquelles une importance excessive serait accordée à certains éléments de ces derniers (comme le prix unitaire) au détriment des premiers. Pour assurer l'intégrité, la transparence et la prévisibilité de la phase d'évaluation de la procédure de sélection, il est recommandé à l'État adoptant d'indiquer dans sa législation les méthodes que les autorités contractantes peuvent employer pour comparer et évaluer les propositions ainsi que leurs modalités d'application."

90. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reprenait sur le fond la recommandation 24. On a indiqué que l'intitulé avait été modifié afin de rendre plus fidèlement compte de la portée du projet de disposition type. Une nouvelle disposition avait été ajoutée au paragraphe 1 afin de rendre plus claire la séquence des mesures à prendre par l'autorité contractante pour évaluer les propositions.

91. Le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type sur le fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 15 *bis*. Confirmation de l'adéquation des qualifications aux critères

92. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait faire du paragraphe 3 du projet de disposition législative 9 une disposition législative distincte à insérer entre les projets de disposition législative 15 et 16 de façon à faire clairement ressortir que l'autorité contractante serait fréquemment amenée à demander au soumissionaire, après la fin de la phase de présélection, la confirmation que ses qualifications correspondaient bien aux critères. Afin de préciser les critères de qualification que l'autorité contractante devrait utiliser dans cette situation, il a été proposé d'ajouter à la nouvelle disposition législative type une note reprenant sur le fond la dernière phrase du paragraphe 6 de l'article 34 de la Loi type sur la passation des marchés publics.

93. Le Groupe de travail a souscrit à cette proposition, a approuvé le projet de disposition type sur le fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 16. Négociations finales

94. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. L'autorité contractante classe toutes les propositions conformes et invite à une négociation finale du contrat de concession le soumissionnaire ayant obtenu la note la plus élevée. Les négociations finales ne portent pas sur les clauses contractuelles éventuellement déclarées non négociables dans la sollicitation définitive de propositions.

2. Si l'autorité contractante se rend compte que les négociations avec le soumissionnaire invité n'aboutiront pas à un contrat de concession, elle informe ce dernier de son intention d'y mettre fin et lui accorde un délai raisonnable pour présenter sa meilleure offre définitive. Si le soumissionnaire ne présente pas une offre acceptable par l'autorité contractante dans le délai prescrit, celle-ci met fin aux négociations avec lui. Elle invite ensuite à des négociations le soumissionnaire ayant

obtenu la deuxième meilleure note; si les négociations avec ce dernier n'aboutissent pas à un contrat de concession, elle invite alors les autres soumissionnaires à des négociations dans l'ordre de leur classement jusqu'à ce qu'elle parvienne à un contrat de concession ou rejette toutes les propositions restantes. L'autorité contractante ne reprend pas des négociations avec un soumissionnaire auxquelles elle a mis fin conformément au présent paragraphe."

95. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reprenait les recommandations 26 et 27 qui avaient été fusionnées afin de faciliter la lecture du texte. Il a également noté que, conformément à des suggestions qui avaient été faites au secrétariat lors de consultations avec des experts de l'extérieur, le paragraphe 2 avait été remanié de façon à prévoir que l'autorité contractante devait, avant de mettre fin aux négociations, informer les soumissionnaires de son intention et leur demander de présenter dans un certain délai leur "meilleure offre définitive". On a fait observer que ce remaniement allait dans le sens du paragraphe 8 de l'article 48 et du paragraphe 4 de l'article 49 de la Loi type sur la passation des marchés publics.

96. On a suggéré de supprimer, dans la troisième phrase du paragraphe 2, les mots "le soumissionnaire ayant obtenu la deuxième meilleure note; si les négociations avec ce dernier n'aboutissent pas à un accord de concession, elle invite alors" ainsi que les mots "à des négociations" figurant entre les mots "soumissionnaires" et "dans l'ordre …", afin d'améliorer la lisibilité de la disposition sans en modifier le fond.

97. Le Groupe de travail a souscrit à cette suggestion, a approuvé le projet de disposition type sur le fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

3. Négociation de contrats de concession sans procédure de mise en compétition

Disposition type 17. Circonstances autorisant l'attribution d'un projet sans procédure de mise en compétition

98. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"[Sous réserve de l'approbation de ... [*l'État adoptant indique l'autorité compétente*]][23], l'autorité contractante est autorisée à négocier un contrat de concession sans recourir aux procédures prévues dans les [*dispositions types 6 à 16*], dans les cas suivants:

a) Lorsque, du fait de la nécessité urgente d'assurer la continuité du service, il ne serait pas pratique d'ouvrir les procédures prévues dans les [*dispositions types 6 à 16*], à condition que les circonstances à l'origine de cette urgence n'aient pu être prévues par l'autorité contractante et n'aient pas été le résultat de manœuvres dilatoires de sa part;

b) Lorsque le projet est de courte durée et que l'investissement initial escompté ne dépasse pas le montant [de ...] [*l'État adoptant spécifie un montant maximal*] [prévu dans ...] [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui spécifient le montant au-dessous duquel un projet d'infrastructure à financement privé peut être attribué sans recours à une procédure de mise en compétition*][24];

c) Lorsque le projet concerne la défense ou la sécurité nationales;

d) Lorsqu'une seule source est en mesure de fournir le service demandé, par exemple lorsque la prestation du service exige l'utilisation d'un droit de propriété intellectuelle ou d'un autre droit exclusif dont une ou plusieurs personnes ont la propriété ou la possession;

e) En cas de propositions spontanées du type visé dans la [*disposition type 22*];

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 invitation à la procédure de présélection et d'une nouvelle sollicitation de propositions aurait peu de chances d'aboutir à l'attribution du projet, dans les délais voulus, à condition que les clauses de tout contrat de concession ainsi négocié entre les parties [soient conformes aux] [ne s'écartent pas du] cahier des charges et [des] clauses contractuelles initialement transmis avec la sollicitation de propositions;

g) Dans d'autres cas où [*l'État adoptant indique l'autorité compétente*] autorise une telle exception pour des raisons [impérieuses] d'intérêt général [ou dans d'autres cas de la même nature exceptionnelle, tels que définis par la loi][25].

[23]Soumettre l'attribution de la concession sans recours à une procédure de mise en compétition à l'approbation d'une autorité supérieure vise à faire en sorte que l'autorité contractante n'engage des négociations directes avec des soumissionnaires que dans les circonstances appropriées (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 85 à 96). C'est pourquoi la disposition type propose que l'État adoptant indique quelle autorité est compétente pour autoriser des négociations dans tous les cas prévus par elle. L'État adoptant peut néanmoins fixer différentes conditions d'approbation pour chaque alinéa de la disposition. Dans certains cas, par exemple, il peut prévoir que le pouvoir d'engager de telles négociations découle directement de la loi. Dans d'autres, il peut subordonner les négociations à l'approbation de différentes autorités supérieures, selon la nature des services à fournir ou le secteur d'infrastructure concerné. L'État adoptant devra peut-être alors adapter la disposition type en ajoutant la condition d'approbation particulière requise à l'alinéa correspondant ou bien en ajoutant une référence aux dispositions de sa législation qui fixent ces conditions.

[24]Au lieu d'exclure la procédure de mise en compétition dans le cas visé à l'alinéa *b*, l'État adoptant peut envisager d'élaborer une procédure simplifiée de sollicitation de propositions, par exemple en appliquant les procédures décrites à l'article 48 de la Loi type sur la passation des marchés.

[25]Les États adoptants qui jugent souhaitable d'autoriser le recours à des procédures négociées au cas par cas souhaiteront peut-être conserver l'alinéa *g* lorsqu'ils appliqueront la disposition type. Les États adoptants qui souhaitent limiter les exceptions au recours à des procédures de sélection avec mise en compétition préféreront peut-être quant à eux ne pas l'inclure."

99. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reprenait sur le fond la recommandation 28.

100. Le Groupe de travail est convenu, afin d'éviter que le recours aux négociations directes ne donne lieu à des abus, de supprimer les crochets figurant à la première et à la deuxième ligne, de sorte que l'approbation de l'autorité compétente serait nécessaire dans tous les cas prévus par le projet de disposition législative type.

101. En ce qui concerne l'alinéa *a*, on a indiqué que les ajouts qui avaient été opérés l'avaient été compte tenu de la teneur de l'alinéa *a* du paragraphe 89 du chapitre III du *Guide législatif*.

102. Pour ce qui est de l'alinéa *b*, le Groupe de travail est convenu de retenir les deux variantes figurant entre crochets.

103. En ce qui concerne l'alinéa *f*, on a indiqué qu'à la suite des consultations que le secrétariat avait eues avec des experts de l'extérieur, on avait précisé dans la disposition que les négociations faisant suite à des tentatives infructueuses d'engagement d'une procédure de mise en compétition ne devaient pas s'écarter du cahier des charges ni des clauses contractuelles initiaux. Cette précision devait constituer un garde-fou supplémentaire en vue d'empêcher toute manipulation du processus de sélection. On a toutefois objecté que le nouveau texte serait inopérant car les mots qui avaient été ajoutés réduiraient considérablement le champ d'application de la disposition. On a aussi émis l'avis que le mieux était de supprimer purement et simplement cet alinéa si l'objectif était d'éviter qu'il soit abusivement recouru aux négociations directes. Le Groupe de travail a toutefois préféré conserver l'alinéa, mais en supprimant les mots qui avaient été ajoutés. Parmi les solutions possibles pour assurer la transparence des négociations menées conformément à cet alinéa, il en est une qui a recueilli un large appui, à savoir exiger de l'autorité contractante qu'elle indique dans le dossier qu'elle était tenue de conserver en vertu de la disposition type 25 les raisons qui l'avaient amenée à s'écarter du cahier des charges et des clauses contractuelles initiaux. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait ajouter à l'alinéa *f* une note apportant cette précision.

104. S'agissant de l'alinéa *g*, il avait été suggéré, à la dernière session du Groupe de travail, d'élargir la portée de la disposition en ajoutant le membre de phrase "ou dans d'autres cas de la même nature exceptionnelle, tels que définis par la loi" (voir A/CN.9/505, par. 63). Le Groupe de travail a été invité à décider si cet ajout, qui avait été inséré dans le projet de disposition type, était vraiment nécessaire, ou si la première partie de l'alinéa *g* couvrait déjà cette possibilité. Le Groupe de travail est convenu qu'il fallait conserver ces mots, mais que ceux-ci devraient figurer dans la note se rapportant à cet alinéa et non pas dans le corps du texte. Le Groupe de travail est également convenu de supprimer les crochets entourant le mot "impérieuses".

105. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 18. Procédures de négociation d'un contrat de concession

106. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"Lorsqu'elle négocie un contrat de concession sans recourir aux procédures prévues dans les [*dispositions types 6 à 16*], l'autorité contractante[26]:

a) Sauf pour les contrats de concession négociés conformément à [*l'alinéa* c *de la disposition type 17*], fait publier un avis pour annoncer son intention d'engager des négociations concernant un contrat de concession conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de toute législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la publication des avis*];

b) Mène des négociations avec un nombre aussi grand que possible de personnes qu'elle juge capables d'exécuter le projet en fonction des circonstances;

c) Fixe des critères d'évaluation en fonction desquels les propositions seront évaluées et classées.

[26]Un certain nombre d'éléments destinés à accroître la transparence dans les négociations engagées conformément à la présente disposition type sont examinés aux paragraphes 90 à 96 du chapitre III intitulé "Sélection du concessionnaire".

107. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reprenait sur le fond la recommandation 29. On a indiqué que la teneur de l'alinéa *c* de la recommandation 29 avait été intégrée à la disposition générale concernant l'avis d'attribution du projet (disposition type 24).

108. Le Groupe de travail est convenu que l'alinéa *b* impliquait que le soumissionnaire avec lequel l'autorité contractante engageait des négociations directes devrait avoir apporté la preuve qu'il remplissait certains critères de qualification. Afin d'accroître la transparence en cas d'attribution d'un contrat de concession sans procédure de mise en compétition, il a été convenu d'ajouter une note se rapportant à cet alinéa qui apporterait cette précision.

109. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type sur le fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

4. Propositions spontanées[27]

Disposition type 19. Admissibilité des propositions spontanées

110. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"À titre d'exception aux [*dispositions types 6 à 16*], l'autorité contractante[28] est autorisée à examiner des propositions spontanées conformément aux procédures prévues dans les [*dispositions types 20 à 22*], à condition que ces propositions ne se rapportent pas à un projet pour lequel elle a entamé ou annoncé des procédures de sélection.

[27]Les considérations de politique générale sur les avantages et les inconvénients des propositions spontanées sont exposées aux paragraphes 98 à 100 du chapitre III intitulé "Sélection du concessionnaire". Les États qui souhaitent autoriser les autorités contractantes à examiner de telles propositions voudront peut-être recourir aux procédures décrites dans les dispositions types 22 à 24.

[28]La disposition type part du principe que c'est l'autorité contractante qui est habilitée à examiner des propositions spontanées. Toutefois, suivant la réglementation de l'État adoptant, un organe

indépendant de celle-ci peut être chargé d'examiner de telles propositions ou de déterminer, par exemple, si une proposition spontanée est dans l'intérêt général. En pareil cas, l'État adoptant devrait étudier soigneusement la façon dont les fonctions d'un tel organe doivent éventuellement être coordonnées avec celles de l'autorité contractante (voir les notes 1, 3 et 23, ainsi que les références qui y sont mentionnées)."

111. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type se fondait sur le contenu de la recommandation 30, a approuvé ce projet quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 20. Procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées

112. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. Après réception et examen préliminaire d'une proposition spontanée, l'autorité contractante fait savoir rapidement à son auteur si le projet est considéré ou non comme présentant un intérêt général[29].

2. Si le projet est considéré comme présentant un intérêt général conformément au paragraphe 1, l'autorité contractante invite l'auteur de la proposition à lui communiquer autant d'informations sur le projet proposé qu'il est possible à ce stade pour lui permettre d'évaluer correctement les qualifications de l'auteur et la faisabilité technique et économique du projet et de déterminer si le projet est susceptible d'être exécuté avec succès de la manière proposée dans des conditions acceptables par elle. À cette fin, l'auteur soumet une étude de faisabilité technique et économique, une étude d'impact sur l'environnement et des informations satisfaisantes concernant le concept ou la technologie envisagés dans la proposition.

3. Lorsqu'elle examine une proposition spontanée, l'autorité contractante respecte les droits de propriété intellectuelle, les secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs qui sont contenus dans la proposition, qui en découlent ou y sont mentionnés. En particulier, elle n'utilise aucune information publiée ou fournie par l'auteur ou en son nom en rapport avec sa proposition spontanée à d'autres fins que l'évaluation de cette proposition, sauf consentement de l'auteur. [Sauf convention contraire des parties], l'autorité contractante, en cas de rejet de la proposition, restitue à son auteur l'original et toute copie des documents qu'il a soumis et préparés [, sur papier ou sous forme électronique,] durant la procédure.

[29]Pour déterminer si un projet proposé est dans l'intérêt général, il faut examiner soigneusement ses avantages potentiels pour la population ainsi que le lien entre le projet et la politique de l'État dans le secteur d'infrastructure concerné. Afin d'assurer l'intégrité, la transparence et la prévisibilité des procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées, il peut être souhaitable que l'État adoptant donne, dans un règlement ou dans d'autres textes, des indications concernant les critères qui seront utilisés pour déterminer si une proposition spontanée est dans l'intérêt général, et qui pourraient comprendre des critères permettant d'évaluer l'adéquation des arrangements contractuels et le caractère raisonnable de la répartition proposée des risques."

113. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type se fondait sur les recommandations 31 et 32. On a indiqué que le paragraphe 3 complétait la recommandation 32 en vue de préciser les relations entre les droits de propriété intellectuelle de l'auteur de la proposition et l'utilisation par l'autorité contractante des informations fournies par celui-ci.

114. Pour ce qui est du paragraphe 1, on a fait observer qu'à un stade aussi précoce de l'examen d'une proposition spontanée il n'était pas possible de déterminer de manière définitive si un projet présentait ou non un intérêt général. Il conviendrait davantage de parler, aux paragraphes 1 et 2, d'une conclusion préliminaire de l'autorité contractante dans laquelle la proposition serait considérée comme présentant un intérêt général "potentiel". Le Groupe de travail a abondé dans ce sens.

115. Le Groupe de travail est convenu de compléter le paragraphe 2 d'une note indiquant que l'État pourrait, s'il le souhaite, énoncer, éventuellement dans des dispositions réglementaires spéciales, les critères à utiliser pour évaluer les qualifications de l'auteur de la proposition, lesquels pourraient s'inspirer des critères mentionnés dans le projet de disposition type 7.

116. Le Groupe de travail a estimé qu'il faudrait exprimer plus clairement le lien entre l'obligation, énoncée dans la première phrase du paragraphe 3, de protéger les droits de propriété intellectuelle, les secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs de l'auteur de la proposition et l'obligation faite à l'autorité contractante, dans la deuxième phrase, de ne pas utiliser des informations protégées révélées par ce dernier. Il est donc convenu de remplacer les mots "en particulier" figurant au début de la deuxième phrase par la locution "par conséquent". Il est en outre convenu d'enlever les crochets entourant les mots "sauf convention contraire des parties", dans la troisième phrase, et de supprimer les mots entre crochets "sur papier ou sous forme électronique", jugés superflus.

117. Sous réserve des amendements ci-dessus et d'autres modifications de forme, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 21. Propositions spontanées ne comportant pas de concepts ou de technologies brevetés

118. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. À l'exception des cas prévus dans la [*disposition type 17*], l'autorité contractante, si elle décide d'exécuter le projet, entame une procédure de sélection conformément aux [*dispositions types 6 à 16*] lorsqu'elle considère que:

a) L'exécution du projet est possible sans l'utilisation d'un droit de propriété intellectuelle ou d'un autre droit exclusif dont l'auteur de la proposition a la propriété ou la possession; ou

b) Le concept ou la technologie proposés ne sont pas véritablement nouveaux ou sans équivalent.

2. L'auteur de la proposition est invité à participer à la procédure de sélection entamée par l'autorité contractante conformément au paragraphe 1 et peut

bénéficier d'une incitation ou d'un avantage similaire [suivant les modalités décrites par l'autorité contractante dans la sollicitation de propositions] en contrepartie de l'élaboration et de la soumission de la proposition."

119. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type se fondait sur le contenu de la recommandation 33.

120. Aux fins d'harmonisation, le Groupe de travail a décidé que les mots "droits de propriété intellectuelle, secrets professionnels ou autres droits exclusifs", qui figuraient au paragraphe 3 du projet de disposition type 20, devraient également être employés dans l'intitulé de la disposition type 21 et à d'autres endroits du projet. Il est également convenu de remplacer la conjonction "ou" par "et" pour relier les alinéas *a* et *b* du paragraphe 1, car les conditions énoncées dans ces alinéas devaient être cumulatives.

121. Sous réserve des amendements ci-dessus et d'autres modifications de forme, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 22. Propositions spontanées comportant des concepts ou des technologies brevetés

122. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. Si l'autorité contractante considère que les conditions énoncées aux [*disposition type 21, par. 1* a *ou* b] ne sont pas remplies, elle n'est pas tenue de mener une procédure de sélection conformément aux [*dispositions types 6 à 16*]. Elle peut néanmoins rechercher des éléments de comparaison pour la proposition spontanée conformément aux dispositions énoncées aux paragraphes 2 à 4[30].

2. Lorsque l'autorité contractante a l'intention de rechercher des éléments de comparaison pour la proposition spontanée, elle publie une description des éléments essentiels du produit proposé en invitant d'autres parties intéressées à soumettre des propositions dans [un délai raisonnable] [*l'État adoptant indique un certain délai*].

3. Si aucune proposition n'est reçue dans [un délai raisonnable] [le délai spécifié au paragraphe 2 ci-dessus] en réponse à une invitation publiée en application du paragraphe 2, l'autorité contractante peut entamer des négociations avec l'auteur de la proposition originale.

4. Si l'autorité contractante reçoit des propositions en réponse à une invitation publiée en application du paragraphe 2, elle invite les auteurs de ces propositions à des négociations conformément aux dispositions énoncées dans la [*disposition type 18*]. Si elle reçoit un nombre suffisamment important de propositions, qui paraissent à première vue répondre à ses besoins en matière d'infrastructures, l'autorité contractante demande que lui soient soumises des propositions conformément aux [*dispositions types 10 à 16*], sous réserve de toute incitation ou d'autre avantage dont peut bénéficier la personne ayant soumis la proposition spontanée conformément au [*par. 2 de la disposition type 21*].

[30]L'État adoptant souhaitera peut-être envisager d'adopter une procédure spéciale pour l'examen des propositions spontanées entrant dans le champ d'application de la présente disposition type, en prenant éventuellement modèle, *mutatis mutandis*, sur la procédure de sollicitation de propositions décrite à l'article 48 de la Loi type sur la passation des marchés."

123. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type se fondait sur le contenu des recommandations 34 et 35.

124. Le Groupe de travail est convenu que l'intitulé et le texte du projet de disposition devraient être alignés sur le projet de disposition type 21.

125. Sous réserve des changements ci-dessus, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

5. Dispositions diverses

Disposition type 23. Confidentialité des négociations

126. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"L'autorité contractante traite les propositions de manière à éviter la divulgation des informations qui y figurent aux soumissionnaires concurrents. Toutes discussions, communications et négociations ayant eu lieu entre l'autorité contractante et un soumissionnaire conformément [*au paragraphe 3 de la disposition type 10, aux dispositions types 16, 17, 18 ou au paragraphe 3 de la disposition type 22*] sont confidentielles. [Sauf si la loi ou une ordonnance judiciaire l'exige,] Aucune partie aux négociations ne divulgue à aucune autre personne, en dehors de ses mandataires, sous-traitants, prêteurs, conseillers ou consultants, des informations techniques, des informations relatives aux prix ou d'autres informations qu'elle a reçues concernant des discussions, communications et négociations ayant eu lieu conformément aux dispositions précitées sans le consentement de l'autre partie."

127. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type se fondait sur le contenu de la recommandation 36. Il a été précisé que la première phrase était tirée de l'article 45 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés. La référence aux "mandataires, sous-traitants, prêteurs, conseillers ou consultants" avait été ajoutée pour éviter une interprétation trop restrictive du projet de disposition.

128. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les crochets autour des mots "sauf si la loi ou une ordonnance judiciaire l'exige" figurant dans la troisième phrase du projet de disposition. On s'est demandé, à propos de cette phrase, si le mot "*court*" en anglais ne désignait que les organes judiciaires ou s'il pouvait aussi englober les tribunaux arbitraux. On a signalé à cet égard que certaines institutions administrant des procédures d'arbitrage étaient parfois appelées "*arbitration courts*" (tribunaux arbitraux) et que certains systèmes juridiques admettaient l'arbitrage

des litiges liés à la passation de marchés. Il a été répondu que rien dans le projet de disposition type n'empêchait l'État adoptant d'en élargir expressément le champ d'application aux tribunaux arbitraux ou de l'interpréter dans ce sens, si cette interprétation était acceptable dans sa législation interne. En tout état de cause, le projet de disposition type dans sa rédaction actuelle était censé se référer aux juridictions étatiques et non aux tribunaux arbitraux.

129. Le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 24. Avis d'attribution du projet

130. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

> "À l'exception des projets d'infrastructure attribués conformément à [*l'alinéa* c *de la disposition type 17*], l'autorité contractante fait publier un avis d'attribution du projet conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la publication des avis d'attribution de marchés*]. Cet avis désigne le concessionnaire et comporte un résumé des principales clauses de l'accord de concession."

131. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type s'inspirait de la recommandation 37.

132. Sous réserve de modifications de forme, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 25. Conservation des actes et informations liés aux procédures de sélection et d'attribution

133. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

> "L'autorité contractante conserve dûment les informations liées aux procédures de sélection et d'attribution conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur la passation des marchés publics qui régissent la conservation des actes et informations liés aux procédures de passation*][31].

[31]La nature des informations à conserver pour les différents types de procédures d'attribution envisagés dans les dispositions types, ainsi que la mesure dans laquelle ces informations peuvent être accessibles au public, devront peut-être être indiquées dans un règlement que l'État adoptant prendra pour appliquer la disposition type, lorsque sa législation sur la passation des marchés ne prévoit aucune règle sur ce point. Ces questions sont examinées aux paragraphes 120 à 126 du chapitre III intitulé "Sélection du concessionnaire". Les éléments d'information à conserver sont indiqués à l'article 11 de la Loi type sur la passation des marchés."

134. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type s'inspirait de la recommandation 38.

135. Il a été déclaré que des dispositions législatives exigeant la conservation des actes et informations liés aux procédures de sélection et d'attribution étaient essentielles pour assurer la transparence et la responsabilité dans la procédure de sélection. On a reconnu que le projet de disposition type serait beaucoup trop détaillé si l'on y insérait tous les éléments mentionnés aux paragraphes 120 à 126 du chapitre III du *Guide législatif*. Il a été dit toutefois que le projet de disposition type devrait recommander avec plus d'insistance aux États adoptants de revoir leur législation pour veiller à ce qu'elle tienne compte des règles de transparence internationalement reconnues. Le Groupe de travail, après avoir examiné plusieurs propositions faites dans ce sens, est finalement convenu de conserver tel quel le texte du projet de disposition mais de reformuler la note de bas de page à peu près comme suit:

> "La nature des informations à conserver pour les différents types de procédures d'attribution envisagés dans les dispositions types, ainsi que la mesure dans laquelle ces informations peuvent être accessibles au public, sont examinées aux paragraphes 120 à 126 du chapitre III intitulé "Sélection du concessionnaire". Les éléments d'information à conserver sont également indiqués à l'article 11 de la Loi type sur la passation des marchés. Si ces questions ne sont pas traitées de façon adéquate par la législation de l'État adoptant, celui-ci devrait adopter des dispositions législatives appropriées à cette fin."

136. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de disposition type tel que complété ci-dessus et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 26. Procédures de recours

137. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

> "Un soumissionnaire qui déclare avoir subi, ou qui peut subir, une perte ou un préjudice du fait de la violation d'une obligation imposée par la loi à l'autorité contractante peut introduire un recours contre les actes ou omissions de l'autorité contractante conformément aux [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent les recours contre les décisions prises dans le cadre des procédures de passation][32].

[32]Les éléments d'un mécanisme de recours adéquat sont examinés aux paragraphes 127 à 131 du chapitre III intitulé "Sélection du concessionnaire". Ils figurent également au chapitre VI de la Loi type sur la passation des marchés."

138. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type s'inspirait de la recommandation 39.

139. Pour bien montrer combien il importait de disposer de moyens de recours appropriés, considérés comme indispensables à une procédure de sélection équitable, le Groupe de travail est convenu d'ajouter, à la fin de la note de bas de page, une phrase indiquant que, si la législation de l'État adoptant ne prévoyait pas de mécanisme de recours adéquat, celui-ci devrait envisager d'adopter les dispositions législatives nécessaires à cette fin.

140. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de disposition type tel que complété ci-dessus et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

III. Construction et exploitation de l'infrastructure

Disposition type 27. Contenu de l'accord de concession

141. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"Le contrat de concession comporte des dispositions sur des questions que les parties estiment appropriées, telles que:

a) La nature et la portée des travaux devant être réalisés et des services devant être fournis par le concessionnaire [*voir chap. IV, par. 1*];

b) Les conditions de la fourniture de ces services et l'étendue de l'exclusivité, le cas échéant, des droits du concessionnaire découlant du contrat de concession [*voir recommandation 5*];

c) L'assistance que l'autorité contractante peut fournir au concessionnaire pour qu'il obtienne les licences et permis nécessaires pour l'exécution du projet d'infrastructure [*voir recommandation 6*];

d) Toutes prescriptions relatives à la constitution d'une personne morale et à son capital minimal conformément à la [*disposition type 29*] [*voir recommandation 42 et projet de disposition type 29*];

e) La propriété des biens liés au projet et les obligations des parties, selon qu'il convient, concernant l'acquisition du site du projet et toutes servitudes nécessaires, conformément aux [*dispositions types 30 à 32*] [*voir recommandations 44 et 45 et projets de dispositions types 30 à 32*];

f) La rémunération du concessionnaire, en particulier et s'il y a lieu, le droit du concessionnaire de demander, recevoir ou percevoir des redevances ou droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou des services qu'il fournit; les méthodes et formules de fixation ou d'ajustement de ces redevances ou droits; et tous versements, le cas échéant, pouvant être faits par l'autorité contractante ou une autre autorité publique [*voir recommandations 46 et 48*];

g) Les procédures d'examen et d'approbation, par l'autorité contractante, de l'ouvrage, des études techniques, plans et spécifications et les procédures d'essai et d'inspection finale, d'approbation et d'acceptation de l'ouvrage [*voir recommandation 52*];

h) L'étendue des obligations imposées au concessionnaire pour assurer, selon qu'il convient, la modification du service afin de répondre à la demande effective de ce service, sa continuité et sa fourniture dans des conditions essentiellement identiques pour tous les usagers [*voir recommandation 53 et projet de disposition type 37*];

i) Le droit de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique de suivre les travaux devant être réalisés et les services devant être fournis par le concessionnaire et les conditions auxquelles ainsi que la mesure dans laquelle l'autorité contractante ou un organisme de réglementation peuvent ordonner des modifications des travaux et des conditions du service ou prendre d'autres mesures raisonnables qu'ils peuvent 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 [*voir recommandation 54* b];

j) 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 [*voir recommandation 54* a];

k) Des mécanismes pour faire face aux frais supplémentaires et autres conséquences pouvant résulter de tout ordre émanant de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique en liaison avec les alinéas *h* et *i* ci-dessus, y compris toute indemnité à laquelle le concessionnaire pourrait avoir droit [*voir chap. IV, par. 73 à 76*];

l) Tous droits de l'autorité contractante d'examiner et d'approuver les principaux contrats que le concessionnaire est appelé à conclure, en particulier les contrats avec ses propres actionnaires ou d'autres personnes ayant un lien avec lui [*voir recommandation 56*];

m) Les garanties de bonne exécution que le concessionnaire est tenu de fournir et les polices d'assurance qu'il est tenu de souscrire pour l'exécution du projet d'infrastructure [*voir recommandation 58* a *et* b];

n) Les voies de recours ouvertes en cas de défaillance de l'une ou l'autre partie [*voir recommandation 58* e];

o) 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 concession en raison de circonstances échappant à son contrôle raisonnable [*voir recommandation 58* d];

p) La durée du contrat de concession et les droits et obligations des parties à son expiration ou lors de sa résiliation [*voir recommandation 61*];

q) Les modalités de calcul de l'indemnité en application de la [*disposition type 46*] [*voir recommandation 67*];

r) Le droit applicable et les mécanismes de règlement des différends pouvant surgir entre l'autorité contractante et le concessionnaire [*voir recommandations 41 et 69 et projets de dispositions types 28 et 48*]."

142. À sa quatrième session, le Groupe de travail avait prié le secrétariat d'élaborer un avant-projet de disposition type énumérant les questions fondamentales devant être abordées dans l'accord de projet (voir A/CN.9/505, par. 114).

143. Afin de donner suite à cette demande, le projet de disposition type énumérait un certain nombre de questions devant être abordées dans l'accord de projet. Certaines de ces questions faisaient aussi l'objet de projets de dispositions types qui leur étaient consacrés. D'autres, en revanche, concernaient des recommandations à propos desquelles le Groupe de travail n'avait pas demandé l'élaboration de dispositions législatives types.

144. L'opinion selon laquelle la liste de questions à inclure éventuellement dans le contrat de concession devait être indicative et non pas exhaustive a été appuyée. On a fait observer que les éléments énumérés dans le projet de disposition type ne couvriraient pas nécessairement tous les types de concession en toutes circonstances. On a aussi fait

observer que les parties devaient être libres de se mettre d'accord sur les questions les plus appropriées compte tenu des besoins et des impératifs particuliers du projet d'infrastructure dont il était question, et que le projet de disposition type donnait une indication utile des éléments essentiels du contrat de concession.

145. À l'encontre de ce point de vue, on a fait valoir que le contrat de concession, tel qu'envisagé dans le projet de disposition type, avait pour objet la prestation par une entité privée de services destinés au public. Dès lors que le contrat de concession touchait à des questions d'intérêt général, le projet de disposition type devait indiquer au moins les questions qui, pour des raisons liées à l'intérêt général, ne pouvaient pas faire l'objet d'une dérogation conventionnelle. On a, toutefois, objecté que cela amènerait à se demander si les contrats qui ne comportaient pas tous les éléments énoncés dans le projet de disposition type pourraient être remis en question ou déclarés nuls, résultat qui, a-t-on largement estimé, n'était pas souhaitable.

146. Après un débat, il a été suggéré de remanier le membre de phrase liminaire de façon qu'il rende mieux l'idée que la liste, même si elle énumérait des questions fondamentales, n'était pas censée ne souffrir aucune exception. Dans ce but et par souci d'harmonisation des différentes versions linguistiques, le Groupe de travail est convenu de remplacer, dans la version anglaise, le mot "*including*" par les mots "*such as*". Il est convenu que ce texte n'était pas censé suggérer qu'un contrat qui ne contiendrait pas l'un quelconque des éléments énumérés dans le projet de disposition type serait nul, et ce sans préjudice de l'éventuelle responsabilité interne des agents de l'autorité contractante, question qui était laissée aux lois nationales des États adoptants et n'entrait pas dans le champ d'application des projets de dispositions types.

147. S'agissant de l'alinéa *f*, on a noté que dans certains pays la perception par le concessionnaire de redevances ou de droits auprès des utilisateurs en rémunération des services fournis était un élément constitutif de la concession. Il a donc été suggéré de supprimer les mots "s'il y a lieu" qui figuraient à la première ligne. On a objecté que l'intention, dans le projet de disposition type, était de donner au législateur des indications du contenu possible du contrat de concession et non pas de réénoncer les éléments de la notion de concession dans tel ou tel système juridique. Afin de faire mieux ressortir le caractère indicatif de l'alinéa, il a été convenu de remplacer le membre de phrase "en particulier et s'il y a lieu, le droit du concessionnaire de demander, recevoir ou percevoir des" par les termes "qu'elle consiste en".

148. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 28. Droit applicable

149. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

> "Le contrat de concession est régi par la loi du présent État [sauf stipulation contraire dans le contrat de concession][33].

[33]Les systèmes juridiques apportent diverses réponses à la question de savoir si les parties à un contrat de concession peuvent choisir comme droit applicable à l'accord un droit autre que celui du pays hôte. En outre, comme cela est indiqué dans le *Guide législatif* (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 5 à 8), dans certains pays, le contrat de concession peut être soumis au droit administratif, tandis que dans d'autres il sera régi par le droit privé (voir aussi *Guide législatif*, chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", par. 24 à 27). Le droit applicable comprend également les règles d'autres branches du droit qui s'appliquent aux différentes questions pouvant surgir pendant l'exécution d'un projet d'infrastructure (voir de manière générale le *Guide législatif*, chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", sect. B)."

150. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reprenait sur le fond la recommandation 41.

151. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les crochets figurant dans le projet de disposition type.

152. On a noté que dans certains cas, en particulier dans celui des contrats de concession conclus en vertu de traités d'investissement bilatéraux, le contrat entre l'autorité contractante et le concessionnaire pourrait être régi par le droit international public et non pas par le droit de l'État adoptant. On a suggéré de remanier le libellé du projet de disposition type de sorte que ces cas soient aussi couverts. Le Groupe de travail n'a néanmoins pas souscrit à cette suggestion. L'opinion qui l'a emporté a été que la dernière phrase de la note se rapportant au projet de disposition type, qui renvoyait au chapitre VII du *Guide législatif*, serait suffisante pour guider les États adoptants sur ce point.

153. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type sur le fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 29. Organisation du concessionnaire

154. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

> "L'autorité contractante peut exiger que le soumissionnaire retenu constitue une personne morale conformément aux lois du [*présent État*], à condition qu'une déclaration ait été faite à cet effet dans le dossier de présélection ou dans la sollicitation de proposition, selon le cas. Toute prescription relative au capital minimal d'une telle personne morale ainsi que la procédure d'approbation par l'autorité contractante de ses statuts et des modifications importantes desdits statuts sont énoncées dans le contrat de concession."

155. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reprenait sur le fond les recommandations 42 et 43.

156. Le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 30. Propriété des biens[34]

157. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

> "Le contrat de concession précise, [lorsque c'est nécessaire et] selon qu'il convient, les biens qui sont ou seront la propriété de l'État et ceux qui sont ou seront

la propriété privée du concessionnaire. Il indique en particulier ceux qui appartiennent aux catégories suivantes:

a) Les biens, le cas échéant, que le concessionnaire est tenu, lorsqu'il y a lieu, de restituer ou transférer à l'autorité contractante ou à une autre entité indiquée par celle-ci conformément aux clauses du contrat de concession;

b) Les biens, le cas échéant, que l'autorité contractante peut, si elle le souhaite, acheter au concessionnaire; et

c) Les biens, le cas échéant, que le concessionnaire peut conserver ou dont il peut disposer à l'expiration ou à la résiliation du contrat de concession.

[34]La participation du secteur privé aux projets d'infrastructure peut prendre diverses formes, les infrastructures pouvant être détenues et exploitées entièrement par une entité publique ou totalement privatisées, avec de nombreuses variantes possibles entre ces deux extrêmes (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 47 à 53). Ces options générales déterminent habituellement l'approche législative de la propriété des biens liés au projet (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 20 à 26). Quelles que soient la politique générale ou la politique sectorielle du pays hôte, le régime de propriété des divers biens en question devrait être clairement défini et fondé sur une autorité législative suffisante. La clarté à cet égard est importante, car elle influera directement sur l'aptitude du concessionnaire à constituer des sûretés sur les biens du projet pour obtenir un financement de ce dernier (ibid., par. 52 à 61). Conformément à l'approche souple adoptée par divers systèmes juridiques, la disposition type n'envisage pas un transfert inconditionnel de tous les biens à l'autorité contractante, mais permet de faire une distinction entre les biens qui doivent être transférés à cette dernière, les biens qu'elle peut acheter si elle le souhaite, et les biens qui restent la propriété privée du concessionnaire."

158. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type 30 reprenait sur le fond la recommandation 44.

159. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots figurant entre crochets "lorsque c'est nécessaire et", jugeant qu'ils étaient superflus. Pour la même raison, il a aussi décidé de supprimer les mots "lorsqu'il y a lieu" figurant à l'alinéa *a*.

160. L'opinion selon laquelle le membre de phrase "à l'expiration ou à la fin du contrat de concession" devrait être ajouté aux alinéas *b* et *c* a recueilli un certain appui. On a, toutefois, objecté que ce libellé risquait de réduire la souplesse du texte initial. La situation visée à l'alinéa *b*, par exemple, pourrait aussi se présenter pendant l'exécution du contrat de concession. Le Groupe de travail est donc convenu de maintenir tel quel le texte, et d'ajouter à la fin de la note se rapportant à cette disposition le membre de phrase "à l'expiration ou à la fin du contrat de concession", suivi des mots "ou à tout autre moment", étant entendu qu'il serait peut-être nécessaire de réexaminer où il conviendrait d'insérer ces nouveaux termes.

161. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 31. Acquisition du site du projet

162. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. L'autorité contractante ou une autre autorité publique selon les dispositions de la loi et les clauses de l'accord de concession [acquiert] [met à la disposition du concessionnaire] ou, selon qu'il convient, aide le concessionnaire à acquérir les droits relatifs au site du projet, y compris le titre de propriété du site, nécessaires à l'exécution du projet.

2. Toute expropriation de terrain pouvant être requise pour l'exécution du projet est effectuée conformément à [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent l'expropriation de biens privés par les autorités publiques pour des motifs d'intérêt général*] et aux clauses du contrat de concession."

163. Par souci de clarté et afin de réduire le nombre d'options offertes aux États adoptants sans pour autant toucher au fond de la disposition, le Groupe de travail est convenu de supprimer, au paragraphe 1, le mot "acquiert" ainsi que les crochets entourant les mots "met à la disposition du concessionnaire". Compte tenu de ces modifications, le Groupe de travail est convenu de remplacer l'intitulé initial de la disposition type par l'intitulé suivant: "Acquisition de droits relatifs au site du projet".

164. En ce qui concerne le paragraphe 2, le Groupe de travail est convenu de supprimer le membre de phrase "et aux clauses du contrat de concession", car, de l'avis général, toute acquisition obligatoire devrait être effectuée conformément au droit de l'État adoptant et non conformément aux clauses du contrat de concession.

Disposition type 32. Servitudes[35]

165. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"Le concessionnaire [est] [se voit] autorisé à pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou y installer des équipements, selon qu'il convient et selon les besoins de l'exécution du projet [conformément à (*l'État adoptant indique les dispositions de son droit qui régissent les servitudes et autres droits similaires dont bénéficient ses entreprises de service public et exploitants d'infrastructure en vertu de ses lois*)].

[35]Le droit de traverser une propriété adjacente à des fins liées au projet ou pour y effectuer des travaux peut être acquis par le concessionnaire directement ou d'office par une autorité publique en même temps que le site du projet. Une solution quelque peu différente pourrait être de prévoir que la loi elle-même autorise les prestataires de services publics à pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou à y installer des équipements selon les besoins de la construction, de l'exploitation et de la maintenance d'infrastructures publiques (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 30 à 32). La variante proposée dans la première série de crochets, dans la disposition type, vise à refléter ces options."

166. Par souci de cohérence, le Groupe de travail est convenu de remplacer la notion d'"autorisation" par celle de "droit". Il est par ailleurs convenu de supprimer les crochets entourant la fin du projet de disposition type.

Disposition type 33. Arrangements financiers

167. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"Le concessionnaire a le droit de demander, recevoir ou percevoir des redevances ou droits pour l'utilisation

de l'ouvrage ou des services qu'il fournit. L'accord de concession prévoit des méthodes et formules de fixation et d'ajustement de ces redevances ou droits [conformément aux règles établies par l'organisme de réglementation compétent][36].

[36]Les péages, droits ou autres sommes perçus par le concessionnaire, désignés dans le *Guide législatif* par le terme "redevances" peuvent être, en l'absence de subventions ou de versements de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques, la principale (parfois même la seule) source de recettes permettant d'amortir les investissements effectués dans le projet (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 30 à 60). Le coût auquel les services publics sont fournis constitue généralement l'un des éléments de la politique d'infrastructure de l'État et une question d'un intérêt immédiat pour une grande partie de la population. C'est pourquoi de nombreux pays ont des règles spéciales pour le contrôle des redevances et des droits afférents à la prestation de services publics. En outre, dans certains systèmes juridiques, la loi ou des règles de droit générales définissent les paramètres applicables à la détermination des prix des biens ou des services, par exemple en prévoyant que les redevances doivent être "raisonnables", "équitables" ou "justes" (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 36 à 46)."

168. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reflétait la teneur de la recommandation 46.

169. Il a été demandé s'il était nécessaire que cette question fasse l'objet d'une disposition distincte étant donné que l'alinéa *f* du projet de disposition type 27 traitait déjà de la rémunération du concessionnaire, qui était l'un des éléments devant être prévus dans l'accord de projet. Il a été répondu que le Groupe de travail, à sa quatrième session, avait décidé qu'une disposition distincte énonçant le droit du concessionnaire de demander des redevances ou de percevoir des droits pour l'utilisation de l'ouvrage était nécessaire (voir A/CN.9/505, par. 129). Une telle disposition était particulièrement importante étant donné que, dans un certain nombre de pays, le concessionnaire pouvait avoir besoin, pour ce faire, d'une autorisation administrative préalable.

170. Sous réserve que, dans la première phrase du texte anglais, les mots "*has the right*" soient remplacés par les mots "*shall have the right*", le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 34. Sûretés

171. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. Sous réserve de restrictions pouvant être indiquées dans l'accord de concession[37], le concessionnaire a le droit de constituer, sur l'un quelconque de ses biens ou droits, y compris sur ceux qui sont liés au projet d'infrastructure, les sûretés nécessaires pour obtenir tout financement requis pour le projet, y compris, en particulier, les suivantes:

a) Sûreté sur les biens meubles ou immeubles lui appartenant ou sur ses droits sur les biens du projet;

b) Un nantissement du produit et des créances qui lui sont dus pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit.

2. Les actionnaires du concessionnaire ont le droit de nantir les actions qu'ils obtiennent de la société concessionnaire ou de constituer sur elles toute autre sûreté;

3. Aucune sûreté visée au paragraphe 1 ne peut être constituée sur un bien du domaine public ou sur d'autres biens ou droits nécessaires pour la fourniture d'un service public, lorsque cela n'est pas autorisé par la loi du [*présent État*].

[37]Ces restrictions peuvent, en particulier, concerner l'exécution des droits relatifs aux biens du projet d'infrastructure."

172. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reflétait la teneur de la recommandation 49.

173. Le Groupe de travail est convenu de remplacer, au paragraphe 3, les mots "n'est pas autorisé" par les mots "est interdit". Sous réserve de cette modification, il a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 35. Cession de l'accord de concession

174. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"Sauf disposition contraire dans la [*disposition type 34*], les droits et obligations du concessionnaire découlant de l'accord de concession ne peuvent [, en totalité ou en partie,] être cédés à des tiers sans le consentement de l'autorité contractante. L'accord de concession énonce les conditions auxquelles l'autorité contractante [peut donner] [donne] son consentement à une cession des droits et obligations du concessionnaire découlant de l'accord de concession, y compris l'acceptation par le nouveau concessionnaire de toutes les obligations contractées au titre de cette dernière et la production par lui de preuves qu'il possède les capacités techniques et financières nécessaires pour fournir le service."

175. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reflétait la teneur de la recommandation 50.

176. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots "en totalité ou en partie" apparaissant entre crochets, car il a estimé qu'ils avaient davantage leur place dans un contrat que dans un texte législatif. Il est convenu en outre de supprimer les mots "peut donner" apparaissant entre crochets et de supprimer les crochets entourant le mot "donne" dans la première phrase.

177. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 36. Transfert d'un intérêt majoritaire[38] dans la société concessionnaire

178. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"Sauf disposition contraire dans l'accord de concession, un intérêt majoritaire dans la société concessionnaire ne peut être transféré à des tiers sans l'assentiment de l'autorité contractante. L'accord de concession

énonce les conditions dans lesquelles cet assentiment [peut être] [est] donné.

[38]La notion d'"intérêt majoritaire" fait généralement référence au pouvoir de nommer la direction d'une société et d'influencer ou de déterminer son activité. Différents critères peuvent être utilisés dans divers systèmes juridiques ou même dans différents corps de règles au sein du même système, allant de critères formels attribuant un intérêt majoritaire au propriétaire d'une certaine proportion (le plus souvent plus de 50 %) du nombre total combiné de voix attribuées à toutes les catégories d'actions d'une société à des critères plus complexes tenant compte de la structure de direction effective d'une société. Les États adoptants qui n'ont pas de définition réglementaire d'"intérêt majoritaire" peuvent avoir besoin de définir ce terme dans des règlements d'application de la disposition type."

179. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reflétait la teneur de la recommandation 51.

180. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots " peut être" apparaissant entre crochets ainsi que les crochets entourant le mot "est" dans la deuxième phrase. Sous réserve de cette modification, il a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 37. Exploitation de l'infrastructure

181. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. L'accord de concession énonce, selon qu'il convient, l'étendue des obligations imposées au concessionnaire pour assurer:

a) La modification du service afin de répondre à la demande de ce service;

b) La continuité du service;

c) La fourniture du service dans des conditions essentiellement identiques pour 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.

[2. Le concessionnaire a 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.]"

182. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 1 du projet de disposition type reflétait la teneur de la recommandation 53. Il a été souligné que le paragraphe 2, qui reflétait la teneur de la recommandation 55, avait été ajouté entre crochets sur les conseils d'experts extérieurs, bien que le Groupe de travail ait estimé, à sa quatrième session, qu'une disposition type concernant cette question n'était pas nécessaire (voir A/CN.9/505, par. 144).

183. Le Groupe de travail a réexaminé la question de l'opportunité d'inclure une disposition type traitant du droit du concessionnaire de publier et de faire appliquer des règles concernant l'utilisation de l'ouvrage. Il a été fait observer que certains pays qui avaient recours depuis longtemps à la concession de services publics reconnaissaient au concessionnaire le pouvoir d'établir des règles destinées à faciliter la fourniture du service (telles que des instructions à l'intention des usagers ou des règles de sécurité), de prendre des mesures raisonnables pour faire respecter ces règles et de suspendre la fourniture du service en cas d'urgence ou pour des raisons de sécurité. Toutefois, étant donné le caractère essentiel de certains services publics, une autorisation législative peut parfois être nécessaire pour que ce pouvoir puisse être exercé par une entité autre que le gouvernement. Le Groupe de travail est donc convenu qu'il était utile de conserver sans les crochets la disposition contenue dans le paragraphe 3.

184. Le Groupe de travail a donc approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 38. Indemnisation en cas de changements spécifiques dans la législation

185. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"L'accord de concession énonce la mesure dans laquelle le concessionnaire a droit à une indemnisation dans le cas où, pour l'exécution de cet accord, il a engagé des dépenses sensiblement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible qu'il n'était initialement prévu, du fait de changements dans la législation ou la réglementation spécifiquement applicable à l'ouvrage ou au service qu'il fournit."

186. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type était fondé sur la recommandation 58 *c*. On a indiqué qu'un certain nombre d'éléments avaient été ajoutés dans le projet de disposition type compte tenu de la teneur du débat récapitulé aux paragraphes 121 à 130 du chapitre IV du *Guide législatif*.

187. Le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 39. Révision du contrat de concession

188. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

Variante A

"1. Sans préjudice de [*la disposition type 38*], le contrat de concession peut également énoncer la mesure dans laquelle le concessionnaire a le droit d'en demander la révision pour qu'il prévoie une indemnisation dans le cas où, pour l'exécution de ce contrat, il a engagé des dépenses sensiblement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible qu'il n'était initialement prévu, du fait de:

a) Changements dans la situation économique ou financière; ou

b) Changements apportés à la législation ou à la réglementation autres que ceux mentionnés dans [*la disposition type 38*].

2. [Sauf stipulation contraire du contrat de concession], il ne peut être accédé à une demande de révision du contrat de concession faite en vertu du paragraphe 1 que si les changements d'ordre économique, financier, législatif ou réglementaire:

a) Surviennent après la conclusion du contrat;

b) Sont indépendants de la volonté du concessionnaire; et

c) Sont de nature telle qu'on ne pouvait raisonnablement s'attendre que le concessionnaire les ait pris en considération lors de la négociation du contrat de concession ou en ait évité ou surmonté les conséquences.

3. Le contrat de concession établit des procédures de révision des clauses qu'il contient en cas de tels changements."

Variante B

"Sans préjudice de [*la disposition type 38*], le contrat de concession peut également énoncer la mesure dans laquelle le concessionnaire a le droit d'en demander la révision pour qu'il prévoie une indemnisation dans le cas où, pour l'exécution de ce contrat, il a engagé des dépenses sensiblement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible qu'il n'était initialement prévu, du fait de changements dans la situation économique ou financière ou de changements apportés à la législation ou à la réglementation autres que ceux mentionnés dans [*la disposition type 38*]."

189. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type était fondé sur la recommandation 58 *c*. On a indiqué qu'un certain nombre d'éléments avaient été ajoutés dans le projet de disposition type compte tenu de la teneur du débat qui était récapitulé aux paragraphes 121 à 130 du chapitre IV du *Guide législatif*.

190. On a noté qu'il n'y avait pas de différence sur le fond entre le paragraphe 1 de la variante A et la variante B. On a déclaré que, comme les questions qui faisaient l'objet du paragraphe 2 de la variante A étaient normalement traitées dans le contrat de concession et non dans la législation, seule la variante B devrait être retenue. La variante A devrait être supprimée, et son paragraphe 3 devrait être ajouté à la nouvelle disposition en tant que paragraphe 2. On a estimé qu'en remaniant ainsi les dispositions, on simplifierait le texte sans rien enlever au fond ni omettre aucun élément essentiel.

191. Selon un autre point de vue, même s'il était vrai que la variante B reprenait sur le fond la variante A sous une forme plus succincte, les deux variantes devaient être conservées. À tout le moins, le paragraphe 2 de la variante A devait être maintenu, car il apportait aux États adoptants des indications importantes concernant les circonstances qui pourraient entraîner une révision du contrat de concession. Ces indications étaient d'autant plus importantes que la révision d'un contrat par suite d'une situation difficile avait un caractère exceptionnel.

192. Après un débat, l'avis a été que l'on pourrait concilier les deux points de vue en supprimant la variante B et en insérant les alinéas *a*, *b* et *c* du paragraphe 2 de la variante A au paragraphe 1 de cette même variante et en les faisant précéder des mots "et à condition que". Une telle modification simplifierait le projet de disposition type, ferait mieux apparaître le rapport entre les paragraphes 1 et 2 de la variante A et laisserait intact le fond du paragraphe 2 de la variante A. Le Groupe de travail a souscrit à cette suggestion.

193. En ce qui concerne le paragraphe 1, on a suggéré de remplacer, aux première et deuxième lignes, les mots "peut également énoncer" par les mots "énonce également" et aux deuxième et troisième lignes les mots "a le droit d'en demander la révision" par les mots "a le droit d'en obtenir la révision". On a noté que ce libellé simplifierait le projet de disposition type et serait plus proche, à la fois sur le fond et dans la forme, de la recommandation 58 *c*. Le Groupe de travail a souscrit à cette suggestion.

194. Afin de mieux faire ressortir la différence entre le projet de disposition type 38 et le projet de disposition type 39, on a suggéré de remplacer, à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de ce dernier, les mots "autres que ceux mentionnés dans la [*disposition type 38*]" par les mots "qui ne sont pas spécifiquement applicables à l'ouvrage ou au service qu'il fournit". Le Groupe de travail a souscrit à cette suggestion.

195. On a noté que le projet de disposition type n'abordait pas la question des conséquences qu'aurait un désaccord entre l'autorité contractante et le concessionnaire concernant la révision du contrat de concession. On a répondu que cette question était traitée dans le projet de disposition type 44. Le Groupe de travail est convenu d'y revenir lorsqu'il examinerait cette disposition.

196. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de disposition type et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 40. Reprise d'un projet d'infrastructure par l'autorité contractante

197. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"Dans les cas prévus par le contrat de concession, l'autorité contractante a le droit d'assurer temporairement l'exploitation de l'ouvrage afin de garantir la continuité du service dans de bonnes conditions dans le cas où le concessionnaire aurait gravement manqué à ses obligations et n'aurait pas remédié à ce manquement dans un délai raisonnable après avoir été mis en demeure de le faire par elle."

198. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type était fondé sur la recommandation 59.

199. Le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 41. Substitution de concessionnaire

200. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"L'autorité contractante et les entités octroyant un financement pour un projet d'infrastructure peuvent convenir de procédures pour substituer au concessionnaire une nouvelle personne physique ou morale désignée pour exécuter le projet dans le cadre du contrat de concession en vigueur en cas de manquement grave du concessionnaire initial ou de survenance d'autres

événements pouvant, autrement, justifier la résiliation du contrat ou encore dans d'autres cas similaires, que l'autorité contractante et les entités octroyant un financement pour un projet d'infrastructure peuvent déterminer d'un commun accord[39]."

[39]La substitution, au concessionnaire, d'une autre entité proposée par les prêteurs et acceptée par l'autorité contractante suivant les conditions convenues entre eux, vise à permettre aux parties d'éviter les conséquences préjudiciables de la résiliation du contrat de concession (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 147 à 150). Les parties peuvent souhaiter d'abord prendre d'autres mesures pratiques, éventuellement de manière échelonnée, telles que la reprise temporaire du projet par les prêteurs ou un administrateur provisoire désigné par eux, ou encore la réalisation de la sûreté que les prêteurs détiennent sur les actions de la société concessionnaire par la vente de ces dernières à un tiers acceptable pour l'autorité contractante."

201. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type était fondé sur la recommandation 60.

202. On a suggéré de mentionner aussi dans la disposition le concessionnaire parmi les parties à l'accord énonçant les modalités et conditions de la substitution. On a aussi suggéré de limiter les circonstances entraînant la substitution à un grave manquement par le concessionnaire aux obligations lui incombant en vertu du contrat de concession. Le Groupe de travail n'a pas souscrit à ces suggestions, estimant qu'elles s'écartaient de la politique générale sur laquelle reposait le *Guide législatif*.

203. On a suggéré, dans un souci d'exhaustivité, d'ajouter les mots "droit de ces entités" avant les mots "de procédures", et de remplacer les mots "peuvent convenir" par les mots "peut convenir" et de les insérer à la première ligne après les mots "l'autorité contractante", de façon qu'il ressorte bien qu'il s'agissait dans le projet de disposition type d'une autorisation. Afin de simplifier le texte, le Groupe de travail a aussi décidé de supprimer la dernière partie de la disposition, estimant que les "autres cas similaires" seraient de toute façon définis dans le contrat de concession et que cela n'enlèverait rien au fond du projet de disposition type.

204. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de disposition type et l'a renvoyé au groupe de rédaction avec les modifications proposées.

IV. Durée, prorogation et résiliation du contrat de concession

1. Durée et prorogation du contrat de concession

Disposition type 42. Durée et prorogation du contrat de concession

205. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. La durée du contrat de concession, telle que stipulée conformément à [*l'alinéa* p *de la disposition type 27*], n'est pas prorogée sauf à la suite des événements 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; ou

c) [*Autres événements spécifiés par l'État adoptant.*]

2. La durée du contrat de concession peut par ailleurs être prorogée pour permettre au concessionnaire d'amortir des frais supplémentaires dus à des exigences de l'autorité contractante non prévues initialement dans l'accord, si le concessionnaire n'est pas en mesure de les amortir pendant la durée initiale."

206. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reprenait sur le fond les recommandations 61 et 62.

207. On a fait observer que le projet de disposition type était trop strict, en particulier son alinéa *c*, car il ne donnait pas à l'autorité contractante et au concessionnaire la possibilité de se mettre d'accord pour proroger le contrat de concession. On a répondu que la disposition suivait sur ce point le *Guide législatif* qui spécifiait qu'une telle prorogation ne devait être autorisée que si la loi de l'État adoptant en prévoyait la possibilité. Le Groupe de travail a, pour cette raison, décidé de maintenir inchangé le corps du texte de la disposition.

208. Il a alors été suggéré d'ajouter à la disposition une note visant à rappeler aux États adoptants qu'ils pouvaient envisager la possibilité d'une prorogation du contrat de concession par accord mutuel entre l'autorité contractante et le concessionnaire pour des raisons impérieuses d'intérêt général. Le Groupe de travail a souscrit à cette suggestion.

209. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

2. Résiliation du contrat de concession

Disposition type 43. Résiliation du contrat de concession par l'autorité contractante

210. Le texte du projet de disposition type était le suivant.

"L'autorité contractante peut résilier le contrat de concession:

a) Lorsque l'on ne peut plus raisonnablement s'attendre 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 du versement d'une indemnité au concessionnaire, comme convenu dans le contrat de concession;

c) [*Autres cas que l'État adoptant souhaiterait peut-être ajouter dans la Loi.*]"

211. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reprenait sur le fond la recommandation 63.

212. On a suggéré d'ajouter le mot "impérieuses" après le mot "raisons" à l'alinéa *b*. On a fait observer qu'on se rapprocherait ainsi du *Guide législatif* et qu'une telle

modification aurait le mérite d'assurer la cohérence avec la note ajoutée au projet de disposition type 42. Afin d'éclairer les États adoptants sur la signification de la notion de raisons "impérieuses" d'intérêt général, on a suggéré d'ajouter à l'alinéa *b* une note renvoyant au texte pertinent du *Guide législatif*.

213. Le Groupe de travail a souscrit à ces suggestions, a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 44. Résiliation du contrat de concession par le concessionnaire

214. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"Le concessionnaire ne peut résilier le contrat de concession sauf dans les cas suivants:

a) Manquement grave de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique aux obligations contractées en vertu du contrat de concession;

b) Exécution des obligations du concessionnaire rendue sensiblement plus onéreuse en raison d'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 du contrat de concession."

215. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reprenait sur le fond la recommandation 64.

216. On a suggéré de remanier le libellé de la disposition, en particulier celui de l'alinéa *b*, compte tenu des modifications apportées au projet de disposition 39. On a déclaré que le nouveau texte devrait en particulier faire ressortir que le concessionnaire ne devait être en mesure de résilier le contrat de concession que lorsque toutes les conditions énoncées dans la version modifiée du projet de disposition type 39 étaient réunies et que les négociations concernant une révision appropriée du contrat de concession avaient échoué.

217. On a aussi suggéré de remanier le libellé de l'alinéa *b* au motif que la nature des actes d'autres autorités publiques susceptibles d'ouvrir au concessionnaire le droit de résilier le contrat de concession n'était pas claire. On a répondu qu'il fallait entendre par là des actes tels que ceux qui avaient été inclus aux alinéas *h* et *i* du projet de disposition type 27. Il pourrait donc suffire, pour clarifier le projet de disposition type 44 sur ce point, d'y ajouter un renvoi à ces dispositions.

218. Après l'examen de diverses variantes, dont des amendements reprenant les termes du projet de disposition 39, on a suggéré d'ajouter les mots "ou omissions" après le mot "actes". On a aussi suggéré de supprimer le mot "appropriée" figurant après le mot "révision" de façon à ne pas donner l'impression que la révision du contrat de concession convenue par les parties devait faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Le Groupe de travail a souscrit à ces suggestions.

219. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 45. Résiliation de l'accord de concession par l'une ou l'autre partie

220. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"L'une ou l'autre partie a le droit de résilier le contrat de concession lorsque l'exécution de ses obligations est rendue impossible par des événements échappant à son contrôle raisonnable. Les parties ont en outre le droit de résilier le contrat par consentement mutuel."

221. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reprenait sur le fond la recommandation 65.

222. Par souci de cohérence, le Groupe de travail a décidé de remplacer, dans la version anglaise, "*has*" figurant à la première ligne par les mots "*shall have*", et d'ajouter le mot "*shall*" avant les mots "*also have*" figurant à la troisième ligne.

223. On a aussi émis l'avis qu'il faudrait reformuler la disposition de façon plus précise, le mot "*impossible*" pouvant être interprété comme renvoyant à l'impossibilité permanente ou temporaire pour l'une des parties d'exécuter les obligations prévues au contrat de concession. Le Groupe de travail n'a toutefois pas souscrit à cette suggestion, estimant que le *Guide législatif* apportait aux États adoptants des indications suffisantes sur ce point.

224. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

3. Arrangements lors de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de concession

Disposition type 46. Arrangements financiers lors de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de concession

225. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"L'accord de concession spécifie les modalités de calcul de l'indemnisation due à l'une ou l'autre partie en cas de résiliation de l'accord, notamment, s'il y a lieu, l'indemnisation correspondant à la juste valeur des travaux réalisés en application de l'accord, aux dépenses engagées ou aux pertes subies par l'une ou l'autre partie, y compris, selon qu'il convient, au manque à gagner."

226. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reflétait la teneur de la recommandation 67.

227. Le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 47. Liquidation et mesures de transfert

228. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"L'accord de concession [peut énoncer] [énonce], selon les cas, les droits et obligations des parties concernant:

a) Les mécanismes et les procédures de transfert de biens à l'autorité contractante, selon qu'il convient;

b) Le transfert de technologie requis pour l'exploitation de l'ouvrage;

c) La formation du personnel de l'autorité contractante ou d'un nouveau concessionnaire à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage;

d) La fourniture, par le concessionnaire, de services et de ressources d'appui sans interruption, y compris 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."

229. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reflétait la teneur de la recommandation 68, qu'il complétait par un alinéa supplémentaire *a* de manière à couvrir la plupart des questions mentionnées aux paragraphes 37 à 42 du chapitre V du *Guide législatif.*

230. Sous réserve que les mots "peut énoncer" soient supprimés et que le mot "énonce" soit conservé sans les crochets à la première phrase, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

V. Règlement des différends

Disposition type 48. Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire

231. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

Variante A

"Tout différend entre l'autorité contractante et le concessionnaire est réglé grâce aux mécanismes de règlement des différends convenus par les parties dans l'accord de concession [conformément à la loi du présent État]".

Variante B

"L'autorité contractante est libre de convenir des mécanismes les mieux adaptés aux besoins du projet d'infrastructure pour régler les différends susceptibles de survenir entre les parties à l'accord de concession."

232. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type comportait deux variantes pour traduire le principe énoncé dans la recommandation 69.

233. Un certain appui a été exprimé en faveur du maintien de la variante B qui, de l'avis de certaines délégations, soulignait bien qu'une disposition législative donnant à l'autorité contractante la liberté de choisir les mécanismes de règlement des différends était nécessaire. Toutefois, ce sont les opinions favorables à la suppression de la variante B et au maintien de la variante A, avec certains ajustements, qui l'ont emporté.

234. Il a été souligné qu'une fois promulgué le projet de disposition type ferait partie intégrante de la législation de l'État adoptant. Par conséquent, on a estimé qu'en faisant référence dans la variante A à d'autres lois de l'État adoptant, on risquait de priver le projet de disposition type de son utilité. Bien que l'idée de supprimer les mots "conformément à la loi du présent État" dans la variante A ait bénéficié d'un large appui, on a également fait remarquer qu'il serait déplacé de donner à penser que l'on puisse ne pas tenir compte des lois de l'État adoptant éventuellement applicables en la matière. Il a été indiqué que les lois de certains pays prévoyaient déjà des mécanismes de règlement des différends qui étaient considérés comme bien adaptés aux besoins des projets d'infrastructure à financement privé. Les parties au contrat de concession ne devraient pas être dissuadées d'opter pour ces mécanismes lorsqu'ils existent. Toutefois, telle qu'elle était rédigée, la variante A donnait à penser que des mécanismes de règlement des différends appropriés devaient être créés dans chaque cas par les parties elles-mêmes.

235. Après avoir examiné diverses propositions pour tenir compte de ces préoccupations, le Groupe de travail a décidé de supprimer les mots "conformément à la loi du présent État" dans la variante A et d'ajouter au projet de disposition type une note indiquant que l'État adoptant pouvait prévoir dans sa législation des mécanismes de règlement de différends qui soient les mieux adaptés aux besoins des projets d'infrastructure à financement privé.

236. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 49. Différends impliquant le concessionnaire et ses prêteurs, entrepreneurs et fournisseurs

237. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. Le concessionnaire et ses actionnaires sont libres de choisir les mécanismes appropriés pour régler leurs différends.

2. Le concessionnaire est libre de convenir des mécanismes appropriés pour régler les différends entre lui et ses prêteurs, entrepreneurs, fournisseurs et autres partenaires commerciaux."

238. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reflétait la teneur de la recommandation 70.

239. Le Groupe de travail est convenu que le projet de disposition type devait être inséré après le projet de disposition type 50 et que son titre devrait être modifié de manière à se lire comme suit: "Autres différends". Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 50. Différends avec des clients ou usagers de l'ouvrage

240. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"[Lorsque le concessionnaire fournit des services à la population ou exploite des ouvrages accessibles à la population, l'autorité contractante peut exiger de lui qu'il établisse des mécanismes simplifiés et efficaces pour traiter les réclamations émanant de ses clients ou d'usagers de l'ouvrage.]"

241. On a fait observer que ce projet de disposition type, dont l'inclusion avait été suggérée par des experts consultés par le secrétariat, figurait entre crochets, car le Groupe de travail n'avait demandé aucun projet de disposition type concernant la recommandation 71 (voir A/CN.9/505, par. 174).

242. Des avis très favorables au maintien du projet de disposition type ont été exprimés, celui-ci étant jugé essentiel dans un texte législatif concernant les projets d'infrastructure. On a fait observer que ce projet de disposition soulignait la nécessité de prévoir des mesures appropriées pour protéger les droits des usagers des services publics et des ouvrages, ce qui constituait un souci important dans de nombreux systèmes juridiques.

243. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les crochets entourant le projet de disposition type, qu'il a approuvé quant au fond et renvoyé au groupe de rédaction.

ANNEXE

PROJET DE DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES SUR LES PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

I. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Avant-propos

Les dispositions législatives types qui suivent (ci-après appelées les "dispositions types") ont été élaborées par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) en tant qu'additif à son Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé *(ci-après appelé le "*Guide législatif*"), qu'elle a adopté en 2000. Elles ont pour objet d'aider plus avant les organes législatifs nationaux à mettre en place un cadre législatif favorable aux projets d'infrastructure à financement privé. Il est conseillé de les lire conjointement avec les recommandations concernant la législation et les notes figurant dans le* Guide législatif*, qui fournissent une analyse des différentes questions (financières, réglementaires, juridiques, de politique et autres) liées au sujet examiné.*

Les dispositions types sont un ensemble de dispositions fondamentales portant sur des questions qu'il importe d'aborder dans les textes législatifs ayant spécifiquement trait aux projets d'infrastructure à financement privé. Bien qu'elles renvoient pour la plupart à des recommandations particulières formulées dans le Guide législatif*, elles ne couvrent pas tout l'éventail des questions abordées par ces dernières. En particulier, il n'y a aucune disposition type sur des questions administratives ou institutionnelles, comme celles qui sont traitées dans les recommandations 1 et 5 à 13.*

Les dispositions types sont conçues pour être appliquées et complétées par des règlements plus détaillés, et les domaines pour lesquels un règlement serait plus approprié qu'une loi sont signalés. Par ailleurs, la réalisation avec succès de projets d'infrastructure à financement privé suppose, au-delà de la mise en place d'un cadre législatif approprié, l'existence de divers paramètres, tels que des structures et des pratiques administratives adéquates, des moyens organisationnels, des compétences techniques, juridiques et financières, des ressources humaines et financières suffisantes ainsi qu'une économie stable.

Il convient de noter que les dispositions types n'abordent pas d'autres domaines du droit qui ont également un impact sur les projets d'infrastructure à financement privé, mais sur lesquels aucune recommandation n'est formulée dans le Guide législatif*, par exemple, la promotion et la protection des investissements, le droit des biens, les sûretés, les règles et procédures d'expropriation, le droit général des contrats, les règles applicables aux marchés publics et le droit administratif, le droit fiscal, la protection de l'environnement et les lois relatives à la protection des consommateurs.*

Pour la commodité du lecteur, les intitulés qui précèdent les dispositions types reprennent le plus fidèlement possible les titres des chapitres et recommandations correspondants du Guide législatif*. Toutefois, dans un souci d'uniformisation du style, quelques titres ont été modifiés et d'autres ont été ajoutés de manière à refléter le contenu des dispositions auxquelles ils se rapportent.*

Disposition type 1. Préambule

*[*Voir recommandation 1 et chap. I[er], par. 2 à 14*]*

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable d'établir un cadre législatif favorable pour promouvoir et faciliter l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé en accroissant la transparence, l'équité ainsi que la viabilité à long terme de ces projets et en éliminant les restrictions inopportunes à la participation du secteur privé à la construction et à l'exploitation des infrastructures;

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de renforcer davantage les principes généraux de transparence, d'économie et d'équité dans l'attribution de marchés par les autorités publiques en établissant des procédures précises pour l'attribution des projets d'infrastructure;

[*Autres objectifs que l'État adoptant souhaiterait éventuellement indiquer;*]

Le [Gouvernement] [Parlement] ... adopte la loi ci-après:

Disposition type 2. Définition

*[*Voir introduction, par. 9 à 20*]*

Aux fins de la présente Loi:

a) Le terme "*ouvrage*" désigne des installations matérielles et des systèmes qui fournissent directement ou indirectement des services à la population;

b) Le terme "*projet d'infrastructure*" désigne la conception, la construction, la mise en service et l'exploitation de nouveaux ouvrages ou la rénovation, la modernisation, l'expansion ou l'exploitation d'ouvrages existants;

c) Le terme "*autorité contractante*" désigne l'autorité publique qui a le pouvoir de conclure un contrat de concession pour l'exécution d'un projet d'infrastructure [conformément aux dispositions de la présente Loi][a];

[a] Il est à noter que l'autorité visée dans cette définition est uniquement habilitée à conclure des contrats de concession. Suivant le régime réglementaire de l'État adoptant, un organisme distinct, appelé "organisme de réglementation" à l'alinéa *h*, peut être chargé d'édicter des règles et règlements régissant la prestation des services prévus.

d) Le terme "*concessionnaire*" désigne la personne qui exécute un projet d'infrastructure dans le cadre d'un contrat de concession conclu avec une autorité contractante;

e) Le terme "*contrat de concession*" désigne le ou les accords liant mutuellement l'autorité contractante et le concessionnaire qui énoncent les conditions d'exécution d'un projet d'infrastructure;

f) Les termes "*soumissionnaire*" et "*soumissionnaires*" désignent des personnes ou des groupes de personnes qui participent à des procédures de sélection concernant un projet d'infrastructure[b];

g) Le terme "*proposition spontanée*" désigne toute proposition relative à l'exécution d'un projet d'infrastructure qui n'est pas soumise en réponse à une sollicitation de propositions publiée par l'autorité contractante dans le cadre d'une procédure de sélection;

h) Le terme "*organisme de réglementation*" désigne une autorité publique qui est chargée d'édicter et de faire appliquer des règles et des règlements régissant l'ouvrage ou la prestation des services prévus[c].

Disposition type 3. Pouvoir de conclure des contrats de concession

*[*Voir recommandation 2 et chap. I[er], par. 15 à 18*]*

Les autorités publiques ci-après ont le pouvoir de conclure des contrats de concession[d] pour l'exécution de projets d'infrastructure relevant de leur compétence respective: [*l'État adoptant indique les autorités publiques du pays hôte qui sont habilitées à conclure des contrats de concession en insérant soit une liste exhaustive ou indicative de ces autorités, soit une liste des types ou catégories d'autorités concernés, soit encore une combinaison des deux*][e].

[b]Le terme "soumissionnaire" ou "soumissionnaires" désigne, selon le contexte, soit des personnes qui ont sollicité une invitation à participer à une procédure de présélection, soit des personnes qui ont soumis une proposition en réponse à une sollicitation de propositions émanant de l'autorité contractante.

[c]Il faudra peut-être définir la composition, la structure et les fonctions de cet organisme de réglementation dans un texte législatif spécial (voir recommandations 7 à 11 et chap. I[er], "Cadre législatif et institutionnel général", par. 30 à 53).

[d]Il est souhaitable d'établir des mécanismes institutionnels 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 (voir recommandation 6 et chap. I[er], "Cadre législatif et institutionnel général", par. 23 à 29). En outre, pour les pays qui envisagent de fournir un certain type d'appui aux projets d'infrastructure, il peut être utile que les textes correspondants, tels que les lois ou règlements régissant les activités des organismes publics autorisés à fournir un tel appui, indiquent clairement quels sont les organismes habilités en la matière et quelle forme peut revêtir cet appui (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics").

[e]Les États adoptants auraient généralement deux possibilités pour compléter la présente disposition type. La première serait d'insérer une liste d'autorités habilitées à conclure des contrats de concession soit dans la disposition elle-même, soit dans une annexe. La seconde serait d'indiquer dans une disposition les niveaux de l'État autorisés à conclure de tels contrats, sans désigner nommément les autorités publiques concernées. S'agissant d'un État fédéral, par exemple, cette disposition pourrait mentionner l'"Union, les États [ou provinces] et les municipalités". En tout état de cause, il est souhaitable que les États adoptants qui veulent insérer une liste exhaustive envisagent des mécanismes permettant de revoir celle-ci en cas de besoin. Ils pourraient à cette fin faire figurer ladite liste dans une annexe à la loi ou dans un règlement d'application de la loi susceptible d'être adopté.

Disposition type 4. Secteurs d'infrastructure dans lesquels des contrats de concession peuvent être conclus

*[*Voir recommandation 4 et chap. I[er], par. 19 à 22*]*

Des contrats de concession peuvent être conclus par les autorités compétentes dans les secteurs suivants: [*l'État adoptant indique les secteurs concernés en insérant une liste exhaustive ou indicative*][f].

II. SÉLECTION DU CONCESSIONNAIRE

Disposition type 5. Règles régissant la procédure de sélection

*[*Voir recommandation 14 et chap. III, par. 1 à 33*]*

La sélection du concessionnaire est effectuée conformément aux [*dispositions types 6 à 26*] et, pour les matières non régies ci-après, conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui prévoient des procédures de mise en compétition transparentes et efficaces pour l'attribution des marchés publics*][g].

1. Présélection des soumissionnaires

Disposition type 6. Objet de la présélection et procédure de présélection

*[*Voir recommandation 15 et chap. III, par. 34 à 50*]*

1. L'autorité contractante engage une procédure de présélection afin d'identifier les soumissionnaires ayant les qualifications voulues pour exécuter le projet d'infrastructure envisagé.

[f]Il est souhaitable que les États adoptants qui veulent insérer une liste exhaustive envisagent des mécanismes permettant de revoir celle-ci en cas de besoin. Ils pourraient à cette fin faire figurer ladite liste dans une annexe à la loi ou dans un éventuel règlement d'application.

[g]Il convient de noter la relation entre les procédures de sélection du concessionnaire et le cadre législatif général régissant l'attribution des marchés publics dans l'État adoptant. Si certains éléments de compétition structurée existant dans les méthodes traditionnelles de passation des marchés peuvent être utilement appliqués, il faut néanmoins introduire un certain nombre d'adaptations pour tenir compte des exigences particulières des projets d'infrastructure à financement privé, telles qu'une phase de présélection clairement définie, une certaine souplesse dans la formulation des sollicitations de propositions, des critères d'évaluation spéciaux et une certaine latitude pour négocier avec les soumissionnaires. Les procédures de sélection décrites dans le présent chapitre s'inspirent dans une large mesure de la principale méthode de passation des marchés de services prévue dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, adoptée par la Commission à sa vingt-septième session, tenue à New York du 31 mai au 17 juin 1994 (ci-après appelée la "Loi type sur la passation des marchés"). Les dispositions types relatives à la sélection du concessionnaire n'ont pas pour objet de remplacer ni de reproduire la totalité des règles de l'État adoptant sur la passation des marchés publics, mais plutôt d'aider les législateurs nationaux à élaborer des règles s'appliquant spécialement à la sélection du concessionnaire. Elles partent du principe qu'il existe dans l'État adoptant un cadre général pour l'attribution des marchés publics prévoyant des procédures de mise en compétition transparentes et efficaces conformément aux règles énoncées dans la Loi type sur la passation des marchés. Aussi n'abordent-elles pas un certain nombre d'aspects procéduraux d'ordre pratique qui seraient normalement traités dans un régime général adéquat de passation des marchés. C'est le cas, par exemple, des points suivants: modalités de publication des avis, procédures de publication des sollicitations de propositions, conservation des actes et informations concernant la procédure de passation, possibilité de divulguer des informations au public, garanties de soumission et procédures de recours. Lorsqu'il y a lieu, les notes accompagnant les dispositions types renvoient aux dispositions de la Loi type sur la passation des marchés qui peuvent, *mutatis mutandis*, compléter les éléments pratiques de la procédure de sélection exposée dans le présent chapitre.

2. L'invitation à participer à la procédure de présélection est publiée conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation régissant la publication des invitations à participer aux procédures de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs*].

3. Dans la mesure où [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent le contenu des invitations à participer à la procédure de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs*] ne l'exigent pas déjà[h], l'invitation à participer à la procédure de présélection contient au minimum les renseignements suivants:

a) Une description de l'ouvrage à construire ou à rénover;

b) L'indication des autres éléments essentiels du projet, tels que les services devant être fournis par le concessionnaire, les arrangements financiers envisagés par l'autorité contractante (par exemple si le projet sera entièrement financé par des droits ou redevances ou si des fonds publics peuvent être octroyés au concessionnaire sous la forme de versements directs, de prêts ou de garanties); et

c) Lorsqu'elles sont connues, un résumé des principales clauses du contrat de concession qui sera conclu;

d) Le mode et le lieu de soumission des demandes de présélection ainsi que le délai de soumission, consistant en une date et une heure précises et laissant suffisamment de temps aux soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs demandes;

e) Le mode et le lieu de soumission des demandes de dossier de présélection.

4. Dans la mesure où [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la teneur du dossier de présélection devant être communiqué aux fournisseurs et aux entrepreneurs dans le cadre d'une procédure de présélection*], ne l'exigent pas déjà[i], le dossier de présélection indique au minimum les éléments suivants:

a) Les critères de présélection prévus dans la [*disposition type 7*];

b) Si l'autorité contractante a l'intention de renoncer à appliquer les restrictions prévues dans la [*disposition type 8*] concernant la participation de consortiums;

c) Si l'autorité contractante a l'intention de demander à un nombre limité[j] seulement de soumissionnaires présélectionnés de soumettre des propositions une fois la procédure de présélection terminée conformément au [*par. 2 de la disposition type 9*] et, le cas échéant, la façon dont cette sélection sera effectuée;

d) Si l'autorité contractante a l'intention de demander au soumissionnaire retenu de fonder une personne morale indépendante, constituée et incorporée selon les lois du [*présent État*] conformément à la [*disposition type 29*].

5. S'agissant des matières non régies par [*la présente disposition type*], la procédure de présélection est conduite conformément au [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur la passation des marchés publics qui régissent la conduite de la procédure de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs*[k]].

Disposition type 7. Critères de présélection

*[*Voir recommandation 15 et chap. III, par. 34 à 40, 43 et 44*]*

Pour être admis à la procédure de sélection, les soumissionnaires intéressés doivent satisfaire aux critères[l] justifiables objectivement que l'autorité contractante juge appropriés pour la procédure envisagée, tels qu'ils sont indiqués dans le dossier de présélection. Ces critères sont au minimum les suivants:

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, notamment 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 ce projet;

c) Posséder des capacités de gestion et d'organisation appropriées, être fiable et avoir une expérience, notamment de l'exploitation d'ouvrages similaires.

Disposition type 8. Participation de consortiums

*[*Voir recommandation 16 et chap. III, par. 41 et 42*]*

1. Lorsqu'elle invite initialement les soumissionnaires à participer à la procédure de sélection, l'autorité contractante les autorise à constituer des consortiums soumissionnaires. Les renseignements demandés aux membres d'un consortium soumissionnaire pour démontrer leurs qualifications conformément à la [*disposition type 7*] concernent à la fois le consortium dans son ensemble et chacun de ses participants.

2. Sauf [autorisation contraire de … [*l'État adoptant indique l'autorité compétente*] et] indication contraire dans le dossier de présélection, chaque membre d'un consortium ne peut participer, directement ou indirectement, qu'à un seul consortium[m]. Toute infraction à cette règle entraîne la disqualification du consortium et de ses différents membres.

---

[h] On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans une invitation à participer à une procédure de présélection au paragraphe 2 de l'article 25 de la Loi type sur la passation des marchés.

[i] On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans un dossier de présélection au paragraphe 3 de l'article 7 de la Loi type sur la passation des marchés.

[j] Dans certains pays, des principes directeurs pratiques sur les procédures de sélection encouragent les autorités contractantes nationales à limiter les soumissions de propositions au plus petit nombre possible suffisant pour garantir une véritable concurrence (trois ou quatre, par exemple). La façon dont les systèmes de notation (en particulier quantitative) peuvent être utilisés pour arriver à ce nombre est examinée dans le *Guide législatif* (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 48 et 49). Voir également la note *m*.

[k] Les paragraphes 2 à 7 de l'article 7 de la Loi type sur la passation des marchés décrivent différents aspects de la procédure de présélection, notamment la façon dont les demandes d'éclaircissements sont traitées et l'obligation d'information qui incombe à l'autorité contractante, concernant sa décision sur les qualifications des soumissionnaires.

[l] Les lois de certains pays prévoient une forme ou une autre de traitement préférentiel pour les entreprises nationales ou accordent un traitement spécial aux soumissionnaires qui s'engagent à utiliser des produits fabriqués dans le pays ou à employer de la main-d'œuvre locale. Les différents problèmes posés par les préférences nationales sont examinés dans le *Guide législatif* (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 43 et 44). Ce dernier indique que les pays souhaitant offrir des incitations aux fournisseurs nationaux peuvent éventuellement appliquer ces préférences sous la forme de critères d'évaluation spéciaux au lieu d'exclure systématiquement les fournisseurs étrangers. En tout état de cause, lorsque des préférences nationales sont envisagées, elles devraient être annoncées à l'avance, de préférence dans l'invitation à participer à la procédure de présélection.

[m] L'interdiction faite aux soumissionnaires de participer à plus d'un consortium pour soumettre des propositions concernant le même projet vise à réduire le risque de fuite de renseignements ou de collusion entre consortiums concurrents. La disposition type envisage néanmoins la possibilité d'exceptions particulières à cette règle dans le cas, par exemple, où seulement une entreprise ou un nombre limité d'entreprises seraient susceptibles de fournir un bien ou un service essentiel à l'exécution du projet.

3. Lors de l'examen des qualifications des consortiums soumissionnaires, l'autorité contractante prend en considération les capacités des différents membres du consortium et détermine si la combinaison de ces qualifications permet de répondre aux besoins de toutes les phases du projet.

Disposition type 9. Décision concernant la présélection

*[*Voir recommandations 17 (pour le paragraphe 2) et 25 (pour le paragraphe 3) et chap. III, par. 47 à 50*]*

1. L'autorité contractante prend une décision sur les qualifications de chaque soumissionnaire ayant soumis une demande de présélection. Pour prendre cette décision, elle n'applique que les critères énoncés dans le dossier de présélection. Tous les soumissionnaires présélectionnés sont ensuite invités par l'autorité contractante à soumettre des propositions conformément aux [*dispositions types 10 à 16*].

2. Nonobstant le paragraphe 1, l'autorité contractante peut, à condition d'avoir fait une déclaration appropriée à cet effet dans le dossier de présélection, se réserver le droit de solliciter des propositions uniquement d'un nombre limité[n] de soumissionnaires répondant le mieux aux critères de présélection une fois la procédure de présélection terminée. À cette fin, elle note les soumissionnaires qui satisfont aux critères de présélection en se fondant sur les critères appliqués pour évaluer leurs qualifications et établit la liste des soumissionnaires qui seront invités à soumettre des propositions une fois la phase de présélection terminée. En établissant la liste, l'autorité contractante applique uniquement le mode de notation qui est prévu dans le dossier de présélection.

2. Procédure de sollicitation de propositions

Disposition type 10. Sollicitation de propositions en une étape ou en deux étapes

*[*Voir recommandations 18 et 19 et chap. III, par. 51 à 58*]*

1. L'autorité contractante fournit un exemplaire de la sollicitation de propositions et des documents connexes publiés conformément à la [*disposition type 11*] à chaque soumissionnaire présélectionné qui en acquitte le prix éventuellement demandé.

2. 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'estime pas possible de décrire dans la sollicitation de propositions les caractéristiques du projet, telles que le cahier des charges, les indicateurs de résultats, les arrangements financiers ou les clauses contractuelles de manière suffisamment détaillée et précise pour permettre la rédaction de propositions définitives.

3. En cas de procédure en deux étapes, les dispositions ci-après s'appliquent:

a) Les soumissionnaires sont invités, dans la sollicitation initiale de propositions, à soumettre, lors de la première étape de la procédure, des propositions initiales concernant le cahier des charges, les indicateurs de résultats, les besoins de financement ou d'autres caractéristiques du projet ainsi que les principales clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante[o];

b) L'autorité contractante peut convoquer des réunions et tenir des discussions avec l'un quelconque des soumissionnaires afin de clarifier certains points concernant la sollicitation initiale de propositions ou les propositions initiales et les documents joints présentés par les soumissionnaires. Elle dresse un procès-verbal de ces réunions ou discussions dans lequel elle indique les points qui ont été soulevés et les éclaircissements qu'elle a fournis;

c) Après examen des propositions reçues, l'autorité contractante peut revoir et, selon qu'il convient, réviser la sollicitation initiale de propositions en supprimant ou en modifiant tout aspect du cahier des charges, des indicateurs de résultats ou des besoins de financement initiaux, ou encore d'autres caractéristiques du projet, y compris les principales clauses contractuelles, et tout critère d'évaluation et de comparaison des propositions ainsi que de détermination du soumissionnaire à retenir, tels qu'ils sont définis dans cette sollicitation de même qu'en y ajoutant d'autres caractéristiques ou des critères. L'autorité contractante indique dans les actes relatifs à la procédure de sélection devant être conservés conformément à [*la disposition type 25*] les motifs de toute révision de la sollicitation. Les suppressions, modifications ou ajouts éventuels sont portés à la connaissance des soumissionnaires dans l'invitation à soumettre des propositions définitives;

d) Durant la deuxième étape de la procédure, l'autorité contractante invite les soumissionnaires à soumettre des propositions définitives correspondant à un ensemble unique de spécifications du cahier des charges, d'indicateurs de résultats ou de clauses contractuelles conformément aux [*dispositions types 11 à 16*].

Disposition type 11. Teneur de la sollicitation de propositions

*[*Voir recommandation 20 et chap. III, par. 59 à 70*]*

Dans la mesure où [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la teneur des sollicitations de propositions*] ne l'exigent pas déjà[p], la sollicitation de propositions comporte au minimum les renseignements suivants:

a) Renseignements généraux pouvant être requis par les soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs propositions[q];

b) Cahier des charges et indicateurs de résultats, selon qu'il convient, y compris les exigences de l'autorité contractante

[n] Dans certains pays, des principes directeurs pratiques sur les procédures de sélection encouragent les autorités contractantes nationales à limiter les soumissions de propositions au plus petit nombre possible suffisant pour garantir une véritable concurrence (trois ou quatre, par exemple). La façon dont les systèmes de notation (en particulier quantitative) peuvent être utilisés pour arriver à ce nombre est examinée dans le *Guide législatif* (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 48). Il convient de noter que le système de notation est uniquement utilisé pour la présélection des soumissionnaires. Les notes attribuées aux soumissionnaires présélectionnés ne devraient pas être prises en considération lors de la phase d'évaluation des propositions (voir disposition type 15), pour laquelle tous les soumissionnaires présélectionnés devraient partir sur un pied d'égalité.

[o] Dans de nombreux cas, en particulier pour de nouveaux types de projets, il se peut que l'autorité contractante ne soit pas en mesure, à ce stade, d'élaborer un projet détaillé des clauses contractuelles qu'elle envisage. Elle peut aussi juger préférable de rédiger ces clauses uniquement après une première série de consultations avec les soumissionnaires présélectionnés. Quoi qu'il en soit, il est important qu'elle donne, à ce stade, des indications sur les principales clauses du contrat de concession, en particulier sur la manière dont les risques de projet devraient être répartis entre les parties dans le cadre de ce contrat. Si cette répartition des droits et obligations contractuels est laissée entièrement ouverte jusqu'après la publication de la sollicitation définitive de propositions, les soumissionnaires peuvent chercher à réduire au minimum les risques qu'ils acceptent, ce qui peut aller à l'encontre de l'objectif d'un financement privé du projet (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 67 à 70; voir également chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 8 à 29).

[p] On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans une sollicitation de propositions relatives à des services à l'article 38 de la Loi type sur la passation des marchés.

[q] On trouvera une liste d'éléments à fournir aux paragraphes 61 et 62 du chapitre III du *Guide législatif* intitulé "Sélection du concessionnaire".

concernant les normes de sûreté et de sécurité ainsi que le respect de l'environnement[r];

c) Clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante, avec indication des clauses considérées comme non négociables;

d) Critères d'évaluation des propositions et seuils éventuellement fixés par l'autorité contractante pour identifier les propositions non conformes; importance relative à accorder à chaque critère d'évaluation; et manière d'appliquer ces critères et seuils dans l'évaluation et le rejet des propositions.

Disposition type 12. Garanties de soumission

*[*Voir chap. III, par. 62*]*

1. La sollicitation de propositions énonce les exigences concernant l'émetteur de la garantie de soumission ainsi que la nature, la forme, le montant et d'autres conditions principales de la garantie de soumission demandée.

2. Un soumissionnaire ne perd pas les garanties de soumission qu'il a pu être tenu de fournir sauf dans les cas suivants[s]:

a) Retrait ou modification d'une proposition après la date limite de soumission des propositions et, si cela est prévu dans la sollicitation de propositions, avant la date limite;

b) Défaut de participation aux négociations finales avec l'autorité contractante conformément au [*paragraphe 1 de la disposition type 16*];

c) Défaut de présentation d'une meilleure offre définitive dans le délai prescrit par l'autorité contractante conformément au [*paragraphe 2 de la disposition type 16*];

d) Défaut de signature du contrat de concession alors que la signature est exigée par l'autorité contractante, une fois la proposition acceptée;

e) Défaut de fourniture de la garantie requise de bonne exécution du contrat de concession après l'acceptation de la proposition ou manquement, avant la signature du contrat de concession, à toute autre condition spécifiée dans la sollicitation de propositions.

Disposition type 13. Éclaircissements et modifications

*[*Voir recommandation 21 et chap. III, par. 71 et 72*]*

L'autorité contractante peut, de sa propre initiative ou en réponse à une demande d'éclaircissements d'un soumissionnaire, revoir et, selon qu'il convient, réviser tout élément de la sollicitation de propositions mentionné dans [*la disposition type 11*]. Elle indique dans les actes relatifs à la procédure de sélection devant être conservés conformément [*à la disposition type 25*] les motifs de toute révision de la sollicitation. Les suppressions, modifications ou ajouts éventuels sont portés à la connaissance des soumissionnaires de la même manière que la sollicitation de propositions dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des propositions.

Disposition type 14. Critères d'évaluation

*[*Voir recommandations 22 et 23 et chap. III, par. 73 à 77*]*

1. Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions techniques[t] incluent au minimum les éléments suivants:

a) Rationalité technique;

b) Respect des normes environnementales;

c) Faisabilité opérationnelle;

d) Qualité des services et mesures visant à assurer leur continuité.

2. Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions financières et commerciales[u] incluent, selon qu'il convient:

a) La valeur courante pendant la période de la concession des péages, prix unitaires et autres charges proposés;

b) La valeur courante des paiements directs que l'autorité contractante propose d'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, d'une autorité publique du [*présent État*];

e) La rationalité des arrangements financiers proposés;

f) La conformité des propositions aux clauses contractuelles négociables proposées par l'autorité contractante dans la sollicitation de propositions;

g) Le potentiel de développement socioéconomique offert par les propositions.

Disposition type 15. Comparaison et évaluation des propositions

*[*Voir recommandation 24 et chap. III, par. 78 à 82*]*

1. L'autorité contractante compare et évalue chaque proposition conformément aux critères d'évaluation, à l'importance relative accordée à chacun d'eux et à la procédure d'évaluation prévue dans la sollicitation de propositions.

2. Aux fins du paragraphe 1, l'autorité contractante peut fixer des seuils pour la qualité et les aspects techniques, financiers et commerciaux. Les propositions qui n'atteignent pas ces seuils sont considérées comme non conformes et sont écartées de la procédure de sélection[v].

Disposition type 15 *bis*. Confirmation de l'adéquation des qualifications aux critères

*[*Voir recommandation 25 et chap. III, par. 78 à 82*]*

L'autorité contractante peut exiger de tout soumissionnaire présélectionné qu'il confirme ses qualifications conformément

[r]Voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 64 à 66.

[s]On trouvera des dispositions générales sur les garanties de soumission à l'article 32 de la Loi type sur la passation des marchés.

[t]Voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 74.

[u]Voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par 75 à 77.

[v]La présente disposition type donne un exemple de procédure d'évaluation susceptible d'être appliquée par une autorité contractante pour comparer et évaluer des propositions concernant des projets d'infrastructure à financement privé. D'autres procédures, telles que le processus d'évaluation en deux temps ou le système à deux enveloppes, sont décrites aux paragraphes 79 à 82 du chapitre III intitulé "Sélection du concessionnaire". Contrairement à la procédure prévue dans la présente disposition, elles sont censées permettre à l'autorité contractante de comparer et d'évaluer les critères non financiers indépendamment des critères financiers afin d'éviter des situations dans lesquelles une importance excessive serait accordée à certains éléments de ces derniers (comme le prix unitaire) au détriment des premiers. Pour assurer l'intégrité, la transparence et la prévisibilité de la phase d'évaluation de la procédure de sélection, il est recommandé à l'État adoptant d'indiquer dans sa législation les méthodes que les autorités contractantes peuvent employer pour comparer et évaluer les propositions ainsi que leurs modalités d'application.

aux critères utilisés pour la présélection. Elle disqualifie tout soumissionnaire qui ne confirme pas ses qualifications alors qu'il en a été prié[w].

Disposition type 16. Négociations finales

*[*Voir recommandations 26 et 27 et chap. III, par. 83 et 84*]*

1. L'autorité contractante classe toutes les propositions conformes et invite à une négociation finale du contrat de concession le soumissionnaire ayant obtenu la note la plus élevée. Les négociations finales ne portent pas sur les clauses contractuelles éventuellement déclarées non négociables dans la sollicitation définitive de propositions.

2. Si l'autorité contractante se rend compte que les négociations avec le soumissionnaire invité n'aboutiront pas à un contrat de concession, elle informe ce dernier de son intention d'y mettre fin et lui accorde un délai raisonnable pour présenter sa meilleure offre définitive. Si le soumissionnaire ne présente pas une offre acceptable par l'autorité contractante dans le délai prescrit, celle-ci met fin aux négociations avec lui. Elle invite ensuite les autres soumissionnaires à des négociations dans l'ordre de leur classement jusqu'à ce qu'elle parvienne à conclure un contrat de concession ou rejette toutes les propositions restantes. L'autorité contractante ne reprend pas des négociations avec un soumissionnaire auxquelles elle a mis fin conformément au présent paragraphe.

3. Négociation de contrats de concession sans procédure de mise en compétition

Disposition type 17. Circonstances autorisant l'attribution d'un contrat sans procédure de mise en compétition

*[*Voir recommandation 28 et chap. III, par. 89*]*

Sous réserve de l'approbation de ... [*l'État adoptant indique l'autorité compétente*][x], l'autorité contractante est autorisée à négocier un contrat de concession sans recourir aux procédures prévues dans les [*dispositions types 6 à 16*], dans les cas suivants:

a) Lorsque, du fait de la nécessité urgente d'assurer la continuité du service, il ne serait pas pratique d'ouvrir les procédures prévues dans les [*dispositions types 6 à 16*], à condition que les circonstances à l'origine de cette urgence n'aient pu être prévues par l'autorité contractante et n'aient pas été le résultat de manœuvres dilatoires de sa part;

b) Lorsque le projet est de courte durée et que l'investissement initial escompté ne dépasse pas le montant [de...] [*l'État adoptant spécifie un montant maximal*] [prévu dans...] [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui spécifient le montant au-dessous duquel un projet d'infrastructure à financement privé peut être attribué sans recours à une procédure de mise en compétition*][y];

c) Lorsque le projet concerne la défense ou la sécurité nationales;

d) Lorsqu'une seule source est en mesure de fournir le service demandé, par exemple lorsque la prestation du service exige l'utilisation d'un droit de propriété intellectuelle, de secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs dont une ou plusieurs personnes ont la propriété ou la possession;

e) En cas de propositions spontanées du type visé dans la [*disposition type 22*];

f) Lorsqu'une invitation à la procédure de présélection ou une sollicitation de propositions a été publiée sans résultat, ou lorsqu'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 invitation à la procédure de présélection et d'une nouvelle sollicitation de propositions aurait peu de chances d'aboutir à l'attribution du projet dans les délais voulus[z];

g) Dans d'autres cas où [*l'État adoptant indique l'autorité compétente*] autorise une telle exception pour des raisons impérieuses d'intérêt général[aa].

Disposition type 18. Procédures de négociation d'un contrat de concession

*[*Voir recommandation 29 et chap. III, par. 90*]*

Lorsqu'elle négocie un contrat de concession sans recourir aux procédures prévues dans les [*dispositions types 6 à 16*], l'autorité contractante[bb]:

a) Sauf pour les contrats de concession négociés conformément à [*l'alinéa* c *de la disposition type 17*], fait publier un avis pour annoncer son intention d'engager des négociations concernant un contrat de concession conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de toute législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la publication des avis*];

b) Mène des négociations avec un nombre aussi grand que possible de personnes qu'elle juge capables[cc] d'exécuter le projet en fonction des circonstances;

---

[w] Lorsqu'une procédure de présélection a été engagée, les critères doivent être les mêmes que ceux utilisés dans le cadre de cette procédure.

[x] Soumettre l'attribution du contrat de concession sans recours à une procédure de mise en compétition à l'approbation d'une autorité supérieure vise à faire en sorte que l'autorité contractante n'engage des négociations directes avec des soumissionnaires que dans les circonstances appropriées (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 85 à 96). C'est pourquoi la disposition type propose que l'État adoptant indique quelle autorité est compétente pour autoriser des négociations dans tous les cas prévus par elle. L'État adoptant peut néanmoins fixer différentes conditions d'approbation pour chaque alinéa de la disposition. Dans certains cas, par exemple, il peut prévoir que le pouvoir d'engager de telles négociations découle directement de la loi. Dans d'autres, il peut subordonner les négociations à l'approbation de différentes autorités supérieures, selon la nature des services à fournir ou le secteur d'infrastructure concerné. L'État adoptant devra peut-être alors adapter la disposition type en ajoutant la condition d'approbation particulière requise à l'alinéa correspondant ou bien en ajoutant une référence aux dispositions de sa législation qui fixent ces conditions.

[y] Au lieu d'exclure la procédure de mise en compétition dans le cas visé à l'alinéa *b*, l'État adoptant peut envisager d'élaborer une procédure simplifiée de sollicitation de propositions, par exemple en appliquant les procédures décrites à l'article 48 de la Loi type sur la passation des marchés.

[z] L'État adoptant voudra peut-être exiger que l'autorité contractante fasse figurer dans les actes et informations devant être conservés conformément à la [*disposition type 25*] un compte rendu des résultats des négociations, qu'elle indique dans quelle mesure ces résultats s'écartent du cahier des charges et des clauses contractuelles de la sollicitation initiale de propositions et qu'elle en expose les raisons.

[aa] Les États adoptants qui jugent souhaitable d'autoriser le recours à des procédures négociées au cas par cas souhaiteront peut-être conserver l'alinéa *g* lorsqu'ils appliqueront la disposition type. Les États adoptants qui souhaitent limiter les exceptions au recours à des procédures de sélection avec mise en compétition préféreront peut-être quant à eux ne pas l'inclure. Quoiqu'il en soit, l'État adoptant souhaitera peut-être, par souci de transparence, mentionner dans cet alinéa ou à un autre endroit du projet de disposition les autres exceptions éventuelles autorisant le recours à des procédures négociées qui peuvent être autorisées par des dispositions spécifiques.

[bb] Un certain nombre d'éléments destinés à accroître la transparence dans les négociations engagées conformément à la présente disposition type sont examinés aux paragraphes 90 à 96 du chapitre III du *Guide législatif* intitulé "Sélection du concessionnaire".

[cc] Les États adoptants qui souhaitent que le recours à des procédures négociées se fasse de façon plus transparente peuvent définir, au moyen de dispositions réglementaires spécifiques, des critères de qualification auxquels doivent satisfaire les personnes invitées à des négociations conformément aux [dispositions types 17 et 18]. Des critères de qualification possibles sont indiqués dans la [disposition type 7].

c) Fixe des critères d'évaluation en fonction desquels les propositions seront évaluées et classées.

4. Propositions spontanées[dd]

Disposition type 19. Admissibilité des propositions spontanées

*[*Voir recommandation 30 et chap. III, par. 97 à 109*]*

À titre d'exception aux [*dispositions types 6 à 16*], l'autorité contractante[ee] est autorisée à examiner des propositions spontanées conformément aux procédures prévues dans les [*dispositions types 20 à 22*], à condition que ces propositions ne se rapportent pas à un projet pour lequel elle a entamé ou annoncé des procédures de sélection.

Disposition type 20. Procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées

*[*Voir recommandations 31 et 32 et chap. III, par. 110 à 112*]*

1. Après réception et examen préliminaire d'une proposition spontanée, l'autorité contractante fait savoir rapidement à son auteur si le projet est considéré ou non comme présentant un intérêt général potentiel[ff].

2. Si le projet est considéré comme présentant un intérêt général potentiel conformément au paragraphe 1, l'autorité contractante invite l'auteur de la proposition à lui communiquer autant d'informations sur le projet proposé qu'il est possible à ce stade pour lui permettre d'évaluer correctement les qualifications de l'auteur[gg] et la faisabilité technique et économique du projet et de déterminer si le projet est susceptible d'être exécuté avec succès de la manière proposée dans des conditions acceptables par elle. À cette fin, l'auteur soumet une étude de faisabilité technique et économique, une étude d'impact sur l'environnement et des informations satisfaisantes concernant le concept ou la technologie envisagés dans la proposition.

3. Lorsqu'elle examine une proposition spontanée, l'autorité contractante respecte les droits de propriété intellectuelle, les secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs qui sont contenus dans la proposition, en découlent ou y sont mentionnés. Par conséquent, elle n'utilise aucune information fournie par l'auteur ou en son nom en rapport avec sa proposition spontanée à d'autres fins que l'évaluation de cette proposition, sauf consentement de l'auteur. Sauf convention contraire des parties, l'autorité contractante, en cas de rejet de la proposition, restitue à son auteur l'original et toute copie des documents qu'il a soumis et préparés durant la procédure.

Disposition type 21. Propositions spontanées ne comportant pas de droits de propriété intellectuelle, de secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs

*[*Voir recommandation 33 et chap. III, par. 113 et 114*]*

1. À l'exception des cas prévus dans la [*disposition type 17*], l'autorité contractante, si elle décide d'exécuter le projet, entame une procédure de sélection conformément aux [*dispositions types 6 à 16*] lorsqu'elle considère que:

a) L'exécution du projet est possible sans l'utilisation de droits de propriété intellectuelle, de secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs dont l'auteur de la proposition a la propriété ou la possession; et

b) Le concept ou la technologie proposés ne sont pas véritablement nouveaux ou sans équivalent.

2. L'auteur de la proposition est invité à participer à la procédure de sélection entamée par l'autorité contractante conformément au paragraphe 1 et peut bénéficier d'une incitation ou d'un avantage similaire suivant les modalités décrites par l'autorité contractante dans la sollicitation de propositions en contrepartie de l'élaboration et de la soumission de la proposition.

Disposition type 22. Propositions spontanées comportant des droits de propriété intellectuelle, des secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs

*[*Voir recommandations 34 et 35 et chap. III, par. 115 à 117*]*

1. Si l'autorité contractante considère que les conditions énoncées aux [*alinéas* a *et* b *du paragraphe 1 de la disposition type 21*] ne sont pas remplies, elle n'est pas tenue de mener une procédure de sélection conformément aux [*dispositions types 6 à 16*]. Elle peut néanmoins rechercher des éléments de comparaison pour la proposition spontanée conformément aux dispositions énoncées aux paragraphes 2 à 4[hh].

2. Lorsque l'autorité contractante a l'intention de rechercher des éléments de comparaison pour la proposition spontanée, elle publie une description des éléments essentiels du produit proposé en invitant d'autres parties intéressées à soumettre des propositions dans [un délai raisonnable] [*l'État adoptant indique un certain délai*].

3. Si aucune proposition n'est reçue dans [un délai raisonnable] [le délai spécifié au paragraphe 2 ci-dessus] en réponse à une invitation publiée en application du paragraphe 2, l'autorité contractante peut entamer des négociations avec l'auteur de la proposition originale.

[dd]Les considérations de politique générale sur les avantages et les inconvénients des propositions spontanées sont exposées aux paragraphes 98 à 100 du chapitre III du *Guide législatif* intitulé "Sélection du concessionnaire". Les États qui souhaitent autoriser les autorités contractantes à examiner de telles propositions voudront peut-être recourir aux procédures décrites dans les dispositions types 22 à 24.

[ee]La disposition type part du principe que c'est l'autorité contractante qui est habilitée à examiner des propositions spontanées. Toutefois, suivant la réglementation de l'État adoptant, un organe indépendant de celle-ci peut être chargé d'examiner de telles propositions ou de déterminer, par exemple, si une proposition spontanée est dans l'intérêt général. En pareil cas, l'État adoptant devrait étudier soigneusement la façon dont les fonctions d'un tel organe doivent éventuellement être coordonnées avec celles de l'autorité contractante (voir les notes 1, 3 et 24, ainsi que les références qui y sont mentionnées).

[ff]Pour déterminer si un projet proposé est dans l'intérêt général, il faut examiner soigneusement ses avantages potentiels pour la population ainsi que le lien entre le projet et la politique de l'État dans le secteur d'infrastructure concerné. Afin d'assurer l'intégrité, la transparence et la prévisibilité des procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées, il peut être souhaitable que l'État adoptant donne, dans un règlement ou dans d'autres textes, des indications concernant les critères qui seront utilisés pour déterminer si une proposition spontanée est dans l'intérêt général, et qui pourrait comprendre des critères permettant d'évaluer l'adéquation des arrangements contractuels et le caractère raisonnable de la répartition proposée des risques.

[gg]L'État adoptant voudra peut-être énoncer dans des dispositions réglementaires les critères de qualification auxquels doit satisfaire l'auteur de la proposition. Les éléments à prendre en considération à cet effet sont indiqués dans la [*disposition type 7*].

[hh]L'État adoptant souhaitera peut-être envisager d'adopter une procédure spéciale pour l'examen des propositions spontanées entrant dans le champ d'application de la présente disposition type, en prenant éventuellement modèle, *mutatis mutandis*, sur la procédure de sollicitation de propositions décrite à l'article 48 de la Loi type sur la passation des marchés.

4. Si l'autorité contractante reçoit des propositions en réponse à une invitation publiée en application du paragraphe 2, elle invite les auteurs de ces propositions à des négociations conformément aux dispositions énoncées dans la [*disposition type 18*]. Si elle reçoit un nombre suffisamment important de propositions, qui paraissent à première vue répondre à ses besoins en matière d'infrastructures, l'autorité contractante demande que lui soient soumises des propositions conformément aux [*dispositions types 10 à 16*], sous réserve de toute incitation ou d'autre avantage dont peut bénéficier la personne ayant soumis la proposition spontanée conformément au [*par. 2 de la disposition type 21*].

5. Dispositions diverses

Disposition type 23. Confidentialité des négociations

*[*Voir recommandation 36 et chap. III, par. 118*]*

L'autorité contractante traite les propositions de manière à éviter la divulgation de leur contenu aux soumissionnaires concurrents. Toutes discussions, communications et négociations ayant eu lieu entre l'autorité contractante et un soumissionnaire conformément [*au paragraphe 3 de la disposition type 10, aux dispositions types 16, 17, 18 ou au paragraphe 3 de la disposition type 22*] sont confidentielles. Sauf si la loi ou une ordonnance judiciaire l'exige, aucune partie aux négociations ne divulgue à aucune autre personne, en dehors de ses mandataires, sous-traitants, prêteurs, conseillers ou consultants, des informations techniques, des informations relatives aux prix ou d'autres informations qu'elle a reçues concernant des discussions, communications et négociations ayant eu lieu conformément aux dispositions précitées sans le consentement de l'autre partie.

Disposition type 24. Avis d'attribution du contrat

*[*Voir recommandation 37 et chap. III, par. 119*]*

À l'exception des contrats de concession attribués conformément à [*l'alinéa* c *de la disposition type 17*], l'autorité contractante fait publier un avis d'attribution du contrat conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la publication des avis d'attribution de contrats*]. Cet avis désigne le concessionnaire et comporte un résumé des principales clauses du contrat de concession.

Disposition type 25. Conservation des actes et informations liés aux procédures de sélection et d'attribution

*[*Voir recommandation 38 et chap. III, par. 120 à 126*]*

L'autorité contractante conserve dûment les informations liées aux procédures de sélection et d'attribution conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur la passation des marchés publics qui régissent la conservation des actes et informations liés aux procédures de passation*][ii].

[ii]La nature des informations à conserver pour les différents types de procédures d'attribution envisagés dans les dispositions types, ainsi que la mesure dans laquelle ces informations peuvent être accessibles au public, sont examinées aux paragraphes 120 à 126 du chapitre III du *Guide législatif* intitulé "Sélection du concessionnaire". Les éléments d'information à conserver sont également indiqués à l'article 11 de la Loi type sur la passation des marchés. Si ces questions ne sont pas traitées de façon adéquate par la législation de l'État adoptant, celui-ci devrait adopter les dispositions législatives ou réglementaires nécessaires.

Disposition type 26. Procédures de recours

*[*Voir recommandation 39 et chap. III, par. 127 à 131*]*

Un soumissionnaire qui déclare avoir subi, ou qui peut subir, une perte ou un préjudice du fait de la violation d'une obligation imposée par la loi à l'autorité contractante peut introduire un recours contre les actes ou omissions de l'autorité contractante conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent les recours contre les décisions prises dans le cadre des procédures de passation*][ii].

III. CONSTRUCTION ET EXPLOITATION DE L'INFRASTRUCTURE

Disposition type 27. Contenu du contrat de concession

*[*Voir recommandation 40 et chap. IV, par. 1 à 11*]*

Le contrat de concession comporte des dispositions sur des questions que les parties estiment appropriées, telles que:

a) La nature et la portée des travaux devant être réalisés et des services devant être fournis par le concessionnaire [*voir chap. IV, par. 1*];

b) Les conditions de la fourniture de ces services et l'étendue de l'exclusivité, le cas échéant, des droits du concessionnaire découlant du contrat de concession [*voir recommandation 5*];

c) L'assistance que l'autorité contractante peut fournir au concessionnaire pour qu'il obtienne les licences et permis nécessaires pour l'exécution du projet d'infrastructure [*voir recommandation 6*];

d) Toutes prescriptions relatives à la constitution d'une personne morale et à son capital minimal conformément à la [*disposition type 29*] [*voir recommandation 42 et projet de disposition type 29*];

e) La propriété des biens liés au projet et les obligations des parties, selon qu'il convient, concernant l'acquisition du site du projet et toutes servitudes nécessaires, conformément aux [*dispositions types 30 à 32*] [*voir recommandations 44 et 45 et projets de dispositions types 30 à 32*];

f) La rémunération du concessionnaire, qu'elle consiste en des redevances ou en des droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit; les méthodes et formules de fixation ou d'ajustement de telles redevances ou de tels droits; et les versements éventuels pouvant être faits par l'autorité contractante ou une autre autorité publique [*voir recommandations 46 et 48*];

g) Les procédures d'examen et d'approbation des études techniques, plans et spécifications par l'autorité contractante et les procédures d'essai et d'inspection finale, d'approbation et d'acceptation de l'ouvrage [*voir recommandation 52*];

h) L'étendue des obligations imposées au concessionnaire pour assurer, selon qu'il convient, la modification du service afin de répondre à la demande effective de ce service, sa continuité et sa fourniture dans des conditions essentiellement identiques pour tous les usagers [*voir recommandation 53 et projet de disposition type 37*];

i) Le droit de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique de suivre les travaux devant être réalisés et les services

[ii]Les éléments d'un mécanisme de recours adéquat sont examinés aux paragraphes 127 à 131 du chapitre III du *Guide législatif* intitulé "Sélection du concessionnaire". Ils figurent également au chapitre VI de la Loi type sur la passation des marchés. Si sa législation ne prévoit pas de mécanisme de recours adéquat, l'État adoptant devrait envisager de faire en sorte qu'elle établisse un tel mécanisme.

devant être fournis par le concessionnaire et les conditions auxquelles ainsi que la mesure dans laquelle l'autorité contractante ou un organisme de réglementation peuvent ordonner des modifications des travaux et des conditions du service ou prendre d'autres mesures raisonnables qu'ils peuvent 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 [*voir recommandation 54, alinéa* b];

j) 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 [*voir recommandation 54, alinéa* a];

k) Des mécanismes pour faire face aux frais supplémentaires et autres conséquences pouvant résulter de tout ordre émanant de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique en liaison avec les alinéas *h* et *i* ci-dessus, y compris toute indemnité à laquelle le concessionnaire pourrait avoir droit [*voir chap. IV, par. 73 à 76*];

l) Tous droits de l'autorité contractante d'examiner et d'approuver les principaux contrats que le concessionnaire est appelé à conclure, en particulier les contrats avec ses propres actionnaires ou d'autres personnes ayant un lien avec lui [*voir recommandation 56*];

m) Les garanties de bonne exécution que le concessionnaire est tenu de fournir et les polices d'assurance qu'il est tenu de souscrire pour l'exécution du projet d'infrastructure [*voir recommandation 58, alinéas* a *et* b];

n) Les voies de recours ouvertes en cas de défaillance de l'une ou l'autre partie [*voir recommandation 58, alinéa* e];

o) 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 le contrat de concession en raison de circonstances échappant à son contrôle raisonnable [*voir recommandation 58, alinéa* d];

p) La durée du contrat de concession et les droits et obligations des parties à son expiration ou lors de sa résiliation [*voir recommandation 61*];

q) Les modalités de calcul de l'indemnité en application de la [*disposition type 46*] [*voir recommandation 67*];

r) Le droit applicable et les mécanismes de règlement des différends pouvant surgir entre l'autorité contractante et le concessionnaire [*voir recommandations 41 et 69 et projets de dispositions types 28 et 48*].

Disposition type 28. Droit applicable

*[*Voir recommandation 41 et chap. IV, par. 5 à 8*]*

Le contrat de concession est régi par la loi du présent État sauf stipulation contraire du contrat de concession[kk].

[kk]Les systèmes juridiques apportent diverses réponses à la question de savoir si les parties à un contrat de concession peuvent choisir comme droit applicable au contrat un droit autre que celui du pays hôte. En outre, comme cela est indiqué dans le *Guide législatif* (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 5 à 8), dans certains pays le contrat de concession peut être soumis au droit administratif, tandis que dans d'autres il sera régi par le droit privé (voir aussi *Guide législatif*, chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", par. 24 à 27). Le droit applicable comprend également les règles d'autres branches du droit qui s'appliquent aux différentes questions pouvant surgir pendant l'exécution d'un projet d'infrastructure (voir de manière générale le *Guide législatif*, chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", sect. B).

Disposition type 29. Organisation du concessionnaire

*[*Voir recommandations 42 et 43 et chap. IV, par. 12 à 18*]*

L'autorité contractante peut exiger que le soumissionnaire retenu constitue une personne morale conformément aux lois du [*présent État*], à condition qu'une déclaration ait été faite à cet effet dans le dossier de présélection ou dans la sollicitation de proposition, selon le cas. Toute prescription relative au capital minimal d'une telle personne morale ainsi que la procédure d'approbation par l'autorité contractante de ses statuts et des modifications importantes desdits statuts sont énoncées dans le contrat de concession.

Disposition type 30. Propriété des biens[ll]

*[*Voir recommandation 44 et chap. IV, par. 20 à 26*]*

Le contrat de concession précise, selon qu'il convient, les biens qui sont ou seront la propriété de l'État et ceux qui sont ou seront la propriété privée du concessionnaire. Il indique en particulier ceux qui appartiennent aux catégories suivantes:

a) Les biens, le cas échéant, que le concessionnaire est tenu de restituer ou transférer à l'autorité contractante ou à une autre entité indiquée par celle-ci conformément aux clauses du contrat de concession;

b) Les biens, le cas échéant, que l'autorité contractante peut, si elle le souhaite, acheter au concessionnaire; et

c) Les biens, le cas échéant, que le concessionnaire peut conserver ou dont il peut disposer à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de concession.

Disposition type 31. Acquisition de droits relatifs au site du projet

*[*Voir recommandation 45 et chap. IV, par. 27 à 29*]*

1. L'autorité contractante ou une autre autorité publique selon les dispositions de la loi et les clauses du contrat de concession met à la disposition du concessionnaire ou, selon qu'il convient, aide le concessionnaire à acquérir les droits relatifs au site du projet, y compris le titre de propriété du site, nécessaires à l'exécution du projet.

2. Toute expropriation de terrain pouvant être requise pour l'exécution du projet est effectuée conformément à [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent l'expropriation de biens privés par les autorités publiques pour des motifs d'intérêt général*].

[ll]La participation du secteur privé aux projets d'infrastructure peut prendre diverses formes, les infrastructures pouvant être détenues et exploitées entièrement par une entité publique ou totalement privatisées, avec de nombreuses variantes possibles entre ces deux extrêmes (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 47 à 53). Ces options générales déterminent habituellement l'approche législative de la propriété des biens liés au projet (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 20 à 26). Quelles que soient la politique générale ou la politique sectorielle du pays hôte, le régime de propriété des divers biens en question devrait être clairement défini et avoir une assise législative suffisante. La clarté à cet égard est importante, car elle influera directement sur l'aptitude du concessionnaire à constituer des sûretés sur les biens du projet pour obtenir un financement de ce dernier (ibid., par. 52 à 61). Conformément à l'approche souple adoptée par divers systèmes juridiques, la disposition type n'envisage pas un transfert inconditionnel de tous les biens à l'autorité contractante, mais permet de faire une distinction entre les biens qui doivent être transférés à cette dernière, les biens qu'elle peut acheter si elle le souhaite et les biens qui restent la propriété privée du concessionnaire à l'expiration ou lors de la résiliation du contrat de concession ou à tout autre moment.

Disposition type 32. Servitudes[mm]

*[*Voir recommandation 45 et chap. IV, par. 30*]*

Le concessionnaire [a le droit] [se voit accorder le droit] de pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou y installer des équipements, selon qu'il convient et selon les besoins de l'exécution du projet conformément à (*l'État adoptant indique les dispositions de son droit qui régissent les servitudes et autres droits similaires dont bénéficient ses entreprises de service public et exploitants d'infrastructure en vertu de ses lois*).

Disposition type 33. Arrangements financiers

*[*Voir recommandation 46 et chap. IV, par. 33 à 51*]*

Le concessionnaire a le droit de demander, recevoir ou percevoir des redevances ou droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit. L'accord de concession prévoit des méthodes et formules de fixation et d'ajustement de ces redevances ou droits [conformément aux règles établies par l'organisme de réglementation compétent][nn].

Disposition type 34. Sûretés

*[*Voir recommandation 49 et chap. IV, par. 52 à 61*]*

1. Sous réserve de restrictions pouvant être indiquées dans le contrat de concession[oo], le concessionnaire a le droit de constituer, sur l'un quelconque de ses biens ou droits, y compris sur ceux qui sont liés au projet d'infrastructure, les sûretés nécessaires pour obtenir tout financement requis pour le projet, y compris, en particulier, les suivantes:

a) Sûreté sur les biens meubles ou immeubles lui appartenant ou sur ses droits sur les biens du projet;

b) Un nantissement du produit et des créances qui lui sont dus pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit.

2. Les actionnaires du concessionnaire ont le droit de nantir les actions qu'ils obtiennent de la société concessionnaire ou de constituer sur elles toute autre sûreté;

3. Aucune sûreté visée au paragraphe 1 ne peut être constituée sur un bien du domaine public ou sur d'autres biens ou droits nécessaires pour la fourniture d'un service public, lorsque cela est interdit par la loi du [*présent État*].

Disposition type 35. Cession du contrat de concession

*[*Voir recommandation 50 et chap. IV, par. 62 et 63*]*

Sauf disposition contraire dans la [*disposition type 34*], les droits et obligations du concessionnaire découlant du contrat de concession ne peuvent être cédés à des tiers sans le consentement de l'autorité contractante. Le contrat de concession énonce les conditions auxquelles l'autorité contractante donne son consentement à une cession des droits et obligations du concessionnaire découlant du contrat de concession, y compris l'acceptation par le nouveau concessionnaire de toutes les obligations contractées au titre de ce contrat et la production par lui de preuves qu'il possède les capacités techniques et financières nécessaires pour fournir le service.

Disposition type 36. Transfert d'un intérêt majoritaire[pp] **dans la société concessionnaire**

*[*Voir recommandation 51 et chap. IV, par. 64 à 68*]*

Sauf disposition contraire du contrat de concession, un intérêt majoritaire dans la société concessionnaire ne peut être transféré à des tiers sans l'assentiment de l'autorité contractante. Le contrat de concession énonce les conditions dans lesquelles cet assentiment est donné.

Disposition type 37. Exploitation de l'infrastructure

*[*Voir recommandation 53 et chap. IV, par. 80 à 93 (pour le paragraphe 1) et recommandation 55 et chap. IV, par. 96 et 97 (pour le paragraphe 2)*]*

1. Le contrat de concession énonce, selon qu'il convient, l'étendue des obligations imposées au concessionnaire pour assurer:

a) La modification du service afin de répondre à la demande de ce service;

b) La continuité du service;

c) La fourniture du service dans des conditions essentiellement identiques pour 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.

2. Le concessionnaire a le droit de publier et de faire appliquer les règles relatives à l'utilisation de l'ouvrage, sous réserve

[mm] Le droit de traverser une propriété adjacente à des fins liées au projet ou pour y effectuer des travaux peut être acquis par le concessionnaire directement ou d'office par une autorité publique en même temps que le site du projet. Une solution quelque peu différente pourrait être de prévoir que la loi elle-même autorise les prestataires de services publics à pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou à y installer des équipements selon les besoins de la construction, de l'exploitation et de la maintenance d'infrastructures publiques (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 30 à 32). La variante proposée dans la première série de crochets, dans la disposition type, vise à refléter ces options.

[nn] Les péages, droits ou autres sommes perçus par le concessionnaire, désignés dans le *Guide législatif* par le terme "redevances" peuvent être, en l'absence de subventions ou de versements de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques, la principale (parfois même la seule) source de recettes permettant d'amortir les investissements effectués dans le projet (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 30 à 60). Le coût auquel les services publics sont fournis constitue généralement l'un des éléments de la politique d'infrastructure de l'État et une question d'un intérêt immédiat pour une grande partie de la population. C'est pourquoi de nombreux pays ont des règles spéciales pour le contrôle des redevances et des droits afférents à la prestation de services publics. En outre, dans certains systèmes juridiques, la loi ou des règles de droit générales définissent les paramètres applicables à la détermination des prix des biens ou des services, par exemple en prévoyant que les redevances doivent être "raisonnables", "équitables" ou "justes" (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 36 à 46).

[oo] Ces restrictions peuvent, en particulier, concerner l'exécution de droits relatifs aux biens du projet d'infrastructure.

[pp] La notion d'"intérêt majoritaire" fait généralement référence au pouvoir de nommer la direction d'une société et d'influencer ou de déterminer son activité. Différents critères peuvent être utilisés dans divers systèmes juridiques ou même dans différents corps de règles au sein du même système, allant de critères formels attribuant un intérêt majoritaire au propriétaire d'une certaine proportion (le plus souvent plus de 50 %) du nombre total combiné de voix attribuées à toutes les catégories d'actions d'une société à des critères plus complexes tenant compte de la structure de direction effective d'une société. Les États adoptants qui n'ont pas de définition réglementaire d'"intérêt majoritaire" peuvent avoir besoin de définir ce terme dans des règlements d'application de la disposition type.

de l'approbation de l'autorité contractante ou d'un organisme de réglementation.

Disposition type 38. Indemnisation en cas de changements spécifiques dans la législation

*[*Voir recommandation 58, alinéa *c* et chap. IV, par. 122 à 125*]*

Le contrat de concession énonce la mesure dans laquelle le concessionnaire a droit à une indemnisation dans le cas où, pour l'exécution de ce contrat, il a engagé des dépenses sensiblement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible qu'il n'était initialement prévu, du fait de changements dans la législation ou la réglementation spécifiquement applicable à l'ouvrage ou au service qu'il fournit.

Disposition type 39. Révision du contrat de concession

*[*Voir recommandation 58, alinéa *c* et chap. IV, par. 126 à 130*]*

1. Sans préjudice de [*la disposition type 38*], le contrat de concession peut également énoncer la mesure dans laquelle le concessionnaire a le droit d'en demander la révision pour qu'il prévoie une indemnisation dans le cas où, pour l'exécution de ce contrat, il a engagé des dépenses sensiblement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible qu'il n'était initialement prévu, du fait de:

a) Changements dans la situation économique ou financière; ou

b) Changements apportés à la législation ou à la réglementation non spécifiquement applicable à l'ouvrage ou aux services qu'il fournit;

à condition que ces changements d'ordre économique, financier, législatif ou réglementaire:

a) Surviennent après la conclusion du contrat;

b) Soient indépendants de la volonté du concessionnaire; et

c) Soient de nature telle qu'on ne pouvait raisonnablement s'attendre que le concessionnaire les ait pris en considération lors de la négociation du contrat de concession ou en ait évité ou surmonté les conséquences.

2. Le contrat de concession établit des procédures de révision des clauses qu'il contient en cas de tels changements.

Disposition type 40. Reprise d'un projet d'infrastructure par l'autorité contractante

*[*Voir recommandation 59 et chap. IV, par. 143 à 146*]*

Dans les cas prévus par le contrat de concession, l'autorité contractante a le droit d'assurer temporairement l'exploitation de l'ouvrage afin de garantir la continuité du service dans de bonnes conditions dans le cas où le concessionnaire aurait gravement manqué à ses obligations et n'aurait pas remédié à ce manquement dans un délai raisonnable après avoir été mis en demeure de le faire par elle.

Disposition type 41. Substitution de concessionnaire

*[*Voir recommandation 60 et chap. IV, par. 147 à 150*]*

L'autorité contractante peut convenir avec les entités octroyant un financement pour un projet d'infrastructure de substituer au concessionnaire une nouvelle entité ou personne désignée pour exécuter le projet dans le cadre du contrat de concession en vigueur en cas de manquement grave du concessionnaire initial ou de survenance d'autres événements pouvant, autrement, justifier la résiliation du contrat ou encore dans d'autres cas similaires[qq].

IV. DURÉE, PROROGATION ET RÉSILIATION DU CONTRAT DE CONCESSION

1. Durée et prorogation du contrat de concession

Disposition type 42. Durée et prorogation du contrat de concession

*[*Voir recommandation 62 et chap. V, par. 2 à 8*]*

1. La durée du contrat de concession, telle que stipulée conformément à [*l'alinéa* p *de la disposition type 27*], n'est pas prorogée sauf à la suite des événements 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; ou

c) [*Autres événements spécifiés par l'État adoptant.*][rr]

2. La durée du contrat de concession peut par ailleurs être prorogée pour permettre au concessionnaire d'amortir des frais supplémentaires dus à des exigences de l'autorité contractante non prévues initialement dans le contrat, si le concessionnaire n'est pas en mesure de les amortir pendant la durée initiale.

2. Résiliation du contrat de concession

Disposition type 43. Résiliation du contrat de concession par l'autorité contractante

*[*Voir recommandation 63 et chap. V, par. 14 à 27*]*

L'autorité contractante peut résilier le contrat de concession:

a) Lorsque l'on ne peut plus raisonnablement s'attendre 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 impérieuses[ss] d'intérêt général, sous réserve du versement au concessionnaire d'une indemnité selon les conditions convenues dans le contrat de concession;

c) [*Autres cas que l'État adoptant souhaiterait peut-être ajouter dans la Loi.*]

Disposition type 44. Résiliation du contrat de concession par le concessionnaire

*[*Voir recommandation 64 et chap. V, par. 28 à 33*]*

Le concessionnaire ne peut résilier le contrat de concession sauf:

a) En cas de manquement grave de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique aux obligations contractées en vertu du contrat de concession;

[qq] La substitution, au concessionnaire, d'une autre entité proposée par les prêteurs et acceptée par l'autorité contractante suivant les conditions convenues entre eux, vise à permettre aux parties d'éviter les conséquences préjudiciables de la résiliation du contrat de concession (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 147 à 150). Les parties peuvent souhaiter d'abord prendre d'autres mesures pratiques, éventuellement de manière échelonnée, telles que la reprise temporaire du projet par les prêteurs ou un administrateur provisoire désigné par eux, ou encore la réalisation de la sûreté que les prêteurs détiennent sur les actions de la société concessionnaire par la vente de ces dernières à un tiers acceptable pour l'autorité contractante.

[rr] L'État adoptant voudra peut-être envisager la possibilité d'autoriser une prorogation par accord consensuel du contrat de concession conformément aux clauses de ce contrat pour des raisons impérieuses d'intérêt général.

[ss] [Un certaine nombre de situations dans lesquelles une raison impérieuse d'intérêt général peut se manifester sont examinées au paragraphe 27 du chapitre V du *Guide législatif* intitulé "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet"].

b) Si les conditions de révision du contrat de concession prévues dans [*le paragraphe 1 de la disposition type 39*] sont réunies mais les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord sur une telle révision; ou

c) Si, pour l'exécution du contrat de concession, le concessionnaire a engagé des dépenses substantiellement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible du fait d'actes ou d'omissions de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques tels que ceux visés [*aux alinéas* h *et* i *de la disposition type 27*] et les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord sur une révision du contrat de concession.

Disposition type 45. Résiliation du contrat de concession par l'une ou l'autre partie

*[*Voir recommandation 65 et chap. V, par. 34 et 35*]*

L'une ou l'autre partie a le droit de résilier le contrat de concession lorsque l'exécution de ses obligations est rendue impossible par des événements échappant à son contrôle raisonnable. Les parties ont en outre le droit de résilier le contrat par consentement mutuel.

3. Arrangements lors de l'expiration ou de la résiliation du contrat de concession

Disposition type 46. Arrangements financiers lors de l'expiration ou de la résiliation du contrat de concession

*[*Voir recommandation 67 et chap. V, par. 43 à 49*]*

Le contrat de concession spécifie les modalités de calcul de l'indemnisation due à l'une ou l'autre partie en cas de résiliation du contrat, notamment, s'il y a lieu, l'indemnisation correspondant à la juste valeur des travaux réalisés en application du contrat, aux dépenses engagées ou aux pertes subies par l'une ou l'autre partie, y compris, selon qu'il convient, au manque à gagner.

Disposition type 47. Liquidation et mesures de transfert

*[*Voir recommandation 68 et chap. V, par. 50 à 62*]*

Le contrat de concession énonce, selon les cas, les droits et obligations des parties concernant:

a) Les mécanismes et les procédures de transfert de biens à l'autorité contractante, selon qu'il convient;

b) Le transfert de technologie requis pour l'exploitation de l'ouvrage;

c) La formation du personnel de l'autorité contractante ou d'un nouveau concessionnaire à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage;

d) La fourniture, par le concessionnaire, de services et de ressources d'appui sans interruption, y compris 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.

V. RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

Disposition type 48. Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire

*[*Voir recommandation 69 et chap. VI, par. 3 à 41*]*

Tout différend entre l'autorité contractante et le concessionnaire est réglé grâce aux mécanismes de règlement des différends convenus par les parties dans le contrat de concession[ll].

Disposition type 49. Différends avec des clients ou usagers de l'ouvrage

*[*Voir recommandation 71 et chap. VI, par. 43 à 45*]*

Lorsque le concessionnaire fournit des services à la population ou exploite des ouvrages accessibles à la population, l'autorité contractante peut exiger de lui qu'il établisse des mécanismes simplifiés et efficaces pour traiter les réclamations émanant de ses clients ou d'usagers de l'ouvrage.

Disposition type 50. Autres différends

*[*Voir recommandation 70 et chap. VI, par. 42*]*

1. Le concessionnaire et ses actionnaires sont libres de choisir les mécanismes appropriés pour régler leurs différends.

2. Le concessionnaire est libre de convenir des mécanismes appropriés pour régler les différends entre lui et ses prêteurs, entrepreneurs, fournisseurs et autres partenaires commerciaux.

[ll] L'État adoptant peut prévoir dans sa législation des mécanismes de règlement des différends qui soient les mieux adaptés aux besoins des projets d'infrastructure à financement privé.

A/CN.9/WG.I/WP.29

B. Document de travail présenté au groupe de travail sur les projets d'infrastructure à financement privé à sa cinquième session: projet d'additif au *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé*

(A/CN.9/WG.I/WP.29 et Add. 1 et 2) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Pages*
I.	INTRODUCTION	1-9	89
II.	PROJET D'ADDITIF AU *GUIDE LÉGISLATIF DE LA CNUDCI SUR LES PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ*: PROJETS DE DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES	10-67	90
	A. Dispositions générales	11-16	90

		Paragraphes	*Pages*
B.	Sélection du concessionnaire	17-49	91
C.	Construction et exploitation de l'infrastructure	50-61	93
D.	Durée, prorogation et résiliation de l'accord de concession	62-64	95
E.	Règlement des différends	65-67	95
III.	QUESTIONS NON TRAITÉES DANS LES PROJETS DE DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES	68-82	95
A.	Questions traitées au chapitre premier du *Guide législatif de la CNUDCI* intitulé "Cadre législatif et institutionnel général"	68-73	95
B.	Questions traitées au chapitre II du *Guide législatif de la CNUDCI* intitulé "Risques de projet et appui des pouvoirs publics"	74-76	96
C.	Questions traitées au chapitre IV du *Guide législatif de la CNUDCI* intitulé "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet"	77-81	96
D.	Questions traitées au chapitre V du *Guide législatif de la CNUDCI* intitulé "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet"	82	96

I. INTRODUCTION

1. À sa trente-troisième session (New York, 12 juin-7 juillet 2000), la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international avait adopté le *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé*, comprenant des recommandations concernant la législation (A/CN.9/471/Add.9), telles que modifiées par la Commission à cette session, et des notes relatives à ces recommandations (A/CN.9/471/Add.1 à 8), dont le secrétariat a été autorisé à établir le texte final à la lumière des délibérations de la Commission[1]. Le *Guide législatif* a été publié dans toutes les langues officielles en 2001.

2. À la même session, la Commission avait également examiné une proposition concernant les travaux futurs dans ce domaine. L'avis avait 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 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[2].

3. Après examen de cette proposition, la Commission avait décidé d'étudier, à sa trente-quatrième session, l'opportunité et la possibilité d'élaborer 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 ou institutions financières internationales intéressées, en vue de diffuser des informations sur le *Guide*[3].

4. Un 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 (PPIAF), qui a pour vocation d'aider les pays en développement à améliorer la qualité de leurs infrastructures en mobilisant la participation du secteur privé. Le 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.

5. 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) et a exprimé sa gratitude au PPIAF pour son appui financier et organisationnel, ainsi qu'aux diverses organisations internationales, intergouvernementales et non gouvernementales représentées, et aux orateurs du Colloque.

6. Les diverses opinions exprimées quant à l'opportunité et à la faisabilité de travaux plus poussés par la Commission dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé sont indiquées dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-quatrième session[4]. La Commission est convenue qu'il faudrait confier à un groupe de travail le soin d'élaborer des dispositions législatives types fondamentales dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé. Elle a été d'avis que, si l'on voulait que les travaux soient réalisés dans un délai raisonnable, il était essentiel de choisir 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 particulières susceptibles de donner lieu à des

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 195 à 368.

[2] Ibid., par. 375.

[3] Ibid., par. 379.

[4] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), par. 366 à 369.

dispositions législatives types, qui pourraient éventuellement prendre la forme d'un additif au *Guide*[5].

7. Le Groupe de travail (précédemment nommé Groupe de travail sur les délais et la prescription dans le domaine de la vente internationale des objets mobiliers corporels) a tenu sa quatrième session à Vienne du 24 au 28 septembre 2001. Il était saisi du *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé*. Il a décidé d'utiliser les recommandations concernant la législation contenues dans le *Guide* comme base de ses délibérations.

8. Conformément à une proposition qui avait été faite au Colloque (A/CN.9/488, par. 19), le Groupe de travail a été invité à consacrer son attention à une phase particulière des projets d'infrastructure, à savoir la sélection du concessionnaire, en vue d'élaborer des propositions de texte spécifiques pour les dispositions législatives. Il a néanmoins été d'avis qu'il serait peut-être souhaitable d'avoir des dispositions législatives types sur divers autres sujets (voir A/CN.9/505, par. 18 à 174). Il a prié le secrétariat d'élaborer des dispositions législatives types dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé, sur la base de ses délibérations et décisions, pour les soumettre à la cinquième session du Groupe de travail pour examen et discussion plus approfondis.

9. Les additifs au présent document contiennent un premier ensemble de projets de dispositions législatives types (ci-après appelés "projets de dispositions types"). La section II du document contient de brèves notes explicatives sur le projet de dispositions types, y compris une indication des liens entre chacune de ces dernières et la partie correspondante du *Guide législatif de la CNUDCI*, afin d'aider le Groupe de travail dans ses délibérations. La section III fait référence à des questions traitées dans le *Guide législatif de la CNUDCI* pour lesquelles n'ont pas été élaborés de projets de dispositions législatives types.

II. PROJET D'ADDITIF AU *GUIDE LÉGISLATIF DE LA CNUDCI SUR LES PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ:* PROJETS DE DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES

10. Les projets de dispositions types ont été élaborés par le secrétariat après des consultations avec des experts extérieurs, comme l'avaient demandé la Commission et le Groupe de travail. Ils développent plus avant les principes législatifs sous-jacents aux recommandations relatives à la législation contenues dans le *Guide* à propos desquelles le Groupe de travail avait décidé à sa quatrième session que de tels projets de dispositions devraient être élaborés. Quelques-uns d'entre eux proposent des variantes aux législateurs des États adoptants. Ils sont, à l'occasion, accompagnés de notes destinées à donner des avis et des orientations précises concernant les questions de politique générale relatives aux projets de dispositions types pertinents et aux options disponibles pour les appliquer. Par souci de commodité, les projets de dispositions types suivent d'aussi près que possible la séquence des recommandations concernant la législation telles qu'elles figurent dans le *Guide législatif de la CNUDCI*.

[5]Ibid., par. 369.

A. Dispositions générales

Disposition type 1. Préambule (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandation 1, et chap. I[er], "Cadre législatif et institutionnel général", par. 2 à 14)

11. À sa quatrième session, 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 dans des notes explicatives ou dispositions législatives types que le Groupe de travail pourrait décider d'élaborer (A/CN.9/505, par 91).

12. La variante A se fonde sur le contenu de la recommandation 1 uniquement. La variante B est plus élaborée et comporte un alinéa fondé sur le contenu de la recommandation 14, que le Groupe de travail a également jugé utile de formuler sous forme de disposition législative.

Disposition type 2. Définitions

13. Sauf indication contraire, toutes les définitions figurant dans le projet de disposition type proviennent ou sont inspirées du *Guide législatif de la CNUDCI* (voir, en particulier, *Guide législatif de la CNUDCI*, "Introduction et informations générales concernant les projets d'infrastructure à financement privé", par. 9 à 20).

Autorité contractante

14. En reliant la notion d'"autorité contractante" à celle d'"accord de concession", la définition proposée vise à éviter la difficulté consistant à faire référence à l'entité effectivement responsable de l'exécution de projets d'infrastructure.

Accord de concession

15. Étant donné la difficulté de proposer une définition de "concession" qui serait acceptable par divers systèmes juridiques, le secrétariat suggère de regrouper les notions d'"accord de projet" et de "concession" dans une définition unique. L'emploi du terme "accord de concession" par rapport à la notion correspondante d'"accord de projet", qui est employée dans le *Guide législatif de la CNUDCI*, aurait l'avantage de faciliter l'incorporation de projets de dispositions types dans les systèmes juridiques nationaux, car ce terme, qui était employé surtout dans le passé dans les seuls systèmes de droit romain, l'est de plus en plus également dans les systèmes de *common law*.

Disposition type 3. Pouvoir de conclure des accords de concession; et disposition type 4. Secteurs d'infrastructure dans lesquels des accords de concession peuvent être conclus (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandations 2 à 5, et chap. Ier, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 15 à 22)

16. Le projet de disposition type 3 est fondé sur la recommandation 2 et le projet de disposition type 4 sur la recommandation 4.

B. Sélection du concessionnaire

Disposition type 5. Règles régissant la procédure de sélection (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandation 14, et chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 1 à 33)

17. Le projet de disposition type reflète les principes inspirant la recommandation 14. Les notes qui l'accompagnent mettent en lumière la relation étroite entre les procédures de sélection d'un concessionnaire et les lois générales de l'État adoptant sur la passation des marchés publics.

1. Présélection des soumissionnaires (pour tous les projets de dispositions types de cette section, voir Guide législatif de la CNUDCI*, recommandations 15 à 17, et chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 34 à 50)*

Disposition type 6. Objet de la présélection et procédure de présélection

18. Bien qu'il n'y ait pas de recommandation spécifique correspondant au contenu du paragraphe 1 de la disposition type 6, celle-ci semble être nécessaire pour compléter les autres dispositions sur la présélection afin de préciser l'objet de l'exercice et de prévoir les règles de base régissant la procédure. La disposition type s'inspire du paragraphe 1 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de biens, de travaux et de services (ci-après appelée "Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics").

19. Le paragraphe 3 contient quelques éléments supplémentaires tirés du paragraphe 36 du chapitre III du *Guide législatif*. Les éléments auxquels il est fait référence au paragraphe 4 ont été ajoutés pour assurer la transparence concernant les informations importantes auxquelles il est fait référence dans les projets de dispositions types 7, 8, 9 et 29.

Disposition type 7. Critères de présélection

20. La disposition type 7 est fondée sur le contenu de la recommandation 15.

Disposition type 8. Participation de consortiums

21. Le paragraphe 1 du projet de disposition type est fondé sur la recommandation 16. Le paragraphe 2 réaffirme pour l'essentiel l'approche restrictive adoptée par la Commission dans le *Guide législatif de la CNUDCI* de manière que chacun des membres d'un consortium qualifié ne puisse participer, directement ou par l'intermédiaire de filiales, qu'à une seule soumission pour le projet. Toutefois, la référence, au paragraphe 2, à la possibilité d'une exception vise à rendre la règle plus souple, car il peut y avoir des cas où aucun projet ne pourrait être exécuté sans une certaine société, en raison de ses compétences particulières.

22. Les paragraphes 1 et 2 ont été ajoutés pour refléter l'avis figurant au paragraphe 40 du chapitre III du *Guide législatif de la CNUDCI* intitulé "Sélection du concessionnaire".

Disposition type 9. Décision concernant la présélection

23. Bien qu'il n'y ait pas de recommandation spécifique à laquelle corresponde le contenu du paragraphe 1 du projet de disposition type, cette disposition semble nécessaire pour préciser de quelle manière est prise une décision sur les qualifications des soumissionnaires. Cette disposition s'inspire du paragraphe 5 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés.

24. Le paragraphe 2 du projet de disposition type est fondé sur la recommandation 17, et le paragraphe 3 sur la recommandation 25.

2. Procédure de sollicitation de propositions

25. Pour tous les projets de dispositions types de cette section, voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandations 18 à 27, et chapitre III, "Sélection du concessionnaire", paragraphes 51 à 84.

Disposition type 10. Sollicitation de propositions en une étape ou en deux étapes

26. Le paragraphe 1, qui reflète l'objet de la recommandation 18, est fondé sur l'article 26 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés.

27. Les paragraphes 2 et 3 sont fondés sur la recommandation 19. L'alinéa *a* du paragraphe 3 fait référence aux "principales clauses contractuelles", au lieu simplement des "clauses contractuelles proposées" pour éviter de donner l'impression que l'on attendrait d'une autorité contractuelle qu'elle ait élaboré des documents relatifs au contrat détaillés à ce stade précoce du processus de sélection. L'alinéa *b* du paragraphe 3 est une version légèrement modifiée du paragraphe *b* de la recommandation 19; il a été aligné sur le texte de l'analyse faite au paragraphe 57 du chapitre III du *Guide législatif de la CNUDCI* pour indiquer clairement qu'il n'est pas nécessaire que les réunions convoquées à ce stade comprennent nécessairement tous les soumissionnaires. L'alinéa *c* du paragraphe 3 précise le paragraphe *c* de la recommandation 19 en énonçant les éléments auxquels il est fait référence au paragraphe 58 du chapitre 3 du *Guide législatif*. L'alinéa *d* du paragraphe 3, qui est fondé sur le paragraphe 4 de l'article 46 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, a été ajouté pour préciser la séquence des actions pendant la première phase de la procédure.

Disposition type 11. Teneur de la sollicitation définitive de propositions

28. La disposition type 11 est fondée sur la recommandation 20. Compte tenu de la deuxième phrase de la recommandation 26 et de l'analyse faite au paragraphe 69 du chapitre III du *Guide législatif de la CNUDCI*, l'alinéa *c* exige que la sollicitation de propositions comporte une indication des clauses considérées comme non négociables par l'autorité contractante. L'alinéa *d* contient une référence spécifique aux seuils fixés pour évaluer les propositions, dont il est question à la recommandation 24.

Disposition type 12. Garanties de soumission

29. En consultation avec des experts, il a été estimé qu'il pourrait être utile d'inclure un projet de disposition type traitant des garanties de soumission, dans l'esprit de l'analyse faite au paragraphe 62 du chapitre III du *Guide législatif de la CNUDCI* et de l'article 37 1 *f* de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés. Le projet de disposition type est placé entre crochets, car il n'y avait pas de recommandation spécifique sur ce sujet.

Disposition type 13. Éclaircissements et modifications

30. Le projet de disposition est fondé sur la recommandation 21. Le texte qui a été ajouté vise à préciser la portée des modifications à la sollicitation de propositions.

Disposition type 14. Critères d'évaluation

31. Le projet de disposition type est fondé sur les recommandations 22 et 23, qui ont été regroupées pour une lecture plus facile.

32. En consultation avec les experts, il a été estimé qu'il serait plus approprié de faire figurer l'alinéa *d* de la recommandation 22, "potentiel de développement socio-économique offert par les propositions", dans les aspects commerciaux des propositions (recommandation 23). C'est pourquoi il apparaît comme paragraphe 2 *g* dans le projet de disposition type 14. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner ce point, compte tenu du fait que le *Guide législatif de la CNUDCI* fait référence au "potentiel de développement économique et social offert par les soumissionnaires" à propos des critères d'évaluation des aspects techniques de la proposition (voir chap. III, par. 74 *f*).

33. L'alinéa *f* du paragraphe 2 a été aligné sur l'alinéa *c* du projet de disposition type 11.

Disposition type 15. Comparaison et évaluation des propositions

34. Le projet de disposition type est fondé sur le contenu de la recommandation 24. Le titre a été modifié pour refléter de façon plus précise la portée de la disposition type. Une nouvelle disposition type, au paragraphe 1, a été ajoutée pour préciser la séquence des actions de l'autorité contractante pour évaluer les propositions.

Disposition type 16. Négociations finales

35. Le projet de disposition type se fonde sur les recommandations 26 et 27, qui ont été combinées pour une lecture plus facile. À la suite des suggestions faites lors des consultations du secrétariat avec les experts extérieurs, le paragraphe 2 comporte l'obligation d'informer les soumissionnaires et de leur demander de présenter leur "meilleure offre définitive" dans un délai spécifié avant que l'autorité contractante ne mette fin aux négociations. La procédure prescrite à cette fin dans le projet de disposition type suit l'article 48, paragraphe 8, et l'article 49, paragraphe 4, de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés.

36. À la dernière session du Groupe de travail, il a été suggéré qu'une disposition législative type fondée sur la recommandation 27 indique explicitement 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 (voir A/CN.9/505, par. 59). L'article 44, alinéa *e*, de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, dont s'inspire le projet de disposition type, n'est pas aussi détaillé. Lors des consultations du secrétariat avec les experts extérieurs, il a été estimé qu'aucun ajout n'était nécessaire. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si une addition est néanmoins souhaitable.

3. Attribution d'une concession sans procédure de mise en compétition (pour tous les projets de dispositions types de cette section, voir Guide législatif de la CNUDCI*, recommandations 28 et 29, et chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 85 à 96)*

Disposition type 17. Circonstances autorisant l'attribution sans procédure de mise en compétition

37. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 28.

38. Le texte supplémentaire figurant à l'alinéa *a* a été inclus pour aligner la disposition sur l'analyse faite au paragraphe 89 *a* du chapitre III du *Guide législatif de la CNUDCI*.

39. L'alinéa *f* inclut une suggestion faite lors des consultations du secrétariat avec les experts extérieurs, visant à ce que les négociations faisant suite à des tentatives infructueuses d'engager des procédures de mise en compétition ne s'écartent pas du cahier des charges et des clauses contractuelles initialement communiqués.

40. À la dernière session du Groupe de travail, il a été suggéré d'élargir la portée de l'alinéa *g* en ajoutant les termes "ou dans d'autres cas de la même nature exceptionnelle, définis par la loi" (voir A/CN.9/505, par. 63). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si une telle addition, qui figure dans le projet de disposition type, est strictement nécessaire, ou si cette possibilité n'est pas déjà couverte par la première phrase de l'alinéa *g*.

Disposition type 18. Procédures de négociation d'un accord de concession

41. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 29. Le paragraphe initial *c* de cette dernière relève maintenant de la disposition générale relative à l'avis d'attribution du projet dans le projet de disposition type 24.

4. Propositions spontanées (pour tous les projets de dispositions types de cette section, voir Guide législatif de la CNUDCI*, recommandations 30 à 35, et chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 97 à 117)*

Disposition type 19. Admissibilité des propositions spontanées

42. Le projet de disposition type se fonde sur la substance de la recommandation 30.

Disposition type 20. Procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées

43. Le projet de disposition type se fonde sur les recommandations 31 et 32. Le paragraphe 3 de ce projet complète la recommandation 32 en vue de préciser les relations entre les droits de propriété intellectuelle de l'auteur et l'utilisation par l'autorité contractante des informations fournies par l'auteur.

Disposition type 21. Propositions spontanées ne comportant pas de concepts ou de technologies brevetés

44. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 33.

Disposition type 22. Propositions spontanées comportant des concepts ou des technologies brevetés

45. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu des recommandations 34 et 35.

5. Dispositions diverses

Disposition type 23. Confidentialité des négociations (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandation 36, et chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 118)

46. La disposition type 23 se fonde sur le contenu de la recommandation 36. La première phrase est tirée de l'article 45 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés. La référence aux "mandataires, sous-traitants, prêteurs, conseillers ou consultants" a été ajoutée pour éviter une interprétation trop restrictive de cette proposition.

Disposition type 24. Avis d'attribution du projet (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandation 37, et chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 119)

47. Le projet de disposition type s'inspire de la recommandation 37.

Disposition type 25. Conservation des actes et informations liés aux procédures de sélection et d'attribution (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandation 38, et chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 120 à 126)

48. Le projet de disposition type s'inspire de la recommandation 38.

Disposition type 26. Procédures de recours (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandation 39, et chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 127 à 131)

49. Le projet de disposition type s'inspire de la recommandation 39.

C. Construction et exploitation de l'infrastructure

Disposition type 27. Contenu de l'accord de concession (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandations 40 et 41, et chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 1 à 11)

50. Le Groupe de travail a estimé que diverses questions traitées au chapitre IV du *Guide législatif de la CNUDCI* étaient de nature contractuelle et n'exigeaient pas de dispositions types particulières (voir A/CN.9/505, par. 110 à 116). Il est néanmoins convenu qu'il serait utile de rédiger une disposition législative type énumérant les questions essentielles devant être abordées dans l'accord de projet. Il a prié le secrétariat de préparer un premier projet de disposition à partir des intitulés qui précédaient les recommandations 41 à 68, en apportant les modifications éventuellement nécessaires pour indiquer clairement, mais sans détails inutiles, les différents sujets à aborder dans cet accord (par. 114).

51. Pour donner suite à cette demande, le secrétariat a élaboré un projet de disposition type contenant une liste de questions à traiter dans l'accord de projet. Comme indiqué ci-après, certaines de ces questions font également l'objet de dispositions types particulières, tandis que d'autres ont trait à des recommandations pour lesquelles le Groupe de travail n'a exigé aucune disposition:

a) L'alinéa *a* se fonde en partie sur le paragraphe 1 du chapitre IV du *Guide législatif de la CNUDCI*;

b) L'alinéa *b* se réfère en partie aux questions traitées dans la recommandation 5;

c) L'alinéa *c* se réfère à des questions traitées dans la recommandation 6;

d) L'alinéa *d* se réfère à des questions traitées dans les recommandations 42 et 43 et dans le projet de disposition type 29;

e) L'alinéa *e* se réfère à des questions traitées dans les recommandations 44 et 45 et dans les projets de dispositions types 30 à 32;

f) L'alinéa *f* se réfère à des questions traitées dans les recommandations 46 et 48;

g) L'alinéa *g* se fonde sur le contenu de la recommandation 52;

h) L'alinéa *h* se réfère à des questions traitées dans la recommandation 53 et dans le projet de disposition type 37;

i) L'alinéa *i* s'inspire des recommandations 52 et 54 *b*;

j) L'alinéa *j* s'inspire de la recommandation 54 *a*;

k) L'alinéa *k* résume les conseils sur les arrangements contractuels qui sont donnés aux paragraphes 73 à 76 du chapitre IV du *Guide législatif* et est le complément naturel des alinéas *h* et *i*;

l) L'alinéa *l* se fonde sur le contenu de la recommandation 56;

m) L'alinéa *m* se fonde sur le contenu de la recommandation 58 *a* et *b*;

n) L'alinéa *n* se fonde sur le contenu de la recommandation 58 *e*;

o) L'alinéa *o* se fonde sur le contenu de la recommandation 58 *d*;

p) L'alinéa *p* se fonde sur le contenu de la recommandation 61;

q) L'alinéa *q* se fonde sur le contenu de la recommandation 67;

r) L'alinéa *r* se réfère à des questions traitées dans les recommandations 41 et 69 et dans les projets de dispositions types 28 et 48.

Disposition type 28. Droit applicable (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandation 41, et chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 1 à 11)

52. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 41.

Disposition type 29. Organisation du concessionnaire (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandations 42 et 43, et chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 12 à 18)

53. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu des recommandations 42 et 43.

Disposition type 30. Propriété des biens; Disposition type 31. Acquisition du site du projet; et Disposition type 32. Servitudes (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandations 44 et 45, et chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 19 à 32)

54. Le projet de disposition type 30 se fonde sur le contenu de la recommandation 44. Les projets de dispositions types 31 et 32 reflètent le contenu de la recommandation 45, qui a été scindée en deux par souci de clarté.

Disposition type 33. Arrangements financiers (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandations 46 à 48, et chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 33 à 51)

55. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 46.

Disposition type 34. Sûretés (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandation 49, et chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 52 à 61)

56. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 49.

Disposition type 35. Cession de l'accord de concession (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandation 50, et chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 62 et 63)

57. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 50.

Disposition type 36. Transfert d'un intérêt majoritaire dans la société concessionnaire (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandation 51, et chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 64 à 68)

58. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 51.

Disposition type 37. Exploitation de l'infrastructure (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandations 53 et 55, et chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 80 à 93 et 96 et 97, respectivement)

59. Le paragraphe 1 de la disposition type 37 se fonde sur le contenu de la recommandation 53. Le paragraphe 2, qui reflète le contenu de la recommandation 55, a été ajouté à la suggestion d'un groupe d'experts extérieurs (voir également par. 79).

Disposition type 38. Indemnisation en cas de changements spécifiques dans la législation; Disposition type 39. Révision de l'accord de concession; Disposition type 40. Reprise d'un projet d'infrastructure par l'autorité contractante; et Disposition type 41. Substitution de concessionnaire (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandations 56 à 60, et chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 98 à 150)

60. Les projets de dispositions types 38 et 39 s'inspirent de la recommandation 58 *c*. Un certain nombre d'éléments ont toutefois été ajoutés dans l'une et l'autre disposition de manière à refléter le degré de détail de l'analyse faite aux paragraphes 121 à 130 du chapitre IV du *Guide législatif de la CNUDCI*.

61. Les projets de dispositions types 40 et 41 s'inspirent des recommandations 59 et 60, respectivement.

D. Durée, prorogation et résiliation de l'accord de concession

Disposition type 42. Durée et prorogation de l'accord de concession (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandations 61 et 62, et chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", par. 2 à 8)

62. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu des recommandations 61 et 62.

Disposition type 43. Résiliation de l'accord de concession par l'autorité contractante; Disposition type 44. Résiliation de l'accord de concession par le concessionnaire; et Disposition type 45. Résiliation de l'accord de concession par l'une ou l'autre partie (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandations 63 à 65, et chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", par. 9 à 35)

63. Les projets de dispositions types 43, 44 et 45 se fondent sur le contenu des recommandations 63, 64 et 65, respectivement.

Disposition type 46. Arrangements financiers lors de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de concession; et Disposition type 47. Liquidation et mesures de transfert (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandations 66 à 68, et chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", par. 36 à 62)

64. La disposition type 46 se fonde sur le contenu de la recommandation 67. La disposition type 47 reprend quant à elle le contenu de la recommandation 68, à laquelle a été ajouté un nouvel alinéa *a*, de manière à couvrir la plupart des questions mentionnées aux paragraphes 37 à 42 du chapitre V du *Guide législatif de la CNUDCI*.

E. Règlement des différends

Disposition type 48. Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandation 69, et chap. VI, "Règlement des différends", par. 3 à 41)

65. Le projet de disposition type comporte deux variantes pour traduire le principe énoncé dans la recommandation 69.

Disposition type 49. Différends impliquant le concessionnaire et ses prêteurs, entrepreneurs et fournisseurs (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandation 70, et chap. VI, "Règlement des différends", par. 42)

66. La disposition type 49 se fonde sur le contenu de la recommandation 70.

Disposition type 50. Différends avec des clients ou usagers de l'ouvrage (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandation 71, et chap. VI, "Règlement des différends", par. 43 à 45)

67. Ce projet de disposition type, dont l'addition a été suggérée par les experts consultés par le secrétariat, figure entre crochets, car le Groupe de travail n'avait demandé aucune disposition type concernant la recommandation 71 (voir A/CN.9/505, par. 174)

III. QUESTIONS NON TRAITÉES DANS LES PROJETS DE DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES

A. Questions traitées au chapitre premier du *Guide législatif de la CNUDCI* intitulé "Cadre législatif et institutionnel général"

Étendue du pouvoir d'attribuer des concessions (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandations 2 à 5, et chap. I[er], "Cadre législatif et institutionnel général", par. 15 à 22)

68. Aucun texte n'a été élaboré pour transformer en disposition type la recommandation 5, libellée comme suit:

> "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 droit 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."

69. Bien que le Groupe de travail ait estimé à sa dernière session qu'une disposition type sur le sujet serait utile, les experts sont convenus qu'il n'était pas possible de transformer cette recommandation en une telle disposition. La question du degré d'exclusivité de la concession pourrait en revanche être mentionnée parmi les éléments devant figurer dans l'accord de concession (voir l'alinéa *a* de la disposition type 27).

70. Étant donné la complexité des questions et la diversité des possibilités mentionnées dans la recommandation, les experts sont convenus qu'il vaudrait mieux traiter ce point dans une note accompagnant le texte de la disposition type relative au pouvoir de conclure des accords de concession (voir la disposition type 3).

Coordination administrative (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandation 6, et chap. I[er], "Cadre législatif et institutionnel général", par. 23 à 29)

71. La recommandation 6 est libellée comme suit:

> "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."

72. À sa dernière session, le Groupe de travail a estimé qu'une disposition type serait utile sur le sujet. Étant donné la complexité des questions et la diversité des possibilités mentionnées dans la recommandation, les experts sont convenus qu'il vaudrait mieux traiter le sujet dans une note accompagnant le texte de la disposition type relative au pouvoir de conclure des accords de concession (voir la proposition de note accompagnant le projet de disposition type 3).

Fonction de réglementation des services d'infrastructure (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandations 7 à 11, et chap. Ier, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 30 à 53)

73. Aucune disposition type n'a été demandée par le Groupe de travail (voir A/CN.9/505, par. 104).

B. Questions traitées au chapitre II du *Guide législatif de la CNUDCI* intitulé "Risques de projet et appui des pouvoirs publics"

Risques de projet et répartition des risques (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandation 12, et chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 8 à 29)

74. Aucune disposition type n'a été demandée par le Groupe de travail (voir A/CN.9/505, par. 104).

Appui des pouvoirs publics (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandation 13, et chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 30 à 60)

75. La recommandation 13 est libellée comme suit:

"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."

76. À sa dernière session, le Groupe de travail a estimé qu'une disposition type serait utile sur le sujet (voir A/CN.9/505, par. 106 à 108). Toutefois, étant donné la complexité des questions et la diversité des possibilités mentionnées dans la recommandation, les experts sont convenus qu'il vaudrait mieux traiter le sujet dans une note accompagnant le texte de la disposition type relative au pouvoir de conclure des accords de concession (voir la proposition de note accompagnant la disposition type 3). La question est néanmoins évoquée à l'alinéa *f* du projet de disposition type 27.

C. Questions traitées au chapitre IV du *Guide législatif de la CNUDCI* intitulé "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet"

Arrangements financiers (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandations 46 à 48, et chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 33 à 51)

77. Aucune disposition type particulière n'a été demandée par le Groupe de travail en ce qui concerne les recommandations 47 et 48 (voir A/CN.9/505, par. 129).

Travaux de construction (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandation 52, et chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 69 à 79)

78. Aucune disposition particulière n'a été demandée par le Groupe de travail (voir A/CN.9/505, par. 138). La question abordée dans la recommandation est toutefois mentionnée à l'alinéa *g* du projet de disposition type 27.

Exploitation de l'infrastructure (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandations 53 à 55, et chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 80 à 97)

79. Aucune disposition particulière n'a été demandée par le Groupe de travail en ce qui concerne les recommandations 54 et 55 (voir A/CN.9/505, par. 144). Les questions traitées dans ces recommandations sont toutefois mentionnées aux alinéas *h* à *j* du projet de disposition type 27.

Arrangements contractuels généraux (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandations 56 à 60, et chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 98 à 150)

80. Aucune disposition particulière n'a été demandée par le Groupe de travail en ce qui concerne les recommandations 56 et 57 (voir A/CN.9/505, par. 146). Toutefois, le sujet abordé dans la recommandation 56 est mentionné à l'alinéa *l* du projet de disposition type 27.

81. Le Groupe de travail n'a pas demandé non plus de disposition particulière en ce qui concerne la recommandation 58 *a*, *b*, *d* et *e* (voir A/CN.9/505, par. 148). Toutefois, pour que la liste figurant dans le projet de disposition type 27 soit exhaustive, on a mentionné, d'une part, à l'alinéa *m* et, d'autre part, aux alinéas *n* et *o* de cette disposition les questions abordées respectivement dans la recommandation 58 *a* et *b* et dans la recommandation 58 *d* et *e*.

D. Questions traitées au chapitre V du *Guide législatif de la CNUDCI* intitulé "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet"(voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandations 66 à 68, et chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", par. 36 à 62)

82. Aucune disposition particulière n'a été demandée par le Groupe de travail en ce qui concerne la recommandation 66 (voir A/CN.9/505, par. 160).

A/CN.9/WG.I/WP.29/Add.1

Projets de dispositions législatives types 1 à 26

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Pages

AVANT-PROPOS 98

I. DISPOSITIONS GÉNÉRALES 98

Disposition type 1. Préambule 98

Disposition type 2. Définition 99

Disposition type 3. Pouvoir de conclure des accords de concession . 99

Disposition type 4. Secteurs d'infrastructure dans lesquels des accords de concession peuvent être conclus 99

II. SÉLECTION DU CONCESSIONNAIRE 99

Disposition type 5. Règles régissant la procédure de sélection 99

1. Présélection des soumissionnaires 100

Disposition type 6. Objet de la présélection et procédure de présélection 100

Disposition type 7. Critères de présélection 101

Disposition type 8. Participation de consortiums 101

Disposition type 9. Décision concernant la présélection 101

2. Procédure de sollicitation de propositions 101

Disposition type 10. Sollicitation de propositions en une étape ou en deux étapes 101

Disposition type 11. Teneur de la sollicitation définitive de propositions 102

Disposition type 12. Garanties de soumission 102

Disposition type 13. Éclaircissements et modifications 103

Disposition type 14. Critères d'évaluation 103

Disposition type 15. Comparaison et évaluation des propositions ... 103

Disposition type 16. Négociations finales 103

3. Négociation d'accords de concession sans procédure de mise en compétition 104

Disposition type 17. Circonstances autorisant l'attribution d'un projet sans procédure de mise en compétition 104

Disposition type 18. Procédures de négociation d'un accord de concession 104

4. Propositions spontanées 104

Disposition type 19. Admissibilité des propositions spontanées 104

Disposition type 20. Procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées 105

Disposition type 21. Propositions spontanées ne comportant pas de concepts ou de technologies brevetés 105

Pages

Disposition type 22. Propositions spontanées comportant des concepts ou des technologies brevetés 105

5. Dispositions diverses 106

Disposition type 23. Confidentialité des négociations 106

Disposition type 24. Avis d'attribution du projet 106

Disposition type 25. Conservation des actes et informations liés aux procédures de sélection et d'attribution 106

Disposition type 26. Procédures de recours 106

AVANT-PROPOS

Les dispositions législatives types qui suivent (ci-après appelées "les dispositions types") ont été élaborées par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) en tant qu'additif à son Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé *(ci-après appelé "*le Guide législatif*"), qu'elle a adopté en 2000. Elles ont pour objet d'aider plus avant les organes législatifs nationaux à mettre en place un cadre législatif favorable aux projets d'infrastructure à financement privé. Il est conseillé de les lire conjointement avec les recommandations concernant la législation et les notes figurant dans le* Guide législatif*, qui fournissent une analyse des différentes questions (financières, réglementaires, juridiques, de politique et autres) liées au sujet examiné.*

Les dispositions types sont un ensemble de dispositions fondamentales portant sur des questions qu'il importe d'aborder dans les textes législatifs ayant spécifiquement trait aux projets d'infrastructure à financement privé. Bien qu'elles renvoient pour la plupart à des recommandations particulières formulées dans le Guide législatif*, elles ne couvrent pas tout l'éventail des questions abordées par ces dernières. En particulier, il n'y a aucune disposition type sur des questions administratives ou institutionnelles, comme celles qui sont traitées dans les recommandations 1, 5 et 6 à 13.*

Les dispositions types sont conçues pour être appliquées et complétées par des règlements plus détaillés, et les domaines pour lesquels un règlement serait plus approprié qu'une loi sont signalés. Par ailleurs, la réalisation avec succès de projets d'infrastructure à financement privé suppose, au-delà de la mise en place d'un cadre législatif approprié, l'existence de divers paramètres, tels que des structures et des pratiques administratives adéquates, des moyens organisationnels, des compétences techniques, des ressources humaines et financières suffisantes ainsi qu'une économie stable.

Il convient de noter que les dispositions types n'abordent pas d'autres domaines du droit qui ont également un impact sur les projets d'infrastructure à financement privé, mais sur lesquels aucune recommandation n'est formulée dans le Guide législatif*, par exemple la promotion et la protection des investissements, le droit des biens, les sûretés, les règles et procédures d'expropriation, les règles applicables aux marchés publics et le droit administratif, le droit fiscal, la protection de l'environnement et les lois relatives à la protection des consommateurs.*

Pour la commodité du lecteur, les intitulés qui précèdent les dispositions types reprennent le plus fidèlement possible les titres des chapitres et recommandations correspondants du Guide législatif. *Toutefois, dans un souci d'uniformisation du style, quelques titres ont été modifiés et d'autres ont été ajoutés de manière à refléter le contenu des dispositions auxquelles ils se rapportent.*

I. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Disposition type 1. Préambule

[Voir recommandation 1 et chap. I^er^, par. 2 à 14]

Variante A

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable d'établir un cadre législatif pour promouvoir et faciliter les investissements privés dans la construction des infrastructures,

Le [Gouvernement] [Parlement] ... adopte la loi ci-après:

Variante B

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable d'établir un cadre favorable à l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé en assurant la transparence, l'équité ainsi que la viabilité à long terme de ces projets et en éliminant les restrictions inopportunes à la participation du secteur privé à la construction et à l'exploitation des infrastructures;

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de renforcer davantage les principes généraux de transparence, d'économie et d'équité dans l'attribution de marchés par les autorités publiques en établissant des procédures précises pour l'attribution des projets d'infrastructure;

[*Autres objectifs que l'État adoptant souhaiterait éventuellement indiquer*].

Le [Gouvernement] [Parlement] ... adopte la loi ci-après:

Disposition type 2. Définition

[Voir Introduction, par. 9 à 20]

Aux fins de la présente Loi:

a) Le terme "*ouvrage*" désigne des installations matérielles et des systèmes qui fournissent directement ou indirectement des services à la population;

b) Le terme "*projet d'infrastructure*" désigne la conception, la construction, la mise en service et l'exploitation de nouveaux ouvrages ou la rénovation, la modernisation, l'expansion ou l'exploitation d'ouvrages existants;

c) le terme "*autorité contractante*" désigne l'autorité publique qui a le pouvoir de conclure un accord de concession pour l'exécution d'un projet d'infrastructure [conformément aux dispositions de la présente Loi][1];

d) Le terme "*concessionnaire*" désigne la personne qui exécute un projet d'infrastructure dans le cadre d'un accord de concession conclu avec une autorité contractante;

e) Le terme "*accord de concession*" désigne le ou les contrats juridiquement contraignants conclus entre l'autorité contractante et le concessionnaire qui énoncent les conditions d'exécution d'un projet d'infrastructure;

f) Les termes "*soumissionnaire*" et "*soumissionnaires*" désignent des personnes ou des groupes de personnes qui participent à des procédures de sélection pour l'attribution de projets d'infrastructure[2];

g) Le terme "*proposition spontanée*" désigne toute proposition relative à l'exécution d'un projet d'infrastructure qui n'est pas soumise en réponse à une sollicitation de propositions publiée par l'autorité contractante dans le cadre d'une procédure de sélection;

h) Le terme "*organisme de réglementation*" désigne une autorité publique qui est chargée d'édicter et de faire appliquer des règles et des règlements régissant l'ouvrage ou la prestation des services prévus[3].

[1]Il est à noter que l'autorité visée dans cette définition est uniquement habilitée à conclure des contrats de concession. Suivant le régime réglementaire de l'État adoptant, un organisme distinct, appelé "organisme de réglementation" à l'alinéa *h*, peut être chargé d'édicter des règles et règlements régissant la prestation des services prévus.

[2]Le terme "soumissionnaire" ou "soumissionnaires" désigne, selon le contexte, soit des personnes qui ont sollicité une invitation à participer à une procédure de présélection, soit des personnes qui ont soumis une proposition en réponse à une sollicitation de propositions émanant de l'autorité contractante.

[3]Il faudra peut-être définir la composition, la structure et les fonctions de cet organisme de réglementation dans un texte législatif spécial (voir recommandations 7 à 11 et chap. I[er], "Cadre législatif et institutionnel général", par. 30 à 53).

Disposition type 3. Pouvoir de conclure des accords de concession

[Voir recommandation 2 et chap. I[er], par. 15 à 18]

Les autorités publiques ci-après ont le pouvoir de conclure des accords de concession[4] pour l'exécution de projets d'infrastructure relevant de leur compétence respective: [*l'État adoptant indique les autorités publiques du pays hôte qui sont habilitées à conclure des accords de concession en insérant soit une liste exhaustive ou indicative de ces autorités, soit une liste des types d'autorités concernés soit encore une combinaison des deux*][5].

Disposition type 4. Secteurs d'infrastructure dans lesquels des accords de concession peuvent être conclus

[Voir recommandation 4 et chap. I[er], par. 19 à 22]

Des accords de concession peuvent être conclus par les autorités compétentes dans les secteurs suivants: [*l'État adoptant indique les secteurs concernés en insérant une liste exhaustive ou indicative*][6].

II. SÉLECTION DU CONCESSIONNAIRE

Disposition type 5. Règles régissant la procédure de sélection

[Voir recommandation 14 et chap. III, par. 1 à 33]

Les projets d'infrastructure sont attribués conformément aux [*dispositions types 6 à 26*] et, pour les matières non régies ci-après, conformément aux [*l'État adoptant indique*

[4]Il est souhaitable d'établir des mécanismes institutionnels 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 (voir recommandation 6 et chap. I[er], "Cadre législatif et institutionnel général", par. 23 à 29). En outre, pour les pays qui envisagent de fournir un certain type d'appui aux projets d'infrastructure, il peut être utile que les textes correspondants, tels que les lois ou règlements régissant les activités des organismes publics autorisés à fournir un tel appui, indiquent clairement quels sont les organismes habilités en la matière et quelle forme peut revêtir cet appui (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics").

[5]Les États adoptants auraient généralement deux possibilités pour compléter la présente disposition type. La première serait d'insérer une liste d'autorités habilitées à conclure des contrats de concession, soit dans la disposition elle-même, soit dans une annexe. La seconde serait d'indiquer dans une disposition les niveaux de l'État autorisés à conclure de tels contrats, sans désigner nommément les autorités publiques concernées. S'agissant d'un État fédéral, par exemple, cette disposition pourrait mentionner l'"Union, les États [ou provinces] et les municipalités". En tout état de cause, il est souhaitable que les États adoptants qui veulent insérer une liste exhaustive envisagent des mécanismes permettant de revoir celle-ci en cas de besoin. Ils pourraient à cette fin faire figurer ladite liste dans une annexe à la loi ou dans un règlement d'application de la loi susceptible d'être adopté.

[6]Il est souhaitable que les États adoptants qui veulent insérer une liste exhaustive envisagent des mécanismes permettant de revoir celle-ci en cas de besoin. Ils pourraient à cette fin faire figurer ladite liste dans une annexe à la loi ou dans un éventuel règlement d'application.

les dispositions de sa législation qui prévoient des procédures de mise en compétition transparentes et efficaces pour l'attribution des marchés publics][7].

1. Présélection des soumissionnaires

Disposition type 6. Objet de la présélection et procédure de présélection

[Voir recommandation 15 et chap. III, par. 34 à 50]

1. L'autorité contractante [peut engager] [engage] une procédure de présélection afin d'identifier les soumissionnaires ayant les qualifications voulues pour exécuter le projet d'infrastructure envisagé.

2. L'invitation à participer à la procédure de présélection est publiée conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation régissant la publication des invitations à participer aux procédures de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs*].

3. Dans la mesure où [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent le contenu des invitations à participer à la procédure de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs*] ne l'exigent pas déjà[8], l'invitation à participer à la procédure de présélection contient au minimum les renseignements suivants:

a) Une description de l'ouvrage à construire ou à rénover;

b) L'indication des autres éléments essentiels du projet, tels que les services devant être fournis par le concessionnaire, les arrangements financiers envisagés par l'autorité contractante (par exemple si le projet sera entièrement financé par des droits ou redevances ou si des fonds publics peuvent être octroyés au concessionnaire sous la forme de versements directs, de prêts ou de garanties); et

c) Lorsqu'elles sont connues, un résumé des principales clauses de l'accord de concession qui sera conclu;

d) Le mode et le lieu de soumission des demandes de présélection ainsi que le délai de soumission, consistant en une date et une heure précises et laissant suffisamment de temps aux soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs demandes;

e) Le mode et le lieu de soumission des demandes de dossier de présélection.

4. Dans la mesure où [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la teneur du dossier de présélection devant être communiqué aux fournisseurs et aux entrepreneurs dans le cadre d'une procédure de présélection*], ne l'exigent pas déjà[9], le dossier de présélection indique au minimum les éléments suivants:

a) Les critères de présélection prévus dans la [*disposition type 7*];

b) Si l'autorité contractante a l'intention de renoncer à appliquer les restrictions prévues dans la [*disposition type 8*] concernant la participation de consortiums;

c) Si l'autorité contractante a l'intention de demander à un nombre limité[10] seulement de soumissionnaires présélectionnés de soumettre des propositions une fois la procédure de présélection terminée conformément au [*paragraphe 2 de la disposition type 9*] et, le cas échéant, la façon dont cette sélection sera effectuée;

d) Si l'autorité contractante a l'intention de demander au soumissionnaire retenu de fonder une personne morale indépendante, constituée et incorporée selon les lois du [*présent État*] conformément à la [*disposition type 29*].

5. La procédure de présélection est conduite conformément au [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur la passation des marchés publics qui régissent la conduite de la procédure de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs*][11].

---

[7]Il convient de noter la relation entre les procédures de sélection du concessionnaire et le cadre législatif général régissant l'attribution des marchés publics dans l'État adoptant. Si certains éléments de compétition structurée existant dans les méthodes traditionnelles de passation des marchés peuvent être utilement appliqués, il faut néanmoins introduire un certain nombre d'adaptations pour tenir compte des exigences particulières des projets d'infrastructure à financement privé, telles qu'une phase de présélection clairement définie, une certaine souplesse dans la formulation des sollicitations de propositions, des critères d'évaluation spéciaux et une certaine latitude pour négocier avec les soumissionnaires. Les procédures de sélection décrites dans le présent chapitre s'inspirent dans une large mesure de la principale méthode de passation des marchés de services prévue dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, adoptée par la Commission à sa vingt-septième session, tenue à New York du 31 mai au 17 juin 1994 (ci-après appelée la "Loi type sur la passation des marchés"). Les dispositions types relatives à la sélection du concessionnaire n'ont pas pour objet de remplacer ni de reproduire la totalité des règles de l'État adoptant sur la passation des marchés publics, mais plutôt d'aider les législateurs nationaux à élaborer des règles s'appliquant spécialement à la sélection du concessionnaire. Elles partent du principe qu'il existe dans l'État adoptant un cadre général pour l'attribution des marchés publics prévoyant des procédures de mise en compétition transparentes et efficaces conformément aux règles énoncées dans la Loi type sur la passation des marchés. Aussi n'abordent-elles pas un certain nombre d'aspects procéduraux d'ordre pratique qui seraient normalement traités dans un régime général adéquat de passation des marchés. C'est le cas, par exemple, des points suivants: modalités de publication des avis, procédures de publication des sollicitations de propositions, conservation des actes et informations concernant la procédure de passation, possibilité de divulguer des informations au public, garanties de soumission et procédures de recours. Lorsqu'il y a lieu, les notes accompagnant les dispositions types renvoient aux dispositions de la Loi type sur la passation des marchés qui peuvent, *mutatis mutandis*, compléter les éléments pratiques de la procédure de sélection exposée dans le présent chapitre.

[8]On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans une invitation à participer à une procédure de présélection au paragraphe 2 de l'article 25 de la Loi type sur la passation des marchés.

[9]On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans un dossier de présélection au paragraphe 3 de l'article 7 de la Loi type sur la passation des marchés.

[10]Dans certains pays, des principes directeurs pratiques sur les procédures de sélection encouragent les autorités contractantes nationales à limiter les soumissions de propositions au plus petit nombre possible suffisant pour garantir une véritable concurrence (trois ou quatre, par exemple). La façon dont les systèmes de notation (en particulier quantitative) peuvent être utilisés pour arriver à ce nombre est examinée dans le *Guide législatif* (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 48 et 49). Voir également la note 13.

[11]Les paragraphes 2 à 7 de l'article 7 de la Loi type sur la passation des marchés décrivent différents aspects de la procédure de présélection, notamment la façon dont les demandes d'éclaircissements sont traitées et l'obligation d'information qui incombe à l'autorité contractante, concernant sa décision sur les qualifications des soumissionnaires.

Disposition type 7. Critères de présélection

[Voir recommandation 15 et chap. III, par. 34 à 40, 43 et 44]

Pour être admis à la procédure de sélection, les soumissionnaires intéressés doivent satisfaire aux critères[12] justifiables objectivement que l'autorité contractante juge appropriés pour la procédure envisagée, tels qu'ils sont indiqués dans le dossier de présélection. Ces critères sont au minimum les suivants:

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, notamment 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 ce projet;

c) Posséder des capacités de gestion et d'organisation appropriées, être fiable et avoir une expérience, notamment de l'exploitation d'ouvrages similaires.

Disposition type 8. Participation de consortiums

[Voir recommandation 16 et chap. III, par. 41 et 42]

1. Lorsqu'elle invite initialement les soumissionnaires à participer à la procédure de sélection, l'autorité contractante les autorise à constituer des consortiums soumissionnaires. Les renseignements demandés aux membres d'un consortium soumissionnaire pour démontrer leurs qualifications conformément à la [*disposition type 7*] concernent à la fois le consortium dans son ensemble et chacun de ses participants.

2. Sauf [autorisation contraire de ___ [*l'État adoptant indique l'autorité compétente*] et] indication contraire dans le dossier de présélection, chaque membre d'un consortium ne peut participer, directement ou indirectement, qu'à un seul consortium[13]. Toute infraction à cette règle entraîne la disqualification du consortium et de ses différents membres.

3. Lors de l'examen des qualifications des consortiums soumissionnaires, l'autorité contractante prend en considération les capacités des différents membres du consortium et détermine si la combinaison de ces qualifications permet de répondre aux besoins de toutes les phases du projet.

Disposition type 9. Décision concernant la présélection

[*Voir recommandations 17 (pour le paragraphe 2) et 25 (pour le paragraphe 3) et chap. III, par. 47 à 50*]

1. L'autorité contractante prend une décision sur les qualifications de chaque soumissionnaire ayant soumis une demande de présélection. Pour prendre cette décision, elle n'applique que les critères énoncés dans le dossier de présélection. Tous les soumissionnaires présélectionnés sont ensuite invités par l'autorité contractante à soumettre des propositions conformément aux [*dispositions types 10 à 16*].

2. Nonobstant le paragraphe 1, l'autorité contractante peut, à condition d'avoir fait une déclaration appropriée à cet effet dans le dossier de présélection, se réserver le droit de solliciter des propositions uniquement d'un nombre limité[14] de soumissionnaires répondant le mieux aux critères de présélection une fois la procédure de présélection terminée. À cette fin, elle note les soumissionnaires qui satisfont aux critères de présélection en se fondant sur les critères appliqués pour évaluer leurs qualifications et établit [une liste restreinte] [la liste définitive] des soumissionnaires qui seront invités à soumettre des propositions une fois la phase de présélection terminée. En établissant la liste restreinte, l'autorité contractante applique uniquement le mode de notation qui est prévu dans le dossier de présélection.

3. L'autorité contractante peut exiger de tout soumissionnaire présélectionné qu'il confirme ses qualifications conformément aux critères utilisés pour la présélection. Elle disqualifie tout soumissionnaire qui ne confirme pas ses qualifications alors qu'il en a été prié.

2. Procédure de sollicitation de propositions

Disposition type 10. Sollicitation de propositions en une étape ou en deux étapes

[Voir recommandations 18 et 19 et chap. III, par. 51 à 58]

1. L'autorité contractante fournit un exemplaire de la sollicitation [définitive] de propositions et des documents connexes publiés conformément à la [*disposition type 11*] à chaque soumissionnaire présélectionné qui en acquitte le prix éventuellement demandé.

---

[12]Les lois de certains pays prévoient une forme ou une autre de traitement préférentiel pour les entreprises nationales ou accordent un traitement spécial aux soumissionnaires qui s'engagent à utiliser des produits fabriqués dans le pays ou à employer de la main-d'œuvre locale. Les différents problèmes posés par les préférences nationales sont examinés dans le *Guide législatif* (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 43 et 44). Ce dernier indique que les pays souhaitant offrir des incitations aux fournisseurs nationaux peuvent éventuellement appliquer ces préférences sous la forme de critères d'évaluation spéciaux au lieu d'exclure systématiquement les fournisseurs étrangers. En tout état de cause, lorsque des préférences nationales sont envisagées, elles devraient être annoncées à l'avance, de préférence dans l'invitation à participer à la procédure de présélection.

[13]L'interdiction faite aux soumissionnaires de participer à plus d'un consortium pour soumettre des propositions concernant le même projet vise à réduire le risque de fuite de renseignements ou de collusion entre consortiums concurrents. La disposition type envisage néanmoins la possibilité d'exceptions particulières à cette règle dans le cas, par exemple, où seulement une entreprise ou un nombre limité d'entreprises seraient susceptibles de fournir un bien ou un service essentiel à l'exécution du projet.

[14]Dans certains pays, des principes directeurs pratiques sur les procédures de sélection encouragent les autorités contractantes nationales à limiter les soumissions de propositions au plus petit nombre possible suffisant pour garantir une véritable concurrence (trois ou quatre, par exemple). La façon dont les systèmes de notation (en particulier quantitative) peuvent être utilisés pour arriver à ce nombre est examinée dans le *Guide législatif* (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 48). Il convient de noter que le système de notation est uniquement utilisé pour la présélection des soumissionnaires. Les notes attribuées aux soumissionnaires présélectionnés ne devraient pas être prises en considération lors de la phase d'évaluation des propositions (voir la disposition type 15), pour laquelle tous les soumissionnaires présélectionnés devraient partir sur un pied d'égalité.

2. Nonobstant ce qui précède, l'autorité contractante peut recourir à une procédure en deux étapes pour solliciter des propositions des soumissionnaires présélectionnés lorsqu'[il ne lui est pas possible] [elle n'estime pas possible] de décrire dans la sollicitation de propositions les caractéristiques du projet, telles que le cahier des charges, les indicateurs de résultats, les arrangements financiers ou les clauses contractuelles de manière suffisamment détaillée et précise pour permettre la rédaction de propositions définitives.

3. En cas de procédure en deux étapes, les dispositions ci-après s'appliquent:

a) Les soumissionnaires sont invités, dans la sollicitation initiale de propositions, à soumettre, lors de la première étape de la procédure, des propositions initiales concernant le cahier des charges, les indicateurs de résultats, les besoins de financement ou d'autres caractéristiques du projet ainsi que les principales clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante[15];

b) L'autorité contractante peut convoquer des réunions et tenir des discussions avec l'un quelconque des soumissionnaires afin de clarifier certains points concernant la sollicitation initiale de propositions ou les propositions initiales et les documents joints présentés par les soumissionnaires;

c) Après examen des propositions reçues, l'autorité contractante peut revoir et, selon qu'il convient, réviser la sollicitation initiale de propositions en supprimant ou en modifiant tout aspect du cahier des charges, des indicateurs de résultats ou des besoins de financement initiaux, ou encore d'autres caractéristiques du projet, y compris les principales clauses contractuelles, et tout critère d'évaluation et de comparaison des propositions ainsi que de détermination du soumissionnaire à retenir, tels qu'ils sont définis dans cette sollicitation, de même qu'en y ajoutant d'autres caractéristiques ou des critères. Ces suppressions, modifications ou ajouts sont à la connaissance des soumissionnaires dans l'invitation à soumettre des propositions définitives;

d) Durant la deuxième étape de la procédure, l'autorité contractante invite les soumissionnaires à soumettre des propositions définitives correspondant à un ensemble unique de spécifications du cahier des charges, d'indicateurs de résultats ou de clauses contractuelles conformément aux [*dispositions types 11 à 16*].

[15]Dans de nombreux cas, en particulier pour de nouveaux types de projets, il se peut que l'autorité contractante ne soit pas en mesure, à ce stade, d'élaborer un projet détaillé des clauses contractuelles qu'elle envisage. Elle peut aussi juger préférable de rédiger ces clauses uniquement après une première série de consultations avec les soumissionnaires présélectionnés. Quoi qu'il en soit, il est important qu'elle donne, à ce stade, des indications sur les principales clauses du contrat de concession, en particulier sur la manière dont les risques de projet devraient être répartis entre les parties dans le cadre de ce contrat. Si cette répartition des droits et obligations contractuels est laissée entièrement ouverte jusqu'après la publication de la sollicitation définitive de propositions, les soumissionnaires peuvent chercher à réduire au minimum les risques qu'ils acceptent, ce qui peut aller à l'encontre de l'objectif d'un financement privé du projet (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 67 à 70; voir également chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 8 à 29).

Disposition type 11. Teneur de la sollicitation définitive de propositions

[Voir recommandation 20 et chap. III, par. 59 à 70]

Dans la mesure où [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la teneur des sollicitations de propositions*] ne l'exigent pas déjà[16], la sollicitation définitive de propositions comporte au minimum les renseignements suivants:

a) Renseignements généraux pouvant être requis par les soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs propositions[17];

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[18];

c) Clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante, avec indication des clauses considérées comme non négociables;

d) Critères d'évaluation des propositions et seuils éventuellement fixés par l'autorité contractante pour identifier les propositions non conformes; importance relative à accorder à chaque critère d'évaluation; et manière d'appliquer ces critères et seuils dans l'évaluation et le rejet des propositions.

Disposition type 12. Garanties de soumission

[Voir chap. III, par. 62]

1. [La sollicitation de propositions énonce les exigences concernant l'émetteur ainsi que la nature, la forme, le montant et d'autres conditions principales de la garantie de soumission demandée.]

2. [Un soumissionnaire ne perd pas la garantie de soumission qu'il a pu être tenu de fournir, sauf dans les cas suivants[19]:

a) Retrait ou modification d'une proposition après la date limite de soumission des propositions et, si cela est prévu dans la sollicitation de propositions, avant la date limite;

b) Défaut de participation aux négociations finales avec l'autorité contractante conformément à la [*disposition type 16*];

c) Défaut de présentation d'une meilleure offre définitive dans le délai prescrit par l'autorité contractante conformément au [*paragraphe 2 de la disposition type 16*];

d) Défaut de signature de l'accord de concession alors que la signature est exigée par l'autorité contractante, une fois la proposition acceptée;

[16]On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans une sollicitation de propositions relatives à des services à l'article 38 de la Loi type sur la passation des marchés.

[17]On trouvera une liste d'éléments à fournir aux paragraphes 61 et 62 du chapitre III du *Guide législatif* intitulé "Sélection du concessionnaire".

[18]Voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 64 à 66.

[19]On trouvera des dispositions générales sur les garanties de soumission à l'article 32 de la Loi type sur la passation des marchés.

e) Défaut de fourniture de la garantie requise de bonne exécution de l'accord de concession après l'acceptation de la proposition ou manquement, avant la signature de l'accord de projet, à toute autre condition spécifiée dans la sollicitation de propositions.]

Disposition type 13. Éclaircissements et modifications

[*Voir recommandation 21 et chap. III, par. 71 et 72*]

L'autorité contractante peut, de sa propre initiative ou en réponse à une demande d'éclaircissements d'un soumissionnaire, revoir et, selon qu'il convient, réviser la sollicitation définitive de propositions en supprimant ou en modifiant tout aspect du cahier des charges, des indicateurs de résultats ou des besoins de financement, ou d'autres caractéristiques du projet, y compris les principales clauses contractuelles, et tout critère d'évaluation et de comparaison des propositions ainsi que de détermination du soumissionnaire à retenir, tels qu'ils sont définis dans la sollicitation de propositions, de même qu'en y ajoutant des caractéristiques ou des critères. Ces suppressions, modifications ou ajouts sont portés à la connaissance des soumissionnaires de la même manière que la sollicitation définitive de propositions dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des propositions.

Disposition type 14. Critères d'évaluation

[*Voir recommandations 22 et 23 et chap. III, par. 73 et 77*]

1. Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions techniques[20] incluent au minimum les éléments suivants:

a) Rationalité technique et environnementale;

b) Faisabilité opérationnelle;

c) Qualité des services et mesures visant à assurer leur continuité.

2. Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions financières et commerciales[21] incluent, selon qu'il convient:

a) La valeur courante pendant la période de la concession des péages, prix unitaires et autres charges proposés;

b) La valeur courante des paiements directs que l'autorité contractante propose d'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, d'une autorité publique du [*présent État*];

e) La rationalité des arrangements financiers proposés;

f) La conformité des propositions aux clauses contractuelles négociables proposées par l'autorité contractante dans la sollicitation de propositions;

g) Le potentiel de développement socioéconomique offert par les propositions.

Disposition type 15. Comparaison et évaluation des propositions

[Voir recommandation 24 et chap. III, par. 78 à 82]

1. L'autorité contractante compare et évalue chaque proposition conformément aux critères d'évaluation, à l'importance relative accordée à chacun d'eux et à la procédure d'évaluation prévue dans la sollicitation de propositions.

2. Aux fins du paragraphe 1, l'autorité contractante peut fixer des seuils pour la qualité et les aspects techniques, financiers et commerciaux. Les propositions qui n'atteignent pas ces seuils sont considérées comme non conformes et sont écartées de la procédure de sélection[22].

Disposition type 16. Négociations finales

[Voir recommandations 26 et 27 et chap. III, par. 83 et 84]

1. L'autorité contractante classe toutes les propositions conformes et invite à une négociation finale de l'accord de concession le soumissionnaire ayant obtenu la note la plus élevée. Les négociations finales ne portent pas sur les clauses contractuelles éventuellement déclarées non négociables dans la sollicitation définitive de propositions.

2. Si l'autorité contractante se rend compte que les négociations avec le soumissionnaire invité n'aboutiront pas à un accord de concession, elle informe ce dernier de son intention d'y mettre fin et lui accorde un délai raisonnable pour présenter sa meilleure offre définitive. Si le soumissionnaire ne présente pas une offre acceptable par l'autorité contractante dans le délai prescrit, celle-ci met fin aux négociations avec lui. Elle invite ensuite à des négociations le soumissionnaire ayant obtenu la deuxième meilleure note; si les négociations avec ce dernier n'aboutissent pas à un accord de concession, elle invite alors les autres soumissionnaires à des négociations dans l'ordre de leur classement jusqu'à ce qu'elle parvienne à un accord de concession ou rejette toutes les propositions restantes. L'autorité contractante ne reprend pas des négociations avec un soumissionnaire auxquelles elle a mis fin conformément au présent paragraphe.

[20]Voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 74.

[21]Voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par 75 à 77.

[22]La présente disposition type donne un exemple de procédure d'évaluation susceptible d'être appliquée par une autorité contractante pour comparer et évaluer des propositions concernant des projets d'infrastructure à financement privé. D'autres procédures, telles que le processus d'évaluation en deux temps ou le système à deux enveloppes, sont décrites au chapitre III du *Guide législatif* intitulé "Sélection du concessionnaire" (par. 79 à 82). Contrairement à la procédure prévue dans la présente disposition, elles sont censées permettre à l'autorité contractante de comparer et d'évaluer les critères non financiers indépendamment des critères financiers afin d'éviter des situations dans lesquelles une importance excessive serait accordée à certains éléments de ces derniers (comme le prix unitaire) au détriment des premiers. Pour assurer l'intégrité, la transparence et la prévisibilité de la phase d'évaluation de la procédure de sélection, il est recommandé à l'État adoptant d'indiquer dans sa législation les méthodes que les autorités contractantes peuvent employer pour comparer et évaluer les propositions ainsi que leurs modalités d'application.

3. Négociation d'accords de concession sans procédure de mise en compétition

Disposition type 17. Circonstances autorisant l'attribution d'un projet sans procédure de mise en compétition

[Voir recommandation 28 et chap. III, par. 89]

[Sous réserve de l'approbation de... [*l'État adoptant indique l'autorité compétente*]][23], l'autorité contractante est autorisée à négocier un accord de concession sans recourir aux procédures prévues dans les [*dispositions types 6 à 16*], dans les cas suivants:

a) Lorsque, du fait de la nécessité urgente d'assurer la continuité du service, il ne serait pas pratique d'ouvrir les procédures prévues dans les [*dispositions types 6 à 16*], à condition que les circonstances à l'origine de cette urgence n'aient pu être prévues par l'autorité contractante et n'aient pas été le résultat de manœuvres dilatoires de sa part;

b) Lorsque le projet est de courte durée et que l'investissement initial escompté ne dépasse pas le montant [de... *l'État adoptant spécifie un montant maximal*] [prévu dans... *l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui spécifient le montant au-dessous duquel un projet d'infrastructure à financement privé peut être attribué sans recours à une procédure de mise en compétition*][24];

c) Lorsque le projet concerne la défense ou la sécurité nationales;

d) Lorsqu'une seule source est en mesure de fournir le service demandé, par exemple lorsque la prestation du service exige l'utilisation d'un droit de propriété intellectuelle ou d'un autre droit exclusif dont une ou plusieurs personnes ont la propriété ou la possession;

e) En cas de propositions spontanées du type visé dans la [*disposition type 22*];

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 invitation à la procédure de présélection et d'une nouvelle sollicitation de propositions aurait peu de chances d'aboutir à l'attribution du projet, dans les délais voulus, à condition que les clauses de tout accord de concession ainsi négocié entre les parties [soient conformes aux] [ne s'écartent pas du] cahier des charges et [aux] [des] clauses contractuelles initialement transmis avec la sollicitation de propositions;

g) Dans d'autres cas où [*l'État adoptant indique l'autorité compétente*] autorise une telle exception pour des raisons [impérieuses] d'intérêt général [ou dans d'autres cas de la même nature exceptionnelle, tels que définis par la loi][25].

Disposition type 18. Procédures de négociation d'un accord de concession

[Voir recommandation 29 et chap. III, par. 90]

Lorsqu'elle négocie un accord de concession sans recourir aux procédures prévues dans les [*dispositions types 6 à 16*], l'autorité contractante[26]:

a) Sauf pour les accords de concession négociés conformément à [*l'alinéa* c *de la disposition type 17*], fait publier un avis pour annoncer son intention d'engager des négociations concernant un accord de concession conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de toute législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la publication des avis*];

b) Mène des négociations avec un nombre aussi grand que possible de personnes qu'elle juge capables d'exécuter le projet en fonction des circonstances;

c) Fixe des critères d'évaluation en fonction desquels les propositions seront évaluées et classées.

4. Propositions spontanées[27]

Disposition type 19. Admissibilité des propositions spontanées

[Voir recommandation 30 et chap. III, par. 97 à 109]

À titre d'exception aux [*dispositions types 6 à 16*], l'autorité contractante[28] est autorisée à examiner des

[23]Soumettre l'attribution du contrat de concession sans recours à une procédure de mise en compétition à l'approbation d'une autorité supérieure vise à faire en sorte que l'autorité contractante n'engage des négociations directes avec des soumissionnaires que dans les circonstances appropriées (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 85 à 96). C'est pourquoi la disposition type propose que l'État adoptant indique quelle autorité est compétente pour autoriser des négociations dans tous les cas prévus par elle. L'État adoptant peut néanmoins fixer différentes conditions d'approbation pour chaque alinéa de la disposition. Dans certains cas, par exemple, il peut prévoir que le pouvoir d'engager de telles négociations découle directement de la loi. Dans d'autres, il peut subordonner les négociations à l'approbation de différentes autorités supérieures, selon la nature des services à fournir ou le secteur d'infrastructure concerné. L'État adoptant devra peut-être alors adapter la disposition type en ajoutant la condition d'approbation particulière requise à l'alinéa correspondant ou bien en ajoutant une référence aux dispositions de sa législation qui fixent ces conditions.

[24]Au lieu d'exclure la procédure de mise en compétition dans le cas visé à l'alinéa *b*, l'État adoptant peut envisager d'élaborer une procédure simplifiée de sollicitation de propositions, par exemple en appliquant les procédures décrites à l'article 48 de la Loi type sur la passation des marchés.

[25]Les États adoptants qui jugent souhaitable d'autoriser le recours à des procédures négociées au cas par cas souhaiteront peut-être conserver l'alinéa *g* lorsqu'ils appliqueront la disposition type. Les États adoptants qui souhaitent limiter les exceptions au recours à des procédures de sélection avec mise en compétition préféreront peut-être quant à eux ne pas l'inclure.

[26]Un certain nombre d'éléments destinés à accroître la transparence dans les négociations engagées conformément à la présente disposition type sont examinés au chapitre III du *Guide législatif* intitulé "Sélection du concessionnaire" (par. 90 à 96).

[27]Les considérations de politique générale sur les avantages et les inconvénients des propositions spontanées sont exposées au chapitre III du *Guide législatif* intitulé "Sélection du concessionnaire" (par. 98 à 100). Les États qui souhaitent autoriser les autorités contractantes à examiner de telles propositions voudront peut-être recourir aux procédures décrites dans les dispositions types 22 à 24.

[28]La disposition type part du principe que c'est l'autorité contractante qui est habilitée à examiner des propositions spontanées. Toutefois, suivant la réglementation de l'État adoptant, un organe indépendant de celle-ci peut être chargé d'examiner de telles propositions ou de déterminer, par exemple, si une proposition spontanée est dans l'intérêt général. En pareil cas, l'État adoptant devrait étudier soigneusement la façon dont les fonctions d'un tel organe doivent éventuellement être coordonnées avec celles de l'autorité contractante (voir les notes 1, 3 et 23, ainsi que les références qui y sont mentionnées).

propositions spontanées conformément aux procédures prévues dans les [*dispositions types 20 à 22*], à condition que ces propositions ne se rapportent pas à un projet pour lequel elle a entamé ou annoncé des procédures de sélection.

Disposition type 20. Procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées

[Voir recommandations 31 et 32 et chap. III, par. 110 à 112]

1. Après réception et examen préliminaire d'une proposition spontanée, l'autorité contractante fait savoir rapidement à son auteur si le projet est considéré ou non comme présentant un intérêt général[29].

2. Si le projet est considéré comme présentant un intérêt général conformément au paragraphe 1, l'autorité contractante invite l'auteur de la proposition à lui communiquer autant d'informations sur le projet proposé qu'il est possible à ce stade pour lui permettre d'évaluer correctement les qualifications de l'auteur et la faisabilité technique et économique du projet et de déterminer si le projet est susceptible d'être exécuté avec succès de la manière proposée dans des conditions acceptables par elle. À cette fin, l'auteur soumet une étude de faisabilité technique et économique, une étude d'impact sur l'environnement et des informations satisfaisantes concernant le concept ou la technologie envisagés dans la proposition.

3. Lorsqu'elle examine une proposition spontanée, l'autorité contractante respecte les droits de propriété intellectuelle, les secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs qui sont contenus dans la proposition qui en découlent ou y sont mentionnés. En particulier, elle n'utilise aucune information publiée ou fournie par l'auteur ou en son nom en rapport avec sa proposition spontanée à d'autres fins que l'évaluation de cette proposition, sauf consentement de l'auteur. [Sauf convention contraire des parties], l'autorité contractante, en cas de rejet de la proposition, restitue à son auteur l'original et toute copie des documents qu'il a soumis et préparés [, sur papier ou sous forme électronique,] durant la procédure.

Disposition type 21. Propositions spontanées ne comportant pas de concepts ou de technologies brevetés

[Voir recommandation 33 et chap. III, par. 113 et 114]

1. À l'exception des cas prévus dans la [*disposition type 17*], l'autorité contractante, si elle décide d'exécuter le projet, entame une procédure de sélection conformément aux [*dispositions types 6 à 16*] lorsqu'elle considère que:

a) L'exécution du projet est possible sans l'utilisation d'un droit de propriété intellectuelle ou d'un autre droit exclusif dont l'auteur de la proposition a la propriété ou la possession; ou

b) Le concept ou la technologie proposés ne sont pas véritablement nouveaux ou sans équivalent.

2. L'auteur de la proposition est invité à participer à la procédure de sélection entamée par l'autorité contractante conformément au paragraphe 1 et peut bénéficier d'une incitation ou d'un avantage similaire [suivant les modalités décrites par l'autorité contractante dans la sollicitation de propositions] en contrepartie de l'élaboration et de la soumission de la proposition.

Disposition type 22. Propositions spontanées comportant des concepts ou des technologies brevetés

[Voir recommandations 34 et 35 et chap. III, par. 115 à 117]

1. Si l'autorité contractante considère que les conditions énoncées aux [*alinéas* a *ou* b *du paragraphe 1 de la disposition type 21*] ne sont pas remplies, elle n'est pas tenue de mener une procédure de sélection conformément aux [*dispositions types 6 à 16*]. Elle peut néanmoins rechercher des éléments de comparaison pour la proposition spontanée conformément aux dispositions énoncées aux paragraphes 2 à 4[30].

2. Lorsque l'autorité contractante a l'intention de rechercher des éléments de comparaison pour la proposition spontanée, elle publie une description des éléments essentiels du produit proposé en invitant d'autres parties intéressées à soumettre des propositions dans [un délai raisonnable] [*l'État adoptant indique un certain délai*].

3. Si aucune proposition n'est reçue dans [un délai raisonnable] [le délai spécifié au paragraphe 2 ci-dessus] en réponse à une invitation publiée en application du paragraphe 2, l'autorité contractante peut entamer des négociations avec l'auteur de la proposition originale.

4. Si l'autorité contractante reçoit des propositions en réponse à une invitation publiée en application du paragraphe 2, elle invite les auteurs de ces propositions à des négociations conformément aux dispositions énoncées dans la [*disposition type 18*]. Si elle reçoit un nombre suffisamment important de propositions, qui paraissent à première vue répondre à ses besoins en matière d'infrastructures, l'autorité contractante demande que lui soient soumises des propositions conformément aux [*dispositions types 10 à 16*], sous réserve de toute incitation ou d'autre avantage dont peut bénéficier la personne ayant soumis la proposition spontanée conformément au [*paragraphe 2 de la disposition type 21*].

[29]Pour déterminer si un projet proposé est dans l'intérêt général, il faut examiner soigneusement ses avantages potentiels pour la population ainsi que le lien entre le projet et la politique de l'État dans le secteur d'infrastructure concerné. Afin d'assurer l'intégrité, la transparence et la prévisibilité des procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées, il peut être souhaitable que l'État adoptant donne, dans un règlement ou dans d'autres textes, des indications concernant les critères qui seront utilisés pour déterminer si une proposition spontanée est dans l'intérêt général, et qui pourrait comprendre des critères permettant d'évaluer l'adéquation des arrangements contractuels et le caractère raisonnable de la répartition proposée des risques.

[30]L'État adoptant souhaitera peut-être envisager d'adopter une procédure spéciale pour l'examen des propositions spontanées entrant dans le champ d'application de la présente disposition type, en prenant éventuellement modèle, *mutatis mutandis*, sur la procédure de sollicitation de propositions décrite à l'article 48 de la Loi type sur la passation des marchés.

5. Dispositions diverses

Disposition type 23. Confidentialité des négociations

[Voir recommandation 36 et chap. III, par. 118]

L'autorité contractante traite les propositions de manière à éviter la divulgation des informations qui y figurent aux soumissionnaires concurrents. Toutes discussions, communications et négociations ayant eu lieu entre l'autorité contractante et un soumissionnaire conformément [*au paragraphe 3 de la disposition type 10, aux dispositions types 16, 17, 18 ou au paragraphe 3 de la disposition type 22*] sont confidentielles. [Sauf si la loi ou une ordonnance judiciaire l'exige,] Aucune partie aux négociations ne divulgue à aucune autre personne, en dehors de ses mandataires, sous-traitants, prêteurs, conseillers ou consultants, des informations techniques, des informations relatives aux prix ou d'autres informations qu'elle a reçues concernant des discussions, communications et négociations ayant eu lieu conformément aux dispositions précitées sans le consentement de l'autre partie.

Disposition type 24. Avis d'attribution du projet

[Voir recommandation 37 et chap. III, par. 119]

À l'exception des projets d'infrastructure attribués conformément à [*l'alinéa* c *de la disposition type 17*], l'autorité contractante fait publier un avis d'attribution du projet conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la publication des avis d'attribution de marchés*]. Cet avis désigne le concessionnaire et comporte un résumé des principales clauses de l'accord de concession.

Disposition type 25. Conservation des actes et informations liés aux procédures de sélection et d'attribution

[Voir recommandation 38 et chap. III, par. 120 à 126]

L'autorité contractante conserve dûment les informations liées aux procédures de sélection et d'attribution conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur la passation des marchés publics qui régissent la conservation des actes et informations liés aux procédures de passation*][31].

Disposition type 26. Procédures de recours

[Voir recommandation 39 et chap. III, par. 127 à 131]

Un soumissionnaire qui déclare avoir subi, ou qui peut subir, une perte ou un préjudice du fait de la violation d'une obligation imposée par la loi à l'autorité contractante peut introduire un recours contre les actes ou omissions de l'autorité contractante conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent les recours contre les décisions prises dans le cadre des procédures de passation*][32].

[31]La nature des informations à conserver pour les différents types de procédures d'attribution envisagés dans les dispositions types, ainsi que la mesure dans laquelle ces informations peuvent être accessibles au public, devront peut-être être indiquées dans un règlement que l'État adoptant prendra pour appliquer la disposition type, lorsque sa législation sur la passation des marchés ne prévoit aucune règle sur ce point. Ces questions sont examinées au chapitre III du *Guide législatif* intitulé "Sélection du concessionnaire" (par. 120 à 126). Les éléments d'information à conserver sont indiqués à l'article 11 de la Loi type sur la passation des marchés.

[32]Les éléments d'un mécanisme de recours adéquat sont examinés au chapitre III du *Guide législatif* intitulé "Sélection du concessionnaire" (par. 127 à 131). Ils figurent également au chapitre VI de la Loi type sur la passation des marchés.

A/CN.9/WG.I/WP.29/Add.2

Projets de dispositions législatives types 27 à 50

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Pages

III. CONSTRUCTION ET EXPLOITATION DE L'INFRASTRUCTURE 107
Disposition type 27. Contenu de l'accord de concession 107
Disposition type 28. Droit applicable 108
Disposition type 29. Organisation du concessionnaire 108
Disposition type 30. Propriété des biens 108
Disposition type 31. Acquisition du site du projet 109

Pages

Disposition type 32. Servitudes 109
Disposition type 33. Arrangements financiers 109
Disposition type 34. Sûretés 109
Disposition type 35. Cession de l'accord de concession 109
Disposition type 36. Transfert d'un intérêt majoritaire dans la société concessionnaire 110
Disposition type 37. Exploitation de l'infrastructure 110
Disposition type 38. Indemnisation en cas de changements spécifiques dans la législation 110
Disposition type 39. Révision de l'accord de concession 110
Disposition type 40. Reprise d'un projet d'infrastructure par l'autorité contractante 110
Disposition type 41. Substitution de concessionnaire 111

IV. DURÉE, PROROGATION ET RÉSILIATION DE L'ACCORD DE PROJET 111
1. Durée et prorogation de l'accord de projet 111
Disposition type 42. Durée et prorogation de l'accord de concession 111
2. Résiliation de l'accord de projet 111
Disposition type 43. Résiliation de l'accord de concession par l'autorité contractante 111
Disposition type 44. Résiliation de l'accord de concession par le concessionnaire 111
Disposition type 45. Résiliation de l'accord de concession par l'une ou l'autre partie 111
3. Arrangements lors de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de concession 111
Disposition type 46. Arrangements financiers lors de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de concession 111
Disposition type 47. Liquidation et mesures de transfert 111

V. RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS 112
Disposition type 48. Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire 112
Disposition type 49. Différends impliquant le concessionnaire et ses prêteurs, entrepreneurs et fournisseurs 112
Disposition type 50. Différends avec des clients ou usagers de l'ouvrage . . . 112

III. CONSTRUCTION ET EXPLOITATION DE L'INFRASTRUCTURE

Disposition type 27. Contenu de l'accord de concession

[Voir de manière générale la recommandation 40 et chap. IV, par. 1 à 11]

L'accord de concession comporte des dispositions sur des questions que les parties estiment appropriées, telles que:

a) La nature et la portée des travaux devant être réalisés et des services devant être fournis par le concessionnaire [*voir chap. IV, par. 1*];

b) Les conditions de la fourniture de ces services et l'étendue de l'exclusivité, le cas échéant, des droits du concessionnaire découlant de l'accord de concession [*voir recommandation 5*];

c) L'assistance que l'autorité contractante peut fournir au concessionnaire pour qu'il obtienne les licences et permis nécessaires pour l'exécution du projet d'infrastructure [*voir recommandation 6*];

d) Toutes prescriptions relatives à la constitution d'une personne morale et à son capital minimal conformément à [*la disposition type 29*] [*voir recommandation 42 et projet de disposition type 29*];

e) La propriété des biens liés au projet et les obligations des parties, selon qu'il convient, concernant l'acquisition du site du projet et toutes servitudes nécessaires, conformément aux [*dispositions types 30 à 32*] [*voir recommandations 44 et 45 et projets de dispositions types 30 à 32*];

f) La rémunération du concessionnaire, en particulier et s'il y a lieu le droit du concessionnaire de demander, recevoir ou percevoir des redevances ou droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou des services qu'il fournit; les méthodes et formules de fixation ou d'ajustement de ces redevances ou droits; et tous versements, le cas échéant, pouvant être faits par l'autorité contractante ou une autre autorité publique [*voir recommandations 46 et 48*];

g) Les procédures d'examen et d'approbation, par l'autorité contractante, de l'ouvrage, des études techniques, plans et spécifications et les procédures d'essai et d'inspection finale, d'approbation et d'acceptation de l'ouvrage [*voir recommandation 52*];

h) L'étendue des obligations imposées au concessionnaire pour assurer, selon qu'il convient, la modification du service afin de répondre à la demande effective de ce service, sa continuité et sa fourniture dans des conditions essentiellement identiques pour tous les usagers [*voir recommandation 53 et projet de disposition type 37*];

i) Le droit de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique de suivre les travaux devant être réalisés et les services devant être fournis par le concessionnaire et les conditions auxquelles ainsi que la mesure dans laquelle l'autorité contractante ou un organisme de réglementation peuvent ordonner des modifications des travaux et des conditions du service ou prendre d'autres mesures raisonnables qu'ils peuvent 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 [*voir recommandation 54* b];

j) 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 [*voir recommandation 54* a];

k) Des mécanismes pour faire face aux frais supplémentaires et autres conséquences pouvant résulter de tout ordre émanant de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique en liaison avec les alinéas *h* et *i* ci-dessus, y compris toute indemnité à laquelle le concessionnaire pourrait avoir droit [*voir chap. IV, par. 73 à 76*];

l) Tous droits de l'autorité contractante d'examiner et d'approuver les principaux contrats que le concessionnaire est appelé à conclure, en particulier les contrats avec ses propres actionnaires ou d'autres personnes ayant un lien avec lui [*voir recommandation 56*];

m) Les garanties de bonne exécution que le concessionnaire est tenu de fournir et les polices d'assurance qu'il est tenu de souscrire pour l'exécution du projet d'infrastructure [*voir recommandation 58* a *et* b];

n) Les voies de recours ouvertes en cas de défaillance de l'une ou l'autre partie [*voir recommandation 58* e];

o) 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 concession en raison de circonstances échappant à son contrôle raisonnable [*voir recommandation 58* d];

p) La durée de l'accord de concession et les droits et obligations des parties à son expiration ou lors de sa résiliation [*voir recommandation 61*];

q) Les modalités de calcul de l'indemnité en application de [*la disposition type 46*] [*voir recommandation 67*];

r) Le droit applicable et les mécanismes de règlement des différends pouvant surgir entre l'autorité contractante et le concessionnaire [*voir recommandations 41 et 69 et projets de dispositions types 28 et 48*].

Disposition type 28. Droit applicable

[Voir recommandation 41 et chap. IV, par. 5 à 8]

L'accord de concession est régi par la loi du présent État [sauf stipulation contraire dans l'accord de concession.][1]

Disposition type 29. Organisation du concessionnaire

[Voir recommandations 42 et 43 et chap. IV, par. 12 à 18]

L'autorité contractante peut exiger que le soumissionnaire retenu constitue une personne morale conformément aux lois du [*présent État*], à condition qu'une déclaration ait été faite à cet effet dans le dossier de présélection ou dans la sollicitation de proposition, selon le cas. Toute prescription relative au capital minimal d'une telle personne morale ainsi que la procédure d'approbation par l'autorité contractante de ses statuts et des modifications importantes desdits statuts sont énoncées dans l'accord de concession.

Disposition type 30. Propriété des biens[2]

[Voir recommandation 44 et chap. IV, par. 20 à 26]

L'accord de concession précise, [lorsque c'est nécessaire et] selon qu'il convient, les biens qui sont ou seront la propriété de l'État et ceux qui sont ou seront la propriété

[1]Les systèmes juridiques apportent diverses réponses à la question de savoir si les parties à un accord de concession peuvent choisir comme droit applicable à l'accord un droit autre que celui du pays hôte. En outre, comme cela est indiqué dans le *Guide législatif* (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 5 à 8), dans certains pays l'accord de concession peut être soumis au droit administratif, tandis que dans d'autres il sera régi par le droit privé (voir aussi *Guide législatif*, chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", par. 24 à 27). Le droit applicable comprend également les règles d'autres tranches du droit qui s'appliquent aux différentes questions pouvant surgir pendant l'exécution d'un projet d'infrastructure (voir de manière générale le *Guide législatif*, chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", section B).

[2]La participation du secteur privé aux projets d'infrastructure peut prendre diverses formes, les infrastructures pouvant être détenues et exploitées entièrement par une entité publique ou totalement privatisées, avec de nombreuses variantes possibles entre ces deux extrêmes (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 47 à 53). Ces options générales déterminent habituellement l'approche législative de la propriété des biens liés au projet (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 20 à 26). Quelles que soient la politique générale ou la politique sectorielle du pays hôte, le régime de propriété des divers biens en question devrait être clairement défini et fondé sur une autorité législative suffisante. La clarté à cet égard est importante, car elle influera directement sur l'aptitude du concessionnaire à constituer des sûretés sur les biens du projet pour obtenir un financement de ce dernier (ibid., par. 52 à 61). Conformément à l'approche souple adoptée par divers systèmes juridiques, la disposition type n'envisage pas un transfert inconditionnel de tous les biens à l'autorité contractante, mais permet de faire une distinction entre les biens qui doivent être transférés à cette dernière, les biens qu'elle peut acheter si elle le souhaite et les biens qui restent la propriété privée du concessionnaire.

privée du concessionnaire. Il indique en particulier ceux qui appartiennent aux catégories suivantes:

a) Les biens, le cas échéant, que le concessionnaire est tenu, lorsqu'il y a lieu, de restituer ou transférer à l'autorité contractante ou à une autre entité indiquée par celle ci conformément aux clauses de l'accord de concession;

b) Les biens, le cas échéant, que l'autorité contractante peut, si elle le souhaite, acheter au concessionnaire; et

c) Les biens, le cas échéant, que le concessionnaire peut conserver ou dont il peut disposer à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de concession.

Disposition type 31. Acquisition du site du projet

[Voir recommandation 45 et chap. IV, par. 27 à 29]

1. L'autorité contractante ou une autre autorité publique selon les dispositions de la loi et les clauses de l'accord de concession [acquiert] [met à la disposition du concessionnaire] ou, selon qu'il convient, aide le concessionnaire à acquérir les droits relatifs au site du projet, y compris le titre de propriété du site, nécessaires à l'exécution du projet.

2. Toute expropriation de terrain pouvant être requise pour l'exécution du projet est effectuée conformément à [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent l'expropriation de biens privés par les autorités publiques pour des motifs d'intérêt général*] et aux clauses de l'accord de concession.

Disposition type 32. Servitudes[3]

[Voir recommandation 45 et chap. IV, par. 30]

Le concessionnaire [est] [se voit] autorisé à pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou y installer des équipements, selon qu'il convient et selon les besoins de l'exécution du projet [conformément à (*l'État adoptant indique les dispositions de son droit qui régissent les servitudes et autres droits similaires dont bénéficient ses entreprises de service public et exploitants d'infrastructure en vertu de ses lois*)].

Disposition type 33. Arrangements financiers

[Voir recommandation 46 et chap. IV, par. 33 à 51]

Le concessionnaire a le droit de demander, recevoir ou percevoir des redevances ou droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou des services qu'il fournit. L'accord de concession prévoit des méthodes et formules de fixation et d'ajustement de ces redevances ou droits [conformément aux règles établies par l'organisme de réglementation compétent][4].

Disposition type 34. Sûretés

[Voir recommandation 49 et chap. IV, par. 52 à 61]

1. Sous réserve de restrictions pouvant être indiquées dans l'accord de concession[5], le concessionnaire a le droit de constituer, sur l'un quelconque de ses biens ou droits, y compris sur ceux qui sont liés au projet d'infrastructure, les sûretés nécessaires pour obtenir tout financement requis pour le projet, y compris, en particulier, les suivantes:

a) Sûreté sur les biens meubles ou immeubles lui appartenant ou sur ses droits sur les biens du projet;

b) Un nantissement du produit et des créances qui lui sont dus pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit.

2. Les actionnaires du concessionnaire ont le droit de nantir les actions qu'ils obtiennent de la société concessionnaire ou de constituer sur elles toute autre sûreté;

3. Aucune sûreté visée au paragraphe 1 ne peut être constituée sur un bien du domaine public ou sur d'autres biens ou droits nécessaires pour la fourniture d'un service public, lorsque cela n'est pas autorisé par la loi du [*présent État*].

Disposition type 35. Cession de l'accord de concession

[Voir recommandation 50 et chap. IV, par. 62 et 63]

Sauf disposition contraire dans [*la disposition type 34*], les droits et obligations du concessionnaire découlant de l'accord de concession ne peuvent [, en totalité ou en partie,] être cédés à des tiers sans le consentement de l'autorité contractante. L'accord de concession énonce les conditions auxquelles l'autorité contractante [peut donner] [donne] son consentement à une cession des droits et obligations du concessionnaire découlant de l'accord de concession, y compris l'acceptation par le nouveau concessionnaire de toutes les obligations contractées au titre de cette dernière et la production par lui de preuves qu'il possède les capacités techniques et financières nécessaires pour fournir le service.

---

[3]Le droit de traverser une propriété adjacente à des fins liées au projet ou pour y effectuer des travaux peut être acquis par le concessionnaire directement ou d'office par une autorité publique en même temps que le site du projet. Une solution quelque peu différente pourrait être de prévoir que la loi elle-même autorise les prestataires de services publics à pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou à y installer des équipements selon les besoins de la construction, de l'exploitation et de la maintenance d'infrastructures publiques (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 30 à 32). La variante proposée dans la première série de crochets, dans la disposition type, vise à refléter ces options.

[4]Les péages, droits ou autres sommes perçus par le concessionnaire, désignés dans le *Guide législatif* par le terme "redevances" peuvent être, en l'absence de subventions ou de versements de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques, la principale (parfois même la seule) source de recettes permettant d'amortir les investissements effectués dans le projet (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 30 à 60). Le coût auquel les services publics sont fournis constitue généralement l'un des éléments de la politique d'infrastructure de l'État et une question d'un intérêt immédiat pour une grande partie de la population. C'est pourquoi de nombreux pays ont des règles spéciales pour le contrôle des redevances et des droits afférents à la prestation de services publics. En outre, dans certains systèmes juridiques, la loi ou des règles de droit générales définissent les paramètres applicables à la détermination des prix des biens ou des services, par exemple en prévoyant que les redevances doivent être "raisonnables", "équitables" ou "justes" (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 36 à 46).

[5]Ces restrictions peuvent, en particulier, concerner la réalisation des sûretés relatives aux biens du projet d'infrastructure.

Disposition type 36. Transfert d'un intérêt majoritaire[6] dans la société concessionnaire

[Voir recommandation 51 et chap. IV, par. 64 à 68]

Sauf disposition contraire dans l'accord de concession, un intérêt majoritaire dans la société concessionnaire ne peut être transféré à des tiers sans l'assentiment de l'autorité contractante. L'accord de concession énonce les conditions dans lesquelles cet assentiment [peut être] [est] donné.

Disposition type 37. Exploitation de l'infrastructure

[Voir recommandation 53 et chap. IV, par. 80 à 93 (pour le paragraphe 1) et recommandation 55 et chap. IV, par. 96 et 97 (pour le paragraphe 2)]

1. L'accord de projet énonce, selon qu'il convient, l'étendue des obligations imposées au concessionnaire pour assurer:

a) La modification du service afin de répondre à la demande de ce service;

b) La continuité du service;

c) La fourniture du service dans des conditions essentiellement identiques pour 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.

2. [Le concessionnaire a 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.]

Disposition type 38. Indemnisation en cas de changements spécifiques dans la législation

[Voir recommandation 58 c *et chap. IV, par. 122 à 125]*

L'accord de concession énonce la mesure dans laquelle le concessionnaire a droit à une indemnisation dans le cas où, pour l'exécution de cet accord, il a engagé des dépenses sensiblement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible qu'il n'était initialement prévu, du fait de changements dans la législation ou la réglementation spécifiquement applicable à l'ouvrage ou au service qu'il fournit.

[6]La notion d'"intérêt majoritaire" fait généralement référence au pouvoir de nommer la direction d'une société et d'influencer ou de déterminer son activité. Différents critères peuvent être utilisés dans divers systèmes juridiques ou même dans différents corps du droit au sein du même système, allant de critères formels attribuant un intérêt majoritaire au propriétaire d'une certaine proportion (le plus souvent plus de 50 %) du nombre total combiné de voix attribuées à toutes les catégories d'actions d'une société à des critères plus complexes tenant compte de la structure de direction effective d'une société. Les États adoptants qui n'ont pas de définition réglementaire d'"intérêt majoritaire" peuvent avoir besoin de définir ce terme dans des règlements d'application de la disposition type.

Disposition type 39. Révision de l'accord de concession

[Voir recommandation 58 c *et chap. IV, par. 126 à 130]*

Variante A

1. Sans préjudice de [*la disposition type 38*], l'accord de concession peut également énoncer la mesure dans laquelle le concessionnaire a le droit d'en demander la révision pour qu'il prévoie une indemnisation dans le cas où, pour l'exécution de cet accord, il a engagé des dépenses sensiblement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible qu'il n'était initialement prévu, du fait de:

a) Changements dans la situation économique ou financière; ou

b) Changements apportés à la législation ou à la réglementation autres que ceux mentionnés dans [*la disposition type 38*].

2. [Sauf stipulation contraire de l'accord de concession], il ne peut être accédé à une demande de révision de l'accord de concession faite en vertu du paragraphe 1 que si les changements d'ordre économique, financier, législatif ou réglementaire:

a) Surviennent après la conclusion du contrat;

b) Sont indépendants de la volonté du concessionnaire; et

c) Sont de nature telle qu'on ne pouvait raisonnablement s'attendre que le concessionnaire les ait pris en considération lors de la négociation de l'accord de projet ou en ait évité ou surmonté les conséquences.

3. L'accord de concession établit des procédures de révision des clauses qu'il contient en cas de tels changements.

Variante B

Sans préjudice de [*la disposition type 38*], l'accord de concession peut également énoncer la mesure dans laquelle le concessionnaire a le droit d'en demander la révision pour qu'il prévoie une indemnisation dans le cas où, pour l'exécution de cet accord, il a engagé des dépenses sensiblement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible qu'il n'était initialement prévu, du fait de changements dans la situation économique ou financière ou de changements apportés à la législation ou à la réglementation autres que ceux mentionnés dans [*la disposition type 38*].

Disposition type 40. Reprise d'un projet d'infrastructure par l'autorité contractante

[Voir recommandation 59 et chap. IV, par. 143 à 146]

Dans les cas prévus par l'accord de concession, l'autorité contractante a le droit d'assurer temporairement l'exploitation de l'ouvrage afin de garantir la continuité du service dans de bonnes conditions dans le cas où le concessionnaire aurait gravement manqué à ses obligations et n'aurait pas remédié à ce manquement dans un délai raisonnable après avoir été mis en demeure de le faire par elle.

Disposition type 41. Substitution de concessionnaire

[Voir recommandation 60 et chap. IV, par. 147 à 150]

L'autorité contractante et les entités octroyant un financement pour un projet d'infrastructure peuvent convenir de procédures pour substituer au concessionnaire une nouvelle personne physique ou morale désignée pour exécuter le projet dans le cadre de l'accord de concession en vigueur en cas de manquement grave du concessionnaire initial ou de survenance d'autres événements pouvant, autrement, justifier la résiliation de l'accord ou encore dans d'autres cas similaires, que l'autorité contractante et les entités octroyant un financement pour un projet d'infrastructure[7] peuvent déterminer d'un commun accord.

IV. DURÉE, PROROGATION ET RÉSILIATION DE L'ACCORD DE PROJET

1. Durée et prorogation de l'accord de projet

Disposition type 42. Durée et prorogation de l'accord de concession

[Voir recommandation 62 et chap. V, par. 2 à 8]

1. La durée de l'accord de concession, telle que stipulée conformément à [l'*alinéa* p *de la disposition type 27*], n'est pas prorogée sauf à la suite des événements 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; ou

c) [*Autres événements spécifiés par l'État adoptant.*]

2. La durée de l'accord de concession peut par ailleurs être prorogée pour permettre au concessionnaire d'amortir des frais supplémentaires dus à des exigences de l'autorité contractante non prévues initialement dans l'accord, si le concessionnaire n'est pas en mesure de les amortir pendant la durée initiale.

2. Résiliation de l'accord de projet

Disposition type 43. Résiliation de l'accord de concession par l'autorité contractante

[Voir recommandation 63 et chap. V, par. 14 à 27]

L'autorité contractante peut résilier l'accord de concession:

a) Lorsqu'on ne peut plus raisonnablement s'attendre 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 du versement d'une indemnité au concessionnaire, comme convenu dans l'accord de concession;

c) [*Autres cas que l'État adoptant souhaiterait peut-être ajouter dans la Loi.*]

Disposition type 44. Résiliation de l'accord de concession par le concessionnaire

[Voir recommandation 64 et chap. V, par. 28 à 33]

Le concessionnaire ne peut résilier l'accord de concession sauf dans les cas suivants:

a) Manquement grave de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique aux obligations contractées en vertu de l'accord de concession;

b) Exécution des obligations du concessionnaire rendue sensiblement plus onéreuse en raison d'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 concession.

Disposition type 45. Résiliation de l'accord de concession par l'une ou l'autre partie

[Voir recommandation 65 et chap. V, par. 34 et 35]

L'une ou l'autre partie a le droit de résilier l'accord de concession lorsque l'exécution de ses obligations est rendue impossible par des événements échappant à son contrôle raisonnable. Les parties ont en outre le droit de résilier l'accord par consentement mutuel.

3. Arrangements lors de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de concession

Disposition type 46. Arrangements financiers lors de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de concession

[Voir recommandation 67 et chap. V, par. 43 à 49]

L'accord de concession spécifie les modalités de calcul de l'indemnisation due à l'une ou l'autre partie en cas de résiliation de l'accord, notamment, s'il y a lieu, l'indemnisation correspondant à la juste valeur des travaux réalisés en application de l'accord aux dépenses engagées ou aux pertes subies par l'une ou l'autre partie, y compris, selon qu'il convient, au manque à gagner.

Disposition type 47. Liquidation et mesures de transfert

[Voir recommandation 68 et chap. V, par. 50 à 62]

L'accord de concession [peut énoncer] [énonce], selon les cas, les droits et obligations des parties concernant:

a) Les mécanismes et les procédures de transfert de biens à l'autorité contractante, selon qu'il convient;

[7] La substitution, au concessionnaire, d'une autre entité proposée par les prêteurs et acceptée par l'autorité contractante suivant les conditions convenues entre eux, vise à permettre aux parties d'éviter les conséquences préjudiciables de la résiliation de l'accord de concession (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 147 à 150). Les parties peuvent souhaiter d'abord prendre d'autres mesures pratiques, éventuellement de manière échelonnée, telles que la reprise temporaire du projet par les prêteurs ou un administrateur provisoire désigné par eux, ou encore la réalisation de la sûreté que les prêteurs détiennent sur les actions de la société concessionnaire par la vente de ces dernières à un tiers acceptable pour l'autorité contractante.

b) Le transfert de technologie requis pour l'exploitation de l'ouvrage;

c) La formation du personnel de l'autorité contractante ou d'un nouveau concessionnaire à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage;

d) La fourniture, par le concessionnaire, de services et de ressources d'appui sans interruption, y compris 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.

V. RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

Disposition type 48. Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire

[Voir recommandation 69 et chap. VI, par. 3 à 41]

Variante A

Tout différend entre l'autorité contractante et le concessionnaire est réglé grâce aux mécanismes de règlement des différends convenus par les parties dans l'accord de concession [*conformément à la loi du présent État*].

Variante B

L'autorité contractante est libre de convenir des mécanismes les mieux adaptés aux besoins du projet d'infrastructure pour régler les différends susceptibles de survenir entre les parties à l'accord de concession.

Disposition type 49. Différends impliquant le concessionnaire et ses prêteurs, entrepreneurs et fournisseurs

[Voir recommandation 70 et chap. VI, par. 42]

1. Le concessionnaire et ses actionnaires sont libres de choisir les mécanismes appropriés pour régler leurs différends.

2. Le concessionnaire est libre de convenir des mécanismes appropriés pour régler les différends entre lui et ses prêteurs, entrepreneurs, fournisseurs et autres partenaires commerciaux.

Disposition type 50. Différends avec des clients ou usagers de l'ouvrage

[Voir recommandation 71 et chap. VI, par. 43 à 45]

[Lorsque le concessionnaire fournit des services à la population ou exploite des ouvrages accessibles à la population, l'autorité contractante peut exiger de lui qu'il établisse des mécanismes simplifiés et efficaces pour traiter les réclamations émanant de ses clients ou d'usagers de l'ouvrage.]

A/CN.9/522

C. Projet d'additif au *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé*: note du secrétariat (A/CN.9/522 et Add.1 et 2) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Pages*
I.	INTRODUCTION	1-11	113
II.	PROJET D'ADDITIF AU *GUIDE LÉGISLATIF DE LA CNUDCI SUR LES PROJETS D'INFRASTRUCTURES À FINANCEMENT PRIVÉ*: PROJETS DE DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES	12-86	114
	A. Dispositions générales	13-18	114
	B. Sélection du concessionnaire	19-54	115
	C. Construction et exploitation de l'infrastructure	55-73	118
	D. Durée, prorogation et résiliation de l'accord de concession	74-82	119
	E. Règlement des différends	83-86	120
III.	QUESTIONS NON TRAITÉES DANS LES PROJETS DE DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES	87-100	120
	A. Questions traitées au chapitre premier du *Guide législatif de la CNUDCI* intitulé "Cadre législatif et institutionnel général"	87-91	120

		Paragraphes	*Pages*
B.	Questions traitées au chapitre II du *Guide législatif de la CNUDCI* intitulé “Risques de projet et appui des pouvoirs publics”	92-94	121
C.	Questions traitées au chapitre IV du *Guide législatif de la CNUDCI* intitulé “Construction et exploitation de l’infrastructure: cadre législatif et accord de projet”	95-99	121
D.	Questions traitées au chapitre V du *Guide législatif de la CNUDCI* intitulé “Durée, prorogation et résiliation de l’accord de projet”	100	121
IV.	LIEN ENTRE LES PROJETS DE DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES ET LES RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION	101-105	121

I. INTRODUCTION

1. À sa trente-troisième session, tenue à New York du 12 juin au 7 juillet 2000, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international avait adopté le *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d’infrastructure à financement privé*, comprenant des recommandations concernant la législation (A/CN.9/471/Add.9), telles que modifiées par la Commission à cette session, et des notes relatives à ces recommandations (A/CN.9/471/Add.1 à 8), dont le secrétariat a été autorisé à établir le texte final à la lumière des délibérations de la Commission[1]. Le *Guide législatif* a été publié dans toutes les langues officielles en 2001.

2. À la même session, la Commission avait également examiné une proposition concernant les travaux futurs dans ce domaine. L’avis avait 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 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[2].

3. Après examen de cette proposition, la Commission avait décidé d’étudier, à sa trente-quatrième session, l’opportunité et la possibilité d’élaborer 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 ou institutions financières internationales intéressées, en vue de diffuser des informations sur le *Guide*[3].

4. Un 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 (PPIAF), qui a pour vocation d’aider les pays en développement à améliorer la qualité de leurs infrastructures en mobilisant la participation du secteur privé. Le 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.

5. 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), et a exprimé sa gratitude au PPIAF pour son appui financier et organisationnel, ainsi qu’aux diverses organisations internationales, intergouvernementales et non gouvernementales représentées, et aux orateurs du Colloque.

6. Les diverses opinions exprimées quant à l’opportunité et à la faisabilité de travaux plus poussés par la Commission dans le domaine des projets d’infrastructure à financement privé sont indiquées dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-quatrième session[4]. La Commission est convenue qu’il faudrait confier à un groupe de travail le soin d’élaborer des dispositions législatives types fondamentales dans le domaine des projets d’infrastructure à financement privé. Elle a été d’avis que, si l’on voulait que les travaux soient réalisés dans un délai raisonnable, il était essentiel de choisir 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 particulières susceptibles de donner lieu à des dispositions législatives types, qui pourraient éventuellement prendre la forme d’un additif au *Guide*[5].

7. Le Groupe de travail (précédemment dénommé Groupe de travail sur les délais et la prescription dans le domaine de la vente internationale des objets mobiliers

[1] *Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 195 à 368.

[2] Ibid., par. 375.

[3] Ibid., par. 379.

[4] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), par. 366 à 369.

[5] Ibid., par. 369.

corporels) a tenu sa quatrième session à Vienne du 24 au 28 septembre 2001. Il était saisi du *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé*. Il a décidé d'utiliser les recommandations concernant la législation contenues dans le *Guide* comme base de ses délibérations.

8. Conformément à une proposition qui avait été faite au Colloque (A/CN.9/488, par. 19), le Groupe de travail a été invité à consacrer son attention à une phase particulière des projets d'infrastructure, à savoir la sélection du concessionnaire, en vue d'élaborer des propositions de texte spécifiques pour les dispositions législatives. Il a néanmoins été d'avis qu'il serait peut-être souhaitable d'avoir des dispositions législatives types sur divers autres sujets (voir A/CN.9/505, par. 18 à 174). Il a prié le secrétariat d'élaborer des dispositions législatives types dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé, sur la base de ces délibérations et décisions, pour les soumettre au Groupe de travail à sa cinquième session pour examen et discussion plus approfondis.

9. Le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur l'élaboration de dispositions législatives types fondamentales (ci-après appelés "projets de dispositions types") à sa cinquième session tenue à Vienne du 9 au 13 septembre 2002). Il a examiné les projets qui avaient été préparés par le secrétariat avec l'aide d'experts extérieurs et en a approuvé le texte, tel qu'il figurait en annexe à son rapport sur cette session (A/CN.9/521). Il a prié le secrétariat de distribuer lesdits projets de dispositions types aux États pour commentaires et de les présenter avec les commentaires reçus à la Commission, pour examen et adoption, à sa trente-sixième session qui doit se tenir à Vienne du 30 juin au 18 juillet 2003.

10. La section II du présent document contient de brèves notes explicatives sur les projets de dispositions types. La section III fait référence à des questions traitées dans le *Guide législatif de la CNUDCI* pour lesquelles des projets de dispositions types n'ont pas été élaborés. La section IV présente les différentes options dont dispose la Commission pour ce qui est du lien entre les projets de dispositions types et les recommandations concernant la législation.

11. Les additifs à la présente note contiennent les textes suivants: *a)* les projets de dispositions types, tels qu'ils ont été approuvés par le Groupe de travail; et *b)* un tableau de concordance présentant côte à côte les projets de dispositions types et les recommandations concernant la législation auxquelles elles se rapportent.

II. PROJET D'ADDITIF AU *GUIDE LÉGISLATIF DE LA CNUDCI SUR LES PROJETS D'INFRASTRUCTURES À FINANCEMENT PRIVÉ:* PROJETS DE DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES

12. Les projets de dispositions législatives types ont été élaborés par le secrétariat avec l'aide d'experts extérieurs, comme l'avaient demandé la Commission et le Groupe de travail. Ils développent plus avant les principes législatifs sous-jacents aux recommandations concernant la législation contenue dans le *Guide* à propos desquelles le Groupe de travail avait décidé, à ses quatrième et cinquième sessions, que de tels projets de dispositions devraient être élaborés. Ils sont, à l'occasion, accompagnés de notes destinées à donner des avis spécifiques et des orientations aux législateurs des États adoptants concernant les questions de politique générale relatives aux projets de dispositions types pertinents et aux options disponibles pour les appliquer. Par souci de commodité, les projets de dispositions types suivent d'aussi près que possible la séquence des recommandations concernant la législation telles qu'elles figurent dans le *Guide législatif de la CNUDCI.*

A. Dispositions générales

Disposition type 1. Préambule

13. À sa quatrième session, 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 (A/CN.9/505, par. 91).

Disposition type 2. Définitions

14. Sauf indication contraire, toutes les définitions figurant dans le projet de disposition type proviennent ou sont inspirées du *Guide législatif de la CNUDCI* (voir, en particulier, *Guide législatif de la CNUDCI*, "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 9 à 20).

Autorité contractante

15. En reliant la notion d'"autorité contractante" à celle de "contrat de concession", la définition proposée vise à éviter la difficulté consistant à faire référence à l'entité effectivement responsable de l'exécution de projets d'infrastructure.

Contrat de concession

16. À sa cinquième session, le Groupe de travail a noté que, étant donné la difficulté de proposer une définition du terme "concession" qui serait acceptable par divers systèmes juridiques, le secrétariat avait suggéré de regrouper les notions d'"accord de projet" et de "concession", qui avaient été employées dans le *Guide législatif*, dans une définition unique. L'emploi du terme "accord de concession" par rapport à la notion correspondante d'"accord de projet", qui a été employée dans le *Guide législatif*, aurait l'avantage, a-t-on dit, de faciliter l'incorporation des projets de dispositions types dans les systèmes juridiques nationaux, car ce terme, qui dans le passé était employé surtout dans les seuls systèmes de droit romain, l'était également de plus en plus dans les systèmes de *common law*.

17. Pour ces raisons, le Groupe de travail est convenu que des termes comme "accord de concession" ou "contrat de

concession" seraient préférables à "accord de projet". Parmi les différentes variantes proposées, les participants ont finalement exprimé une préférence pour le terme "contrat de concession", car il était déjà employé dans de nombreux systèmes juridiques et était moins ambigu que le mot "accord" qui, selon certaines délégations, convenait davantage dans un contexte de droit public (A/CN.9/521, par. 34 et 35).

Disposition type 3. Pouvoir de conclure des accords de concession

Disposition type 4. Secteurs d'infrastructure dans lesquels des contrats de concession peuvent être conclus

18. Le projet de disposition type 3 est fondé sur la recommandation 2 et le projet de disposition type 4 sur la recommandation 4.

B. Sélection du concessionnaire

Disposition type 5. Règles régissant la procédure de sélection

19. Le projet de disposition type reflète les principes inspirant la recommandation 14. Les notes qui l'accompagnent visent à mettre en lumière la relation étroite entre les procédures de sélection d'un concessionnaire et les lois générales de l'État adoptant sur la passation des marchés publics.

1. Présélection des soumissionnaires

Disposition type 6. Objet de la présélection et procédure de présélection

20. Bien qu'il n'y ait pas de recommandation spécifique correspondant au contenu du paragraphe 1 de la disposition type 6, celle-ci a été estimée nécessaire pour compléter les autres dispositions sur la présélection afin de préciser l'objet de cette procédure et de poser les règles essentielles la régissant (voir A/CN.9/521, par. 45). La disposition type s'inspire du paragraphe 1 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de biens, de travaux et de services (ci-après appelée "Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics").

21. Le paragraphe 3 contient quelques éléments supplémentaires provenant du paragraphe 36 du chapitre III du *Guide législatif*. Les éléments mentionnés au paragraphe 4 ont été ajoutés pour assurer la transparence en ce qui concerne les informations importantes visées dans les projets de dispositions types 7 à 9 et 30.

22. Le paragraphe 5 précise que les règles générales de l'État adoptant régissant la sélection des soumissionnaires ne s'appliquent que dans la mesure où cette question n'est pas traitée dans les paragraphes 1 à 4 du projet de disposition type.

Disposition type 7. Critères de présélection

23. La disposition type 7 est fondée sur le contenu de la recommandation 15.

Disposition type 8. Participation de consortiums

24. Les paragraphes 1 et 2 du projet de disposition type sont fondés sur la recommandation 16. Le paragraphe 2 réaffirme pour l'essentiel l'approche restrictive adoptée par la CNUDCI dans son *Guide législatif* de manière que chacun des membres d'un consortium admis ne puisse participer, directement ou par l'intermédiaire de filiales, qu'à une seule soumission pour le projet. Toutefois, la référence, au paragraphe 2, à la possibilité d'une exception, vise à rendre la règle plus souple, car il peut y avoir des cas où un projet ne pourrait être exécuté sans une certaine société, en raison de ses compétences particulières.

25. Les paragraphes 1 et 2 ont été rédigés de manière à refléter l'avis figurant aux paragraphes 41 et 42 du chapitre III du *Guide législatif de la CNUDCI* intitulé "Sélection du concessionnaire".

Disposition type 9. Décision concernant la présélection

26. Bien qu'il n'y ait pas de recommandation spécifique à laquelle corresponde le contenu du paragraphe 1 du projet de disposition type 9, cette disposition semble nécessaire pour préciser de quelle manière est prise une décision sur les qualifications des soumissionnaires. La disposition s'inspire du paragraphe 5 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

27. Le paragraphe 2 du projet de disposition type est fondé sur la recommandation 17.

28. Contrairement au *Guide législatif*, les projets des dispositions types n'emploient pas d'expressions telles que "liste restreinte" ou "liste définitive". Le Groupe de travail a été d'avis que les adjectifs "restreinte" et "définitive" n'étaient pas nécessaires dans un texte législatif pour qualifier la liste des soumissionnaires qui seraient ensuite invités par l'autorité contractante à soumettre des propositions (voir A/CN.9/521, par. 60).

2. Procédure de sollicitation de propositions

Disposition type 10. Sollicitation de propositions en une étape ou en deux étapes

29. Le paragraphe 1, qui reflète l'objet de la recommandation 18, est fondé sur l'article 26 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

30. Les paragraphes 2 et 3 sont fondés sur la recommandation 19. L'alinéa *a* du paragraphe 3 fait référence aux "principales clauses contractuelles" proposées par l'autorité contractante, au lieu simplement des "clauses contractuelles proposées" pour éviter de donner l'impression que l'on attendrait d'une autorité contractante qu'elle ait élaboré des documents relatifs au contrat détaillés à ce stade précoce du processus de sélection. L'alinéa *b* du paragraphe 3 est une version légèrement modifiée de l'alinéa *b* de la recommandation 19; il a été aligné sur le texte de l'analyse faite au paragraphe 57 du chapitre III du *Guide législatif de la CNUDCI* pour indiquer clairement que les soumissionnaires ne participeraient pas nécessairement aux réunions convoquées à ce stade. L'alinéa *c* du paragraphe 3 précise

l'alinéa *c* de la recommandation 19 en énonçant les éléments auxquels il est fait référence au paragraphe 58 du chapitre III du *Guide législatif*. L'alinéa *d* du paragraphe 3, qui est fondé sur le paragraphe 4 de l'article 46 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, a été ajouté pour préciser la séquence des actions pendant la première phase de la procédure.

31. À des fins de transparence et de responsabilisation, l'alinéa *b* du paragraphe 3 exige que l'autorité contractante soit tenue de conserver les procès-verbaux de toute réunion convoquée ou de toute discussion tenue avec des soumissionnaires, dans lesquels seraient consignés les points soulevés par ces derniers et les éclaircissements fournis par elle (voir A/CN.9/521, par. 68). Pour la même raison et pour limiter la possibilité de changements abusifs visant à favoriser certains soumissionnaires, l'alinéa *c* du paragraphe 3 exige que l'autorité contractante indique dans les actes et informations liés à la procédure de sélection qu'elle doit conserver, comme prévu dans le projet de disposition type 26, les motifs de toute modification apportée aux éléments de la sollicitation de propositions conformément à l'alinéa *c* du paragraphe 3 (A/CN.9/521, par. 69).

Disposition type 11. Teneur de la sollicitation définitive de propositions

32. La disposition type 11 est fondée sur la recommandation 20. Compte tenu de la deuxième phrase de la recommandation 26 et de l'analyse faite au paragraphe 69 du chapitre III du *Guide législatif de la CNUDCI*, l'alinéa *c* exige que la sollicitation définitive de propositions indique les clauses contractuelles considérées comme non négociables par l'autorité contractante. L'alinéa *d* contient une référence spécifique aux seuils fixés pour évaluer les propositions, dont il est question à la recommandation 24.

Disposition type 12. Garanties de soumission

33. Bien qu'il n'y ait pas de recommandation spécifique sur ce sujet, le Groupe de travail a jugé le projet de disposition type utile, car les circonstances dans lesquelles les soumissionnaires risquaient de perdre leurs garanties de soumission pouvaient différer selon qu'il s'agissait d'une procédure de sélection pour l'exécution d'un projet d'infrastructure à financement privé ou de la passation d'autres types de marchés (voir A/CN.9/521, par. 76).

Disposition type 13. Éclaircissements et modifications

34. Le projet de disposition est fondé sur la recommandation 21. Le texte qui a été ajouté vise à préciser la portée des modifications à la sollicitation de propositions. Le renvoi qui est fait au projet de disposition type 11 vise à rappeler aux autorités contractantes la nécessité de ne pas modifier inutilement les éléments essentiels de la sollicitation de propositions. À des fins de transparence, l'autorité contractante est tenue d'indiquer dans les actes et informations liés à la procédure de sélection, qu'elle doit conserver comme prévu dans le projet de disposition type 26, les motifs de toute modification apportée au contenu de la sollicitation de propositions conformément au projet de disposition type (voir A/CN.9/521, par. 82).

Disposition type 14. Critères d'évaluation

35. Le projet de disposition type est fondé sur les recommandations 22 et 23, qui ont été combinées pour une lecture plus facile.

36. Le Groupe de travail a été d'accord avec la suggestion faite par les experts extérieurs qui avaient été consultés par le secrétariat sur le fait qu'il serait plus approprié de faire figurer l'alinéa *d* de la recommandation 22 concernant le potentiel de développement socioéconomique offert par les propositions, dans les aspects commerciaux des propositions (recommandation 23). C'est pourquoi il apparaît à l'alinéa *g* du paragraphe 2 dans la disposition type 14 (voir A/CN.9/521, par. 86).

Disposition type 15. Comparaison et évaluation des propositions

37. Le projet de disposition type est fondé sur le contenu de la recommandation 24. Le titre a été modifié pour refléter de façon plus précise la portée de la disposition type. Une nouvelle disposition, au paragraphe 1, a été ajoutée pour préciser la séquence des actions de l'autorité contractante pour évaluer les propositions.

Disposition type 16. Confirmation de l'adéquation des qualifications aux critères

38. Ce projet de disposition type, qui figurait auparavant au paragraphe 3 du projet de disposition type 9, a été placé dans une disposition type distincte, car le Groupe de travail tenait à faire ressortir que l'autorité contractante serait fréquemment amenée à demander au soumissionnaire, après la fin de la phase de présélection, la confirmation que ses qualifications correspondaient bien aux critères. Le projet de disposition type est fondé sur la recommandation 25. Afin de préciser les critères de qualification que l'autorité contractante devrait utiliser dans cette situation, le Groupe de travail est convenu d'ajouter à la nouvelle disposition législative type une note reprenant sur le fond la dernière phrase du paragraphe 6 de l'article 34 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (voir A/CN.9/521, par. 92 et 93).

Disposition type 17. Négociations finales

39. Le projet de disposition type se fonde sur les recommandations 26 et 27, qui ont été combinées pour une lecture plus facile. À la suite des suggestions faites lors des consultations du secrétariat avec les experts extérieurs, le paragraphe 2 comporte l'obligation d'informer les soumissionnaires et de leur demander de présenter leur "meilleure offre définitive" dans un délai spécifié avant que l'autorité contractante ne mette fin aux négociations. La procédure prescrite à cette fin dans le projet de disposition type suit le paragraphe 8 de l'article 48 et le paragraphe 4 de l'article 49 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

3. Attribution d'une concession sans procédure de mise en compétition

Disposition type 18. Circonstances autorisant l'attribution sans procédure de mise en compétition

40. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 28.

41. Afin d'assurer la transparence des négociations menées conformément à l'alinéa *f*, le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait exiger de l'autorité contractante qu'elle indique dans le dossier qu'elle était tenue de conserver, en vertu de la disposition type 26, les raisons qui l'avaient amenée à s'écarter du cahier des charges et des clauses contractuelles initiaux. Il a également convenu qu'il faudrait ajouter à l'alinéa *f* une note apportant cette précision (voir A/CN.9/521, par. 103).

42. À la quatrième session du Groupe de travail, il avait été suggéré d'élargir la portée de l'alinéa *g* en ajoutant les termes "ou dans d'autres cas de la même nature exceptionnelle, définis par la loi" (voir A/CN.9/505, par. 63). À sa cinquième session, le Groupe de travail est convenu qu'il fallait conserver ces mots, mais que ceux-ci devraient figurer dans la note se rapportant à l'alinéa et non dans le corps du texte. Il est également convenu de supprimer les crochets entourant le mot "impérieuse" (voir A/CN.9/521, par. 104).

Disposition type 19. Procédures de négociation d'un contrat de concession

43. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 29. L'alinéa initial *c* de cette dernière relève maintenant de la disposition générale relative à l'avis d'attribution du projet dans le projet de disposition type 25.

44. Afin d'accroître la transparence en cas d'attribution d'un contrat de concession sans procédure de mise en compétition, le Groupe de travail est convenu que le libellé de l'alinéa *b* impliquait que le soumissionnaire avec lequel l'autorité contractante engageait des négociations directes devrait avoir apporté la preuve qu'il remplissait certains critères de qualification. Il a été convenu d'ajouter à cet effet une note se rapportant à cet alinéa (voir A/CN.9/521, par. 108).

4. Propositions spontanées

Disposition type 20. Admissibilité des propositions spontanées

45. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 30.

Disposition type 21. Procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées

46. Le projet de disposition type se fonde sur les recommandations 31 et 32. Le paragraphe 3 complète la recommandation 32 en vue de préciser les relations entre les droits de propriété intellectuelle de l'auteur et l'utilisation par l'autorité contractante des informations fournies par l'auteur.

47. Le mot "potentiel" au paragraphe 1 a été ajouté du fait qu'à un stade aussi précoce de l'examen d'une proposition spontanée il n'était pas possible de déterminer de manière définitive si un projet présentait ou non un intérêt général. La note relative à ce paragraphe a été ajoutée car les États adoptants peuvent souhaiter énoncer, éventuellement dans des dispositions réglementaires spéciales, les critères à utiliser pour évaluer les qualifications de l'auteur de la proposition, lesquels pourraient s'inspirer des critères mentionnés dans le projet de disposition type 7 (A/CN.9/521, par. 114 et 115).

Disposition type 22. Propositions spontanées ne comportant pas de concepts ou de technologies brevetés

48. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 33.

49. La conjonction "et" est employée à la place de "ou" pour relier les alinéas *a* et *b* du paragraphe 1, car le Groupe de travail a été d'avis que les conditions énoncées dans ces alinéas devraient être cumulatives (A/CN.9/521, par. 120).

Disposition type 23. Propositions spontanées comportant des concepts ou des technologies brevetés

50. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu des recommandations 34 et 35.

5. Dispositions diverses

Disposition type 24. Confidentialité des négociations

51. La disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 36. La première phrase est tirée de l'article 45 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. La référence aux "mandataires, sous-traitants, prêteurs, conseillers ou consultants" a été ajoutée pour éviter une interprétation trop restrictive de cette disposition.

Disposition type 25. Avis d'attribution du projet

52. Le projet de disposition type s'inspire de la recommandation 37.

Disposition type 26. Conservation des actes et informations liés aux procédures de sélection et d'attribution

53. Le projet de disposition type s'inspire de la recommandation 38. La note a été ajoutée, car le Groupe de travail a estimé que le projet de disposition type devrait recommander avec plus d'insistance aux États adoptants de revoir leur législation pour veiller à ce qu'elle tienne compte des règles de transparence internationalement reconnues (A/CN.9/521, par. 135).

Disposition type 27. Procédures de recours

54. Le projet de disposition type s'inspire de la recommandation 39.

C. Construction et exploitation de l'infrastructure

Disposition type 28. Contenu de l'accord de concession

55. À sa quatrième session, le Groupe de travail a été d'avis dans l'ensemble que diverses questions traitées au chapitre IV du *Guide législatif de la CNUDCI* étaient de nature contractuelle et n'exigeaient pas de dispositions types particulières (voir A/CN.9/505, par. 110 à 116). Il est néanmoins convenu qu'il serait utile de rédiger une disposition législative type énumérant les questions essentielles devant être abordées dans l'accord de projet. Il a prié le secrétariat de préparer un premier projet de disposition à partir des intitulés qui précédaient les recommandations 41 à 68, en apportant les modifications éventuellement nécessaires pour indiquer clairement, mais sans détails inutiles, les différents sujets à aborder dans cet accord (voir A/CN.9/505, par. 114).

56. Pour donner suite à cette demande, le projet de disposition type, qui reflète le principe de la recommandation 40, contient une liste de questions à traiter dans l'accord de projet. Comme indiqué ci-après, certaines de ces questions font également l'objet de dispositions types particulières, tandis que d'autres ont trait à des recommandations pour lesquelles le Groupe de travail n'a exigé aucune disposition:

a) L'alinéa *a* se fonde en partie sur le paragraphe 1 du chapitre IV du *Guide législatif de la CNUDCI*;

b) L'alinéa *b* se réfère en partie à des questions traitées dans la recommandation 5;

c) L'alinéa *c* se réfère à des questions traitées dans la recommandation 6;

d) L'alinéa *d* se réfère à des questions traitées dans les recommandations 42 et 43 et dans le projet de disposition type 29;

e) L'alinéa *e* se réfère à des questions traitées dans les recommandations 44 et 45 et dans les projets de dispositions types 30 à 32;

f) L'alinéa *f* se réfère à des questions traitées dans les recommandations 46 et 48. À la cinquième session du Groupe de travail, on a noté que dans certains pays la perception par le concessionnaire de redevances ou de droits auprès des utilisateurs en rémunération des services fournis était un élément constitutif de la concession. Il a donc été suggéré de supprimer les mots "s'il y a lieu" qui figuraient à la première ligne. On a objecté que l'intention, dans le projet de disposition type, était de donner au législateur des indications sur le contenu possible du contrat de concession, et non de réénoncer les éléments de la notion de "concession" dans tel ou tel système juridique. Afin de faire mieux ressortir le caractère indicatif de l'alinéa, il a été convenu de remplacer le membre de phrase "en particulier et s'il y a lieu, le droit du concessionnaire de demander, recevoir ou percevoir des" par les termes "qu'elle consiste en" (voir A/CN.9/521, par. 147);

g) L'alinéa *g* se fonde sur le contenu de la recommandation 52;

h) L'alinéa *h* se réfère à des questions traitées dans la recommandation 53 et dans le projet de disposition type 37;

i) L'alinéa *i* s'inspire des recommandations 52 et 54 *b*;

j) L'alinéa *j* s'inspire de la recommandation 54 *a*;

k) L'alinéa *k* résume les conseils sur les arrangements contractuels qui sont donnés aux paragraphes 73 à 76 du chapitre IV du *Guide législatif* et est le complément naturel des alinéas *h* et *i*;

l) L'alinéa *l* se fonde sur le contenu de la recommandation 56;

m) L'alinéa *m* se fonde sur le contenu de la recommandation 58 *a* et *b*;

n) L'alinéa *n* se fonde sur le contenu de la recommandation 58 *e*;

o) L'alinéa *o* se fonde sur le contenu de la recommandation 58 *d*;

p) L'alinéa *p* se fonde sur le contenu de la recommandation 61;

q) L'alinéa *q* se fonde sur le contenu de la recommandation 67;

r) L'alinéa *r* se réfère à des questions traitées dans la recommandation 69 et dans le projet de disposition type 49;

57. Dans la version anglaise, les mots "*such as*", dans le chapeau du projet de disposition type, ont été employés par le Groupe de travail pour insister sur l'idée que la liste, tout en ayant trait à des questions essentielles, ne visait pas à être obligatoire dans son intégralité. Le Groupe de travail est convenu à sa cinquième session que le texte n'était pas censé suggérer qu'un contrat qui ne contiendrait pas l'un quelconque des éléments énumérés dans le projet de disposition type serait nul, et ce sans préjudice de l'éventuelle responsabilité interne des agents de l'autorité contractante, question qui était laissée aux lois nationales des États adoptants et n'entrait pas dans le champ d'application des projets de dispositions types (voir A/CN.9/521, par. 144 à 146).

Disposition type 29. Droit applicable

58. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 41 si ce n'est que, contrairement à cette dernière, il envisage la possibilité pour les parties de s'entendre dans le contrat de concession sur l'application d'un droit autre que le droit de l'État adoptant (voir A/CN.9/521, par. 151 à 153).

Disposition type 30. Organisation du concessionnaire

59. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu des recommandations 42 et 43.

Disposition type 31. Propriété des biens

60. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 44.

Disposition type 32. Acquisition du site du projet

Disposition type 33. Servitudes

61. Les projets de dispositions types 32 et 33 se fondent sur le contenu de la recommandation 45, qui a été scindée en deux pour une lecture plus facile.

Disposition type 34. Arrangements financiers

62. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu des recommandations 46 et 47.

Disposition type 35. Sûretés

63. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 49.

Disposition type 36. Cession de l'accord de concession

64. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 50.

Disposition type 37. Transfert d'un intérêt majoritaire dans la société concessionnaire

65. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 51.

Disposition type 38. Exploitation de l'infrastructure

66. Le paragraphe 1 de la disposition type 38 se fonde sur le contenu des recommandations 53 et 55.

67. Le Groupe de travail a réexaminé la question de l'opportunité d'inclure une disposition type traitant du droit du concessionnaire de publier et de faire appliquer des règles concernant l'utilisation de l'ouvrage, disposition type qu'il n'avait pas, à sa quatrième session, jugée nécessaire (voir A/CN.9/505, par. 144). Il a été fait observer que certains pays qui avaient recours depuis longtemps à la concession des services publics reconnaissaient au concessionnaire le pouvoir d'établir des règles destinées à faciliter la fourniture du service (telles que des instructions à l'intention des usagers ou des règles de sécurité), de prendre des mesures raisonnables pour faire respecter ces règles et de suspendre la fourniture du service en cas d'urgence ou pour des raisons de sécurité. Toutefois, étant donné le caractère essentiel de certains services publics, une autorisation législative était parfois nécessaire pour que ce pouvoir puisse être exercé par une entité autre que le gouvernement. Le Groupe de travail est donc convenu, à sa cinquième session, qu'il serait utile de conserver la disposition contenue dans le paragraphe 2 (A/CN.9/521, par. 183).

Disposition type 39. Indemnisation en cas de changements spécifiques dans la législation

68. Le projet de disposition type 39 s'inspire de la recommandation 58 *c*. Un certain nombre d'éléments ont toutefois été ajoutés de manière à refléter le degré de détail de l'analyse faite aux paragraphes 122 à 125 du chapitre IV du *Guide législatif*.

Disposition type 40. Révision de l'accord de concession

69. Le projet de disposition 40 s'inspire de la recommandation 58 *c*. Un certain nombre d'éléments ont toutefois été ajoutés de manière à refléter le degré de détail de l'analyse faite aux paragraphes 126 à 130 du chapitre IV du *Guide législatif*.

70. Le projet de disposition type ne traite pas la question des conséquences d'un désaccord entre l'autorité contractante et le concessionnaire à propos d'une révision du contrat de concession. Cette question est abordée à l'alinéa *b* du projet de disposition type 45.

Disposition type 41. Reprise d'un projet d'infrastructure par l'autorité contractante

71. Le projet de disposition type s'inspire de la recommandation 59.

Disposition type 42. Substitution de concessionnaire

72. Le projet de disposition type s'inspire de la recommandation 60.

73. À sa cinquième session, le Groupe de travail a rejeté la suggestion visant à ce que la disposition mentionne aussi le concessionnaire parmi les parties à l'accord énonçant les modalités et conditions de la substitution. Il a également rejeté la suggestion tendant à limiter les circonstances entraînant la substitution à un manquement grave par le concessionnaire aux obligations lui incombant en vertu du contrat de concession. Il a estimé que les modifications proposées s'écartaient de la politique générale sur laquelle reposait le *Guide législatif* (voir A/CN.9/521, par. 201 à 204).

D. Durée, prorogation et résiliation de l'accord de concession

Disposition type 43. Durée et prorogation de l'accord de concession

74. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 62.

75. À la cinquième session du Groupe de travail, on a fait observer que le contenu du projet de disposition type, en particulier son alinéa *c*, était trop strict, car il ne donnait pas à l'autorité contractante et aux concessionnaires la possibilité de se mettre d'accord pour proroger le contrat de concession. En réponse à cette observation, on a fait observer que la disposition suivait sur ce point le *Guide législatif* qui spécifiait qu'une telle prorogation ne devait être autorisée que si la loi de l'État adoptant en prévoyait la possibilité. Le Groupe de travail a, pour cette raison, décidé de maintenir inchangé le corps du texte de la disposition. Il a alors été suggéré d'ajouter à cette dernière une note visant à rappeler aux États adoptants qu'ils pouvaient envisager la possibilité d'une prorogation du contrat de concession par accord mutuel entre l'autorité contractante et le concessionnaire pour des raisons impérieuses d'intérêt général. Le Groupe de travail a souscrit à cette suggestion (A/CN.9/521, par. 207 et 208).

Disposition type 44. Résiliation de l'accord de concession par l'autorité contractante

76. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 63.

77. On a ajouté le mot "impérieuses" après le mot "raisons", à l'alinéa *b*, de manière à aligner de plus près la disposition sur le *Guide législatif* et à assurer la cohérence avec la note ajoutée au projet de disposition type 43. Afin d'éclairer les États adoptants sur la signification de la notion de raisons "impérieuses" d'intérêt général, le Groupe de travail a décidé d'ajouter à l'alinéa *b* une note renvoyant au texte pertinent du *Guide législatif* (A/CN.9/521, par. 212).

Disposition type 45. Résiliation de l'accord de concession par le concessionnaire

78. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 64. L'alinéa *b* a été ajouté de manière à aligner le projet de disposition type sur le projet de disposition type 40.

79. Le renvoi, à l'alinéa *c*, aux alinéas *h* et *i* du projet de disposition type 28, vise à donner une indication de la nature des actes d'autres autorités publiques susceptibles d'ouvrir au concessionnaire le droit de résilier le contrat de concession. L'expression "révision appropriée", qui figure dans la recommandation, a été remplacée par le mot "révision", car le droit de résilier résulte du fait objectif de l'absence d'accord sur une révision, et non d'une évaluation subjective de ce qui constituerait une révision "appropriée" (voir A/CN.9/521, par. 218).

Disposition type 46. Résiliation de l'accord de concession par l'une ou l'autre partie

80. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 65.

Disposition type 47. Arrangements financiers lors de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de concession

81. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 67.

Disposition type 48. Liquidation et mesures de transfert

82. L'alinéa *a* du projet de disposition type reprend le contenu de la recommandation 66 et les questions mentionnées aux paragraphes 37 à 42 du chapitre V du *Guide législatif*, et l'alinéa *b* le contenu de la recommandation 68 et les questions mentionnées aux paragraphes 50 à 62 du même chapitre V.

E. Règlement des différends

Disposition type 49. Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire

83. Le projet de disposition type s'inspire de la recommandation 69.

84. À la cinquième session du Groupe de travail, il a été indiqué que les lois de certains États prévoyaient déjà des mécanismes de règlement des différends qui étaient considérés comme bien adaptés aux besoins des projets d'infrastructure à financement privé. Les parties au contrat de concession ne devraient pas être dissuadées d'opter pour ces mécanismes lorsqu'ils existaient. La note relative à la disposition envisage cette possibilité (voir A/CN.9/521, par. 232 à 236).

Disposition type 50. Différends avec des clients ou usagers de l'ouvrage

85. Le projet de disposition type, qui se fonde sur le contenu de la recommandation 71, a été inclus bien que le Groupe de travail, à sa quatrième session, n'ait pas demandé qu'une disposition type soit rédigée sur la question (voir A/CN.9/505, par. 174). À sa cinquième session, le Groupe de travail est revenu sur cette décision, car il a estimé que le projet de disposition type soulignait la nécessité de prévoir des mesures appropriées pour protéger les droits des usagers des services publics et des ouvrages, ce qui constituait un souci important dans de nombreux systèmes juridiques (voir A/CN.9/521, par. 242).

Disposition type 51. Autres différends

86. Le projet de disposition type est fondé sur le contenu de la recommandation 70.

III. QUESTIONS NON TRAITÉES DANS LES PROJETS DE DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES

A. Questions traitées au chapitre premier du *Guide législatif de la CNUDCI* intitulé "Cadre législatif et institutionnel général"

Étendue du pouvoir d'attribuer des concessions (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandations 2 à 5, et chap. I^er^, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 15 à 22)

87. Aucun texte n'a été élaboré pour transformer en disposition type la recommandation 5, bien que le Groupe de travail, à sa quatrième session, ait estimé qu'une disposition type sur le sujet serait utile (voir A/CN.9/505, par. 93 à 96). Le secrétariat a souligné que, de l'avis des experts qu'il avait consultés, il n'était pas possible de transformer cette recommandation en une telle disposition (voir A/CN.9/WG.I/WP.29, par. 69). La question du degré d'exclusivité de la concession a en revanche été mentionnée parmi les éléments devant figurer dans l'accord de concession en vertu de l'alinéa *b* du projet de disposition type 28.

88. Le Groupe de travail, à sa cinquième session, ne s'est pas opposé aux suggestions ci-dessus.

Coordination administrative (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandation 6, et chap. I^er^, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 23 à 29

89. À sa quatrième session, le Groupe de travail a estimé qu'une disposition type serait utile sur le sujet (voir A/CN.9/505, par. 98 à 100). Toutefois, étant donné la complexité des questions et la diversité des possibilités mentionnées dans la recommandation, les experts consultés par le secrétariat ont estimé qu'il vaudrait mieux traiter le sujet dans une note accompagnant le texte de la disposition type 3 relative au pouvoir de conclure des accords de concession.

90. Le Groupe de travail, à sa cinquième session, ne s'est pas opposé aux suggestions ci-dessus.

Fonction de réglementation des services d'infrastructure (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandations 7 à 11, et chap. Ier, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 30 à 53)

91. Aucune disposition type n'a été demandée par le Groupe de travail (voir A/CN.9/505, par. 102).

B. Questions traitées au chapitre II du *Guide législatif de la CNUDCI* intitulé "Risques de projet et appui des pouvoirs publics"

Risques de projet et répartition des risques (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandation 12, et chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 8 à 29)

92. Aucune disposition type n'a été demandée par le Groupe de travail (voir A/CN.9/505, par. 104).

Appui des pouvoirs publics (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandation 13, et chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 30 à 60)

93. À sa quatrième session, le Groupe de travail a estimé qu'une disposition type sur le sujet serait utile (voir A/CN.9/505, par. 106 à 108). Toutefois, étant donné la complexité des questions et la diversité des possibilités mentionnées dans la recommandation, les experts consultés par le secrétariat ont estimé qu'il vaudrait mieux traiter le sujet dans une note accompagnant le texte de la disposition type relative au pouvoir de conclure des accords de concession (voir proposition de note accompagnant le projet de disposition 3). La question est néanmoins évoquée à l'alinéa *f* du projet de disposition type 28.

94. Le Groupe de travail, à sa cinquième session, ne s'est pas opposé aux suggestions ci-dessus.

C. Questions traitées au chapitre IV du *Guide législatif de la CNUDCI* intitulé "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet"

Arrangements financiers (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandations 46 à 48, et chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 33 à 51)

95. Aucune disposition type particulière n'a été demandée par le Groupe de travail en ce qui concerne les recommandations 47 et 48 (voir A/CN.9/505, par. 129). Les questions abordées dans ces recommandations sont toutefois mentionnées à l'alinéa *f* du projet de disposition type 28.

Travaux de construction (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandation 52, et chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 69 à 79)

96. Aucune disposition particulière n'a été demandée par le Groupe de travail (voir A/CN.9/505, par. 138). La question est toutefois mentionnée à l'alinéa *g* du projet de disposition type 28.

Exploitation de l'infrastructure (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandations 53 à 55, et chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 80 à 97)

97. Aucune disposition particulière n'a été demandée par le Groupe de travail en ce qui concerne la recommandation 54 (voir A/CN.9/505, par. 142). Les questions traitées dans cette recommandation sont toutefois mentionnées aux alinéas *i* et *j* du projet de disposition type 28.

Arrangements contractuels généraux (voir *Guide législatif de la CNUDCI*, recommandations 56 à 60, et chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 98 à 150)

98. Aucune disposition particulière n'a été demandée par le Groupe de travail en ce qui concerne les recommandations 56 et 57 (voir A/CN.9/505, par. 146). Toutefois, le sujet abordé dans la recommandation 56 est mentionné à l'alinéa *l* du projet de disposition type 28.

99. Le Groupe de travail n'a pas demandé non plus de disposition particulière en ce qui concerne les recommandations 58 *a*, *b*, *d* et *e* (voir A/CN.9/505, par. 148). Toutefois, pour que la liste figurant dans le projet de disposition 28 soit exhaustive, on a mentionné, d'une part à l'alinéa *m*, et d'autre part aux alinéas *n* et *o* de cette disposition, les questions abordées respectivement dans la recommandation 58 *a* et *b* et dans la recommandation 58 *d* et *e*.

D. Questions traitées au chapitre V du *Guide législatif de la CNUDCI* intitulé "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet"

100. Aucune disposition particulière n'a été demandée par le Groupe de travail en ce qui concerne la recommandation 66 (voir A/CN.9/505, par. 160). Toutefois, il est fait référence de façon générale à la question à l'alinéa *a* du projet de disposition type 48.

IV. LIEN ENTRE LES PROJETS DE DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES ET LES RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION

101. À sa cinquième session, le Groupe de travail a longuement examiné le lien entre les projets de dispositions types et le *Guide législatif* (voir A/CN.9/521, par. 18 à 21). De l'avis général, les dispositions ne s'écartaient pas des orientations et principes sur lesquels reposait le *Guide*, mais avaient plutôt vocation à les compléter. De ce fait, elles ne remplaçaient pas le *Guide* dans son ensemble et devaient être interprétées et appliquées à la lumière et avec l'aide des notes explicatives figurant dans celui-ci.

102. Le Groupe de travail a ensuite examiné le lien particulier entre les projets de dispositions types et les

recommandations concernant la législation figurant dans le *Guide législatif*. Il a observé, à cet égard, que les dispositions abordaient la plupart des questions traitées dans les recommandations. Il a néanmoins constaté que des questions traitées dans certaines recommandations, à savoir les recommandations 1 et 5 à 13, n'étaient abordées dans aucune des dispositions types. Ce simple fait excluait toute possibilité de remplacer l'ensemble des recommandations par des projets de dispositions types.

103. Le Groupe de travail a alors examiné si les projets de dispositions types et les recommandations devraient être présentées sous la forme de deux textes connexes, mais distincts, ou si elles devaient être regroupées en un seul texte contenant tous les projets de dispositions ainsi que les recommandations pour lesquelles aucun projet de disposition type n'avait été élaboré.

104. Bien que certains participants aient appuyé l'idée de séparer les recommandations et les projets de dispositions types, de manière à montrer plus clairement l'évolution des travaux de la Commission dans ce domaine, il était souhaitable, de l'avis général, d'envisager de les regrouper pour en faciliter l'utilisation. Le secrétariat a été prié de revoir soigneusement à la fois les projets de dispositions types et les recommandations afin de recenser celles de ces dernières qui traitaient de questions non abordées dans les projets de dispositions types. Ces recommandations devraient ensuite être présentées dans une rubrique distincte figurant dans le même texte que les projets de dispositions types, de sorte que la Commission prenne une décision à leur sujet en connaissance de cause. Le Groupe de travail a recommandé à la Commission d'examiner si les dispositions législatives types, une fois adoptées, devaient annuler et remplacer les recommandations traitant du même sujet. Un texte regroupant les recommandations restantes et les projets de dispositions types est contenu dans un additif au présent document (A/CN.9/522/Add.1). Pour faciliter la tâche de la Commission, le secrétariat a aussi préparé un tableau de concordance (voir A/CN.9/522/Add.2).

105. Le Groupe de travail est convenu de recommander à la Commission, à condition que des crédits soient disponibles au budget des publications, de regrouper les projets de dispositions types avec le *Guide législatif* dans une publication unique le plus tôt possible après qu'elle les aura adoptés. Toutefois, afin de ne pas en retarder la diffusion et pour éviter que les stocks existants d'exemplaires du *Guide* ne restent inutilisés, il a été suggéré que la Commission examine si les projets de dispositions types pourraient, pendant une période intérimaire, faire l'objet d'une publication distincte, dans laquelle leur lien avec le *Guide* devrait être indiqué clairement.

A/CN.9/522/Add.1

Projet final de synthèse de dispositions législatives types

ADDITIF

1. L'annexe à la présente note contient le texte intégral des dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé, telles que les a approuvées le Groupe de travail sur les projets d'infrastructure à financement privé à sa cinquième session (Vienne, 9-13 septembre 2002).

2. Comme il est indiqué aux paragraphes 19 à 21 du document A/CN.9/521, trois options principales s'offrent à la Commission en ce qui concerne le lien entre les projets de dispositions types et les recommandations concernant la législation qui figure dans le *Guide législatif*. La première consisterait à conserver à la fois les recommandations et les dispositions types, une fois celles-ci adoptées, sous forme de deux textes distincts; la deuxième à remplacer l'ensemble des recommandations par les dispositions législatives types; et la troisième à remplacer uniquement les recommandations pour lesquelles la Commission aurait adopté des dispositions législatives types. On trouvera dans le document A/CN.9/522/Add.2 un tableau de concordance présentant les recommandations et les dispositions législatives types correspondantes.

3. Pour aider plus avant la Commission à examiner cette question, l'annexe à la présente note contient le texte des recommandations pour lesquelles aucune disposition législative type n'a été élaborée, suivi du texte intégral des dispositions législatives types. Les dispositions types ont été renumérotées de manière que soit maintenu l'ordre cardinal. L'avant-propos tient compte de l'hypothèse selon laquelle certaines au moins des recommandations seront conservées parallèlement aux dispositions législatives types.

4. Si la Commission décide de procéder ainsi, la première publication des dispositions législatives types, en attendant qu'elles soient incorporées dans une future édition de synthèse du *Guide législatif de la CNUDCI*, contiendra une note dont la teneur pourrait être la suivante:

> *"Les dispositions législatives types (ci-après appelées "les dispositions types") ont été adoptées par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) en 2003 en tant qu'additif à son* Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé *(ci-après appelé "le* Guide législatif*"), qu'elle a adopté en 2000. Elles reflètent, en langage juridique, les principes énoncés dans les recommandations qui figuraient à l'origine dans le* Guide législatif *et remplacent ces recommandations à l'exception de celles pour lesquelles aucune disposition type n'a été élaborée. Bien qu'elles renvoient pour la plupart à des recommandations particulières formulées dans le* Guide législatif*, elles ne couvrent pas tout l'éventail des questions*

abordées par ces dernières. En particulier, il n'y a aucune disposition type sur des questions administratives ou institutionnelles, comme celles qui sont traitées dans les recommandations 1 et 5 à 13. Le texte de synthèse des recommandations restantes et des dispositions types remplace l'ensemble des recommandations concernant la législation énoncée aux pages xi à xxv du Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé*".*

5. Le texte de l'annexe I comporte, sous l'intitulé des projets de dispositions types et parfois dans le corps du texte, des renvois aux recommandations correspondantes. Si la Commission décide que les dispositions types, une fois adoptées, devraient remplacer l'ensemble ou une partie des recommandations, ces renvois seront supprimés de la version finale du texte.

6. Les renvois internes entre les projets de dispositions types ont été laissés en italiques et entre crochets, en attendant que la Commission décide si les projets de dispositions types devraient ou non devenir une loi type. Si c'est la forme d'une loi qui est choisie, les renvois feront référence à des "articles" et non plus à des "dispositions types".

ANNEXE

TABLE DES MATIÈRES

		Pages
AVANT-PROPOS		125

Première partie: recommandations concernant la législation

	Recommandations	*Pages*
I. CADRE LÉGISLATIF ET INSTITUTIONNEL GÉNÉRAL	1-11	125
Cadre constitutionnel, législatif et institutionnel	1	125
Étendue du pouvoir d'attribuer des concessions	2-5	125
Coordination administrative	6	125
Fonction de réglementation des services d'infrastructure	7-11	125
II. RISQUES DE PROJET ET APPUI DES POUVOIRS PUBLICS	12-13	126
Risques de projet et répartition des risques	12	126
Appui des pouvoirs publics	13	126

Deuxième partie: projets de dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé

	Dispositions types	*Pages*
I. DISPOSITIONS GÉNÉRALES	1-4	126
Préambule	1	126
Définitions	2	126
Pouvoir de conclure des contrats de concession	3	127
Secteurs d'infrastructure dans lesquels des contrats de concession peuvent être conclus	4	127
II. SÉLECTION DU CONCESSIONNAIRE	5-27	127
Règles régissant la procédure de sélection	5	127
Objet de la présélection et procédure de présélection	6	127
Critères de présélection	7	128
Participation de consortiums	8	128
Décision concernant la présélection	9	129
Sollicitation de propositions en une étape ou en deux étapes	10	129
Teneur de la sollicitation de propositions	11	130
Garanties de soumission	12	130
Éclaircissements et modifications	13	130
Critères d'évaluation	14	130

		Dispositions types	*Pages*
	Comparaison et évaluation des propositions	15	131
	Confirmation de l'adéquation des qualifications aux critères	16	131
	Négociations finales	17	131
	Circonstances autorisant l'attribution d'un contrat sans procédure de mise en compétition	18	131
	Procédures de négociation d'un contrat de concession	19	132
	Admissibilité des propositions spontanées	20	132
	Procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées	21	132
	Propositions spontanées ne comportant pas de droits de propriété intellectuelle, de secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs	22	133
	Propositions spontanées comportant des droits de propriété intellectuelle, des secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs	23	133
	Confidentialité des négociations	24	133
	Avis d'attribution du contrat	25	133
	Conservation des actes et informations liés aux procédures de sélection et d'attribution	26	134
	Procédures de recours	27	134
III.	CONSTRUCTION ET EXPLOITATION DE L'INFRASTRUCTURE	28-42	134
	Contenu du contrat de concession	28	134
	Droit applicable	29	135
	Organisation du concessionnaire	30	135
	Propriété des biens	31	135
	Acquisition de droits relatifs au site du projet	32	135
	Servitudes	33	135
	Arrangements financiers	34	135
	Sûretés	35	136
	Cession du contrat de concession	36	136
	Transfert d'un intérêt majoritaire dans la société concessionnaire	37	136
	Exploitation de l'infrastructure	38	136
	Indemnisation en cas de changements spécifiques dans la législation	39	136
	Révision du contrat de concession	40	137
	Reprise d'un projet d'infrastructure par l'autorité contractante	41	137
	Substitution de concessionnaire	42	137
IV.	DURÉE, PROROGATION ET RÉSILIATION DU CONTRAT DE CONCESSION	43-48	137
	Durée et prorogation du contrat de concession	43	137
	Résiliation du contrat de concession par l'autorité contractante	44	137
	Résiliation du contrat de concession par le concessionnaire	45	138
	Résiliation du contrat de concession par l'une ou l'autre partie	46	138
	Arrangements financiers lors de l'expiration ou de la résiliation du contrat de concession	47	138
	Liquidation et mesures de transfert	48	138
V.	RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS	49-51	138
	Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire	49	138
	Différends avec des clients ou usagers de l'ouvrage	50	138
	Autres différends	51	138

Avant-propos

Les pages qui suivent contiennent un ensemble de principes législatifs généraux recommandés intitulés "Recommandations concernant la législation" et des dispositions législatives types (ci-après appelées "les dispositions types") sur les projets d'infrastructure à financement privé. Les recommandations concernant la législation et les dispositions types ont pour objet d'aider les organes législatifs nationaux à mettre en place un cadre législatif favorable aux projets d'infrastructure à financement privé. Elles sont suivies de notes qui fournissent une analyse des différentes questions (financières, réglementaires, juridiques, de politique et autres) liées au sujet examiné. Il est conseillé de lire les recommandations concernant la législation et les dispositions types conjointement avec les notes qui fournissent des informations d'ordre général visant à mieux les faire comprendre.

Les recommandations concernant la législation et les dispositions types sont un ensemble de dispositions fondamentales portant sur des questions qu'il importe d'aborder dans les textes législatifs ayant spécifiquement trait aux projets d'infrastructure à financement privé.

Les dispositions types sont conçues pour être appliquées et complétées par des règlements plus détaillés, et les domaines pour lesquels un règlement serait plus approprié qu'une loi sont signalés. Par ailleurs, la réalisation avec succès de projets d'infrastructure à financement privé suppose, au-delà de la mise en place d'un cadre législatif approprié, l'existence de divers paramètres, tels que des structures et des pratiques administratives adéquates, des moyens organisationnels, des compétences techniques, juridiques et financières, des ressources humaines et financières suffisantes ainsi qu'une économie stable.

Il convient de noter que les recommandations concernant la législation et les dispositions types n'abordent pas d'autres domaines du droit qui ont également un impact sur les projets d'infrastructure à financement privé, mais sur lesquels aucune recommandation n'est formulée dans le Guide législatif*, par exemple la promotion et la protection des investissements, le droit des biens, les sûretés, les règles et procédures d'expropriation, le droit général des contrats, les règles applicables aux marchés publics et le droit administratif, le droit fiscal, la protection de l'environnement et les lois relatives à la protection des consommateurs.*

Première partie. Recommandations concernant la législation

I. Cadre législatif et institutionnel général

Cadre constitutionnel, législatif et institutionnel (voir chap. Ier, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 2 à 14)

Recommandation 1. *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.*

Étendue du pouvoir d'attribuer des concessions (voir chap. Ier, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 15 à 22)

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 droit 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.*

Coordination administrative (voir chap. Ier, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 23 à 29)

Recommandation 6. *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.*

Fonction de réglementation des services d'infrastructure (voir chap. Ier, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 30 à 53)

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 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.*

II. Risques de projet et appui des pouvoirs publics

Risques de projet et répartition des risques (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 8 à 29)

Recommandation 12. *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.*

Appui des pouvoirs publics (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 30 à 60)

Recommandation 13. *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.*

Deuxième partie. Projets de dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé

I. Dispositions générales

Disposition type 1. Préambule

[Voir recommandation 1 et chap. I^er^, par. 2 à 14]

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable d'établir un cadre législatif favorable pour promouvoir et faciliter l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé en accroissant la transparence, l'équité ainsi que la viabilité à long terme de ces projets et en éliminant les restrictions inopportunes à la participation du secteur privé à la construction et à l'exploitation des infrastructures;

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de renforcer davantage les principes généraux de transparence, d'économie et d'équité dans l'attribution de marchés par les autorités publiques en établissant des procédures précises pour l'attribution des projets d'infrastructure;

[*Autres objectifs que l'État adoptant souhaiterait éventuellement indiquer*;]

Le [Gouvernement] [Parlement] ... adopte la loi ci-après:

Disposition type 2. Définitions

[Voir Introduction, par. 9 à 20]

Aux fins de la présente Loi:

a) Le terme "*ouvrage*" désigne des installations matérielles et des systèmes qui fournissent directement ou indirectement des services à la population;

b) Le terme "*projet d'infrastructure*" désigne la conception, la construction, la mise en service et l'exploitation de nouveaux ouvrages ou la rénovation, la modernisation, l'expansion ou l'exploitation d'ouvrages existants;

c) Le terme "*autorité contractante*" désigne l'autorité publique qui a le pouvoir de conclure un contrat de concession pour l'exécution d'un projet d'infrastructure [conformément aux dispositions de la présente Loi][1];

d) Le terme "*concessionnaire*" désigne la personne qui exécute un projet d'infrastructure dans le cadre d'un contrat de concession conclu avec une autorité contractante;

e) Le terme "*contrat de concession*" désigne le ou les accords liant mutuellement l'autorité contractante et le concessionnaire qui énoncent les conditions d'exécution d'un projet d'infrastructure;

f) Les termes "*soumissionnaire*" et "*soumissionnaires*" désignent des personnes ou des groupes de personnes qui participent à des procédures de sélection concernant un projet d'infrastructure[2];

g) Le terme "*proposition spontanée*" désigne toute proposition relative à l'exécution d'un projet d'infrastructure qui n'est pas soumise en réponse à une sollicitation de propositions publiée par l'autorité contractante dans le cadre d'une procédure de sélection;

h) Le terme "*organisme de réglementation*" désigne une autorité publique qui est chargée d'édicter et de faire appliquer des règles et des règlements régissant l'ouvrage ou la prestation des services prévus[3].

---

[1]Il est à noter que l'autorité visée dans cette définition est uniquement habilitée à conclure des accords de concession. Suivant le régime réglementaire de l'État adoptant, un organisme distinct, appelé "organisme de réglementation" à l'alinéa *h*, peut être chargé d'édicter des règles et des règlements régissant la prestation des services prévus.

[2]Le terme "soumissionnaire" ou "soumissionnaires" désigne, selon le contexte, soit des personnes qui ont sollicité une invitation à participer à une procédure de présélection, soit des personnes qui ont soumis une proposition en réponse à une sollicitation de propositions émanant de l'autorité contractante.

[3]Il faudra peut-être définir la composition, la structure et les fonctions de cet organisme de réglementation dans un texte législatif spécial (voir recommandations 7 à 11 et chap. I^er^, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 30 à 53).

Disposition type 3. Pouvoir de conclure des contrats de concession

[Voir recommandation 2 et chap. Ier, par. 15 à 18]

Les autorités publiques ci-après ont le pouvoir de conclure des contrats de concession[4] pour l'exécution de projets d'infrastructure relevant de leur compétence respective: [*l'État adoptant indique les autorités publiques du pays hôte qui sont habilitées à conclure des contrats de concession en insérant soit une liste exhaustive ou indicative de ces autorités, soit une liste des types ou catégories d'autorités concernés, soit encore une combinaison des deux*][5].

Disposition type 4. Secteurs d'infrastructure dans lesquels des contrats de concession peuvent être conclus

[Voir recommandation 4 et chap. Ier, par. 19 à 22]

Des contrats de concession peuvent être conclus par les autorités compétentes dans les secteurs suivants: [*l'État adoptant indique les secteurs concernés en insérant une liste exhaustive ou indicative*][6].

II. Sélection du concessionnaire

Disposition type 5. Règles régissant la procédure de sélection

[*Voir recommandation 14 et chap. III, par. 1 à 33*]

La sélection du concessionnaire est effectuée conformément aux [dispositions types 6 à 27] et, pour les matières non régies ci-après, conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui prévoient des procédures de mise en compétition transparentes et efficaces pour l'attribution des marchés publics*][7].

1. Présélection des soumissionnaires

Disposition type 6. Objet de la présélection et procédure de présélection

[*Voir chap. III, par. 34 à 50*]

1. L'autorité contractante engage une procédure de présélection afin d'identifier les soumissionnaires ayant les qualifications voulues pour exécuter le projet d'infrastructure envisagé.

2. L'invitation à participer à la procédure de présélection est publiée conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation régissant la publication des invitations à participer aux procédures de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs*].

3. Dans la mesure où [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent le contenu des invitations à participer à la procédure de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs*] ne l'exigent pas déjà[8], l'invitation à participer à la procédure de présélection contient au minimum les renseignements suivants:

a) Une description de l'ouvrage à construire ou à rénover;

---

[4]Il est souhaitable d'établir des mécanismes institutionnels 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 (voir recommandation 6, chap. Ier, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 23 à 29). En outre, pour les pays qui envisagent de fournir un certain type d'appui aux projets d'infrastructure, il peut être utile que les textes correspondants, tels que les lois ou règlements régissant les activités des organismes publics autorisés à fournir un tel appui, indiquent clairement quels sont les organismes habilités en la matière et quelle forme peut revêtir cet appui (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics").

[5]Les États adoptants auraient généralement deux possibilités pour compléter la présente disposition type. La première serait d'insérer une liste d'autorités habilitées à conclure des contrats de concession, soit dans la disposition elle-même, soit dans une annexe. La seconde serait d'indiquer dans une disposition les niveaux de l'État autorisés à conclure de tels contrats, sans désigner nommément les autorités publiques concernées. S'agissant d'un État fédéral, par exemple, cette disposition pourrait mentionner l'"Union, les États [ou provinces] et les municipalités". En tout état de cause, il est souhaitable que les États adoptants qui veulent insérer une liste exhaustive envisagent des mécanismes permettant de revoir celle-ci en cas de besoin. Ils pourraient à cette fin faire figurer ladite liste dans une annexe à la loi ou dans un règlement d'application de la loi susceptible d'être adopté.

[6]Il est souhaitable que les États adoptants qui veulent insérer une liste exhaustive envisagent des mécanismes permettant de revoir celle-ci en cas de besoin. Ils pourraient à cette fin faire figurer ladite liste dans une annexe à la loi ou dans un éventuel règlement d'application.

[7]Il convient de noter la relation entre les procédures de sélection du concessionnaire et le cadre législatif général régissant l'attribution des marchés publics dans l'État adoptant. Si certains éléments de compétition structurée existant dans les méthodes traditionnelles de passation des marchés peuvent être utilement appliqués, il faut néanmoins introduire un certain nombre d'adaptations pour tenir compte des exigences particulières des projets d'infrastructure à financement privé, telles qu'une phase de présélection clairement définie, une certaine souplesse dans la formulation des sollicitations de propositions, des critères d'évaluation spéciaux et une certaine latitude pour négocier avec les soumissionnaires. Les procédures de sélection décrites dans le présent chapitre s'inspirent dans une large mesure de la principale méthode de passation des marchés de services prévue dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, adoptée par la Commission à sa vingt-septième session, tenue à New York du 31 mai au 17 juin 1994 (ci-après appelée la "Loi type sur la passation des marchés"). Les dispositions types relatives à la sélection du concessionnaire n'ont pas pour objet de remplacer ni de reproduire la totalité des règles de l'État adoptant sur la passation des marchés publics, mais plutôt d'aider les législateurs nationaux à élaborer des règles s'appliquant spécialement à la sélection du concessionnaire. Elles partent du principe qu'il existe dans l'État adoptant un cadre général pour l'attribution des marchés publics prévoyant des procédures de mise en compétition transparentes et efficaces conformément aux règles énoncées dans la Loi type sur la passation des marchés. Aussi n'abordent-elles pas un certain nombre d'aspects procéduraux d'ordre pratique qui seraient normalement traités dans un régime général adéquat de passation des marchés. C'est le cas, par exemple, des points suivants: modalités de publication des avis, procédures de publication des sollicitations de propositions, conservation des actes et informations concernant la procédure de passation, possibilité de divulguer des informations au public, garanties de soumission et procédures de recours. Lorsqu'il y a lieu, les notes accompagnant les dispositions types renvoient aux dispositions de la Loi type sur la passation des marchés qui peuvent, *mutatis mutandis*, compléter les éléments pratiques de la procédure de sélection exposée dans le présent chapitre.

[8]On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans une invitation à participer à une procédure de présélection au paragraphe 2 de l'article 25 de la Loi type sur la passation des marchés.

b) L'indication des autres éléments essentiels du projet, tels que les services devant être fournis par le concessionnaire, les arrangements financiers envisagés par l'autorité contractante (par exemple si le projet sera entièrement financé par des droits ou redevances ou si des fonds publics peuvent être octroyés au concessionnaire sous la forme de versements directs, de prêts ou de garanties); et

c) Lorsqu'elles sont connues, un résumé des principales clauses du contrat de concession qui sera conclu;

d) Le mode et le lieu de soumission des demandes de présélection ainsi que le délai de soumission, consistant en une date et une heure précises et laissant suffisamment de temps aux soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs demandes;

e) Le mode et le lieu de soumission des demandes de dossier de présélection.

4. Dans la mesure où [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la teneur du dossier de présélection devant être communiqué aux fournisseurs et aux entrepreneurs dans le cadre d'une procédure de présélection*] ne l'exigent pas déjà[9], le dossier de présélection indique au minimum les éléments suivants:

a) Les critères de présélection prévus dans la [*disposition type 7*];

b) Si l'autorité contractante a l'intention de renoncer à appliquer les restrictions prévues dans la [*disposition type 8*] concernant la participation de consortiums;

c) Si l'autorité contractante a l'intention de demander à un nombre limité[10] seulement de soumissionnaires présélectionnés de soumettre des propositions une fois la procédure de présélection terminée conformément au [*paragraphe 2 de la disposition type 9*] et, le cas échéant, la façon dont cette sélection sera effectuée;

d) Si l'autorité contractante a l'intention de demander au soumissionnaire retenu de fonder une personne morale indépendante, constituée et incorporée selon les lois du [présent État] conformément à la [*disposition type 30*].

5. Pour les matières non régies par [*la présente disposition type*], la procédure de présélection est conduite conformément au [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur la passation des marchés publics qui régissent la conduite de la procédure de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs*][11].

[9]On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans un dossier de présélection au paragraphe 3 de l'article 7 de la Loi type sur la passation des marchés.

[10]Dans certains pays, des principes directeurs pratiques sur les procédures de sélection encouragent les autorités contractantes nationales à limiter les soumissions de propositions au plus petit nombre possible suffisant pour garantir une véritable concurrence (trois ou quatre, par exemple). La façon dont les systèmes de notation (en particulier quantitative) peuvent être utilisés pour arriver à ce nombre est examinée dans le *Guide législatif* (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 48 et 49). Voir également la note 14.

[11]Les paragraphes 2 à 7 de l'article 7 de la Loi type sur la passation des marchés décrivent différents aspects de la procédure de présélection, notamment la façon dont les demandes d'éclaircissements sont traitées et l'obligation d'information qui incombe à l'autorité contractante, concernant sa décision sur les qualifications des soumissionnaires.

Disposition type 7. Critères de présélection

[Voir recommandation 15 et chap. III, par. 34 à 40, 43 et 44]

Pour être admis à la procédure de sélection, les soumissionnaires intéressés doivent satisfaire aux critères[12] justifiables objectivement que l'autorité contractante juge appropriés pour la procédure envisagée, tels qu'ils sont indiqués dans le dossier de présélection. Ces critères sont au minimum les suivants:

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, notamment 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 ce projet;

c) Posséder des capacités de gestion et d'organisation appropriées, être fiable et avoir une expérience, notamment de l'exploitation d'ouvrages similaires.

Disposition type 8. Participation de consortiums

[Voir recommandation 16 et chap. III, par. 41 et 42]

1. Lorsqu'elle invite initialement les soumissionnaires à participer à la procédure de sélection, l'autorité contractante les autorise à constituer des consortiums soumissionnaires. Les renseignements demandés aux membres d'un consortium soumissionnaire pour démontrer leurs qualifications conformément à la [*disposition type 7*] concernent à la fois le consortium dans son ensemble et chacun de ses participants.

2. Sauf [autorisation contraire de … [*l'État adoptant indique l'autorité compétente*] et] indication contraire dans le dossier de présélection, chaque membre d'un consortium ne peut participer, directement ou indirectement, qu'à un seul consortium[13]. Toute infraction à cette règle entraîne la disqualification du consortium et de ses différents membres.

3. Lors de l'examen des qualifications des consortiums soumissionnaires, l'autorité contractante prend en

[12]Les lois de certains pays prévoient une forme ou une autre de traitement préférentiel pour les entreprises nationales ou accordent un traitement spécial aux soumissionnaires qui s'engagent à utiliser des produits fabriqués dans le pays ou à employer de la main-d'œuvre locale. Les différents problèmes posés par les préférences nationales sont examinés dans le *Guide législatif* (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 43 et 44). Ce dernier indique que les pays souhaitant offrir des incitations aux fournisseurs nationaux peuvent éventuellement appliquer ces préférences sous la forme de critères d'évaluation spéciaux au lieu d'exclure systématiquement les fournisseurs étrangers. En tout état de cause, lorsque des préférences nationales sont envisagées, elles devraient être annoncées à l'avance, de préférence dans l'invitation à participer à la procédure de présélection.

[13]L'interdiction faite aux soumissionnaires de participer à plus d'un consortium pour soumettre des propositions concernant le même projet vise à réduire le risque de fuite de renseignements ou de collusion entre consortiums concurrents. La disposition type envisage néanmoins la possibilité d'exceptions particulières à cette règle dans le cas, par exemple, où seulement une entreprise ou un nombre limité d'entreprises seraient susceptibles de fournir un bien ou un service essentiel à l'exécution du projet.

considération les capacités des différents membres du consortium et détermine si la combinaison de ces qualifications permet de répondre aux besoins de toutes les phases du projet.

Disposition type 9. Décision concernant la présélection

[Voir recommandation 17 (pour le paragraphe 2) et chap. III, par. 47 à 50]

1. L'autorité contractante prend une décision sur les qualifications de chaque soumissionnaire ayant soumis une demande de présélection. Pour prendre cette décision, elle n'applique que les critères énoncés dans le dossier de présélection. Tous les soumissionnaires présélectionnés sont ensuite invités par l'autorité contractante à soumettre des propositions conformément aux [*dispositions types 10 à 17*].

2. Nonobstant le paragraphe 1, l'autorité contractante peut, à condition d'avoir fait une déclaration appropriée à cet effet dans le dossier de présélection, se réserver le droit de solliciter des propositions uniquement d'un nombre limité[14] de soumissionnaires répondant le mieux aux critères de présélection une fois la procédure de présélection terminée. À cette fin, elle note les soumissionnaires qui satisfont aux critères de présélection en se fondant sur les critères appliqués pour évaluer leurs qualifications et établit la liste des soumissionnaires qui seront invités à soumettre des propositions une fois la phase de présélection terminée. En établissant la liste restreinte, l'autorité contractante applique uniquement le mode de notation qui est prévu dans le dossier de présélection.

2. Procédure de sollicitation de propositions

Disposition type 10. Sollicitation de propositions en une étape ou en deux étapes

[Voir recommandations 18 (pour le paragraphe 1) et 19 (pour les paragraphes 2 et 3) et chap. III, par. 51 à 58]

1. L'autorité contractante fournit un exemplaire de la sollicitation de propositions et des documents connexes publiés conformément à la [*disposition type 11*] à chaque soumissionnaire présélectionné qui en acquitte le prix éventuellement demandé.

2. 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'estime pas possible de décrire dans la sollicitation de propositions les caractéristiques du projet, telles que le cahier des charges, les indicateurs de résultats, les arrangements financiers ou les clauses contractuelles de manière suffisamment détaillée et précise pour permettre la rédaction de propositions définitives.

3. En cas de procédure en deux étapes, les dispositions ci-après s'appliquent:

a) Les soumissionnaires sont invités, dans la sollicitation initiale de propositions, à soumettre, lors de la première étape de la procédure, des propositions initiales concernant le cahier des charges, les indicateurs de résultats, les besoins de financement ou d'autres caractéristiques du projet ainsi que les principales clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante[15];

b) L'autorité contractante peut convoquer des réunions et tenir des discussions avec l'un quelconque des soumissionnaires afin de clarifier certains points concernant la sollicitation initiale de propositions ou les propositions initiales et les documents joints présentés par les soumissionnaires. Elle dresse un procès-verbal de ces réunions ou discussions dans lequel elle indique les points qui ont été soulevés et les éclaircissements qu'elle a fournis;

c) Après examen des propositions reçues, l'autorité contractante peut revoir et, selon qu'il convient, réviser la sollicitation initiale de propositions en supprimant ou en modifiant tout aspect du cahier des charges, des indicateurs de résultats ou des besoins de financement initiaux, ou encore d'autres caractéristiques du projet, y compris les principales clauses contractuelles, et tout critère d'évaluation et de comparaison des propositions ainsi que de détermination du soumissionnaire à retenir, tels qu'ils sont définis dans cette sollicitation de même qu'en y ajoutant d'autres caractéristiques ou des critères. L'autorité contractante indique dans les actes relatifs à la procédure de sélection à conserver conformément à [*la disposition type 26*] les motifs de toute révision de la sollicitation de propositions. Les propositions, suppressions, modifications ou ajouts éventuels sont portés à la connaissance des soumissionnaires dans l'invitation à soumettre des propositions définitives;

d) Durant la deuxième étape de la procédure, l'autorité contractante invite les soumissionnaires à soumettre des propositions définitives correspondant à un ensemble unique de spécifications du cahier des charges, d'indicateurs de résultats ou de clauses contractuelles conformément aux [*dispositions types 11 à 17*].

[14]Dans certains pays, des principes directeurs pratiques sur les procédures de sélection encouragent les autorités contractantes nationales à limiter les soumissions de propositions au plus petit nombre possible suffisant pour garantir une véritable concurrence (trois ou quatre, par exemple). La façon dont les systèmes de notation (en particulier quantitative) peuvent être utilisés pour arriver à ce nombre est examinée dans le *Guide législatif* (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 48). Il convient de noter que le système de notation est uniquement utilisé pour la présélection des soumissionnaires. Les notes attribuées aux soumissionnaires présélectionnés ne devraient pas être prises en considération lors de la phase d'évaluation des propositions (voir disposition type 15), pour laquelle tous les soumissionnaires présélectionnés devraient partir sur un pied d'égalité.

[15]Dans de nombreux cas, en particulier pour de nouveaux types de projets, il se peut que l'autorité contractante ne soit pas en mesure, à ce stade, d'élaborer un projet détaillé des clauses contractuelles qu'elle envisage. Elle peut aussi juger préférable de rédiger ces clauses uniquement après une première série de consultations avec les soumissionnaires présélectionnés. Quoi qu'il en soit, il est important qu'elle donne, à ce stade, des indications sur les principales clauses du contrat de concession, en particulier sur la manière dont les risques de projet devraient être répartis entre les parties dans le cadre de ce contrat. Si cette répartition des droits et obligations contractuels est laissée entièrement ouverte jusqu'après la publication de la sollicitation définitive de propositions, les soumissionnaires peuvent chercher à réduire au minimum les risques qu'ils acceptent, ce qui peut aller à l'encontre de l'objectif d'un financement privé du projet (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 67 à 70; voir également chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 8 à 29).

Disposition type 11. Teneur de la sollicitation de propositions

[Voir recommandation 20 et chap. III, par. 59 à 70]

Dans la mesure où [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la teneur des sollicitations de propositions*] ne l'exigent pas déjà[16], la sollicitation de propositions comporte au minimum les renseignements suivants:

a) Renseignements généraux pouvant être requis par les soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs propositions[17];

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[18];

c) Clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante, avec indication des clauses considérées comme non négociables;

d) Critères d'évaluation des propositions et seuils éventuellement fixés par l'autorité contractante pour identifier les propositions non conformes; importance relative à accorder à chaque critère d'évaluation; et manière d'appliquer ces critères et seuils dans l'évaluation et le rejet des propositions.

Disposition type 12. Garanties de soumission

[Voir chap. III, par. 62]

1. La sollicitation de propositions énonce les exigences concernant l'émetteur de la garantie de soumission ainsi que la nature, la forme, le montant et d'autres conditions principales de la garantie de soumission demandée.

2. Un soumissionnaire ne perd pas les garanties de soumission qu'il a pu être tenu de fournir sauf dans les cas suivants[19]:

a) Retrait ou modification d'une proposition après la date limite de soumission des propositions et, si cela est prévu dans la sollicitation de propositions, avant la date limite;

b) Défaut de participation aux négociations finales avec l'autorité contractante conformément au [*paragraphe 1 de la disposition type 17*];

c) Défaut de présentation d'une meilleure offre définitive dans le délai prescrit par l'autorité contractante conformément au [*paragraphe 2 de la disposition type 17*];

d) Défaut de signature de l'accord de concession alors que la signature est exigée par l'autorité contractante, une fois la proposition acceptée;

e) Défaut de fourniture de la garantie requise de bonne exécution du contrat de concession après l'acceptation de la proposition ou manquement, avant la signature du contrat de concession, à toute autre condition spécifiée dans la sollicitation de propositions.

Disposition type 13. Éclaircissements et modifications

[Voir recommandation 21 et chap. III, par. 71 et 72]

L'autorité contractante peut, de sa propre initiative ou en réponse à une demande d'éclaircissements d'un soumissionnaire, revoir et, selon qu'il convient, réviser tout élément de la sollicitation définitive de propositions mentionné dans [*la disposition type 11*]. Elle indique dans les actes relatifs à la procédure de sélection devant être conservés conformément [*à la disposition type 26*] les motifs de toute révision de la sollicitation. Les suppressions, modifications ou ajouts éventuels sont portés à la connaissance des soumissionnaires de la même manière que la sollicitation de propositions dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des propositions.

Disposition type 14. Critères d'évaluation

[Voir recommandations 22 (pour le paragraphe 1) et 23 (pour le paragraphe 2) et chap. III, par. 73 à 77]

1. Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions techniques[20] incluent au minimum les éléments suivants:

a) Rationalité technique;

b) Respect des normes environnementales;

c) Faisabilité opérationnelle;

d) Qualité des services et mesures visant à assurer leur continuité.

2. Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions financières et commerciales[21] incluent, selon qu'il convient:

a) La valeur courante pendant la période de la concession des péages, prix unitaires et autres charges proposés;

b) La valeur courante des paiements directs que l'autorité contractante propose d'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, d'une autorité publique du [*présent État*];

e) La rationalité des arrangements financiers proposés;

f) La conformité des propositions aux clauses contractuelles négociables proposées par l'autorité contractante dans la sollicitation de propositions;

g) Le potentiel de développement socioéconomique offert par les propositions.

[16]On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans une sollicitation de propositions relatives à des services à l'article 38 de la Loi type sur la passation des marchés.

[17]On trouvera une liste d'éléments à fournir aux paragraphes 61 et 62 du chapitre III du *Guide législatif* intitulé "Sélection du concessionnaire".

[18]Voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 64 à 66.

[19]On trouvera des dispositions générales sur les garanties de soumission à l'article 32 de la Loi type sur la passation des marchés.

[20]Voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 74.

[21]Voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 75 à 77.

Disposition type 15. Comparaison et évaluation des propositions

[Voir recommandation 24 et chap. III, par. 78 à 82]

1. L'autorité contractante compare et évalue chaque proposition conformément aux critères d'évaluation, à l'importance relative accordée à chacun d'eux et à la procédure d'évaluation prévue dans la sollicitation de propositions.

2. Aux fins du paragraphe 1, l'autorité contractante peut fixer des seuils pour la qualité et les aspects techniques, financiers et commerciaux. Les propositions qui n'atteignent pas ces seuils sont considérées comme non conformes et sont écartées de la procédure de sélection[22].

Disposition type 16. Confirmation de l'adéquation des qualifications aux critères

[Voir recommandation 25 et chap. III, par. 78 à 82]

L'autorité contractante peut exiger de tout soumissionnaire présélectionné qu'il confirme ses qualifications conformément aux critères utilisés pour la présélection. Elle disqualifie tout soumissionnaire qui ne confirme pas ses qualifications alors qu'il en a été prié[23].

Disposition type 17. Négociations finales

[Voir recommandations 26 (pour le paragraphe 1) et 27 (pour le paragraphe 2) et chap. III, par. 83 et 84]

1. L'autorité contractante classe toutes les propositions conformes et invite à une négociation finale du contrat de concession le soumissionnaire ayant obtenu la note la plus élevée. Les négociations finales ne portent pas sur les clauses contractuelles éventuellement déclarées non négociables dans la sollicitation définitive de propositions.

2. Si l'autorité contractante se rend compte que les négociations avec le soumissionnaire invité n'aboutiront pas à un contrat de concession, elle informe ce dernier de son intention d'y mettre fin et lui accorde un délai raisonnable pour présenter sa meilleure offre définitive. Si le soumissionnaire ne présente pas une offre acceptable par l'autorité contractante dans le délai prescrit, celle-ci met fin aux négociations avec lui. Elle invite ensuite les autres soumissionnaires à des négociations dans l'ordre de leur classement jusqu'à ce qu'elle parvienne à conclure un contrat de concession ou rejette toutes les propositions restantes. L'autorité contractante ne reprend pas des négociations avec un soumissionnaire auxquelles elle a mis fin conformément au présent paragraphe.

3. Négociation de contrats de concession sans procédure de mise en compétition

Disposition type 18. Circonstances autorisant l'attribution d'un contrat sans procédure de mise en compétition

[Voir recommandation 28 et chap. III, par. 89]

Sous réserve de l'approbation de ... [*l'État adoptant indique l'autorité compétente*][24], l'autorité contractante est autorisée à négocier un contrat de concession sans recourir aux procédures prévues dans les [*dispositions types 6 à 17*], dans les cas suivants:

a) Lorsque, du fait de la nécessité urgente d'assurer la continuité du service, il ne serait pas pratique d'ouvrir les procédures prévues dans les [*dispositions types 6 à 17*], à condition que les circonstances à l'origine de cette urgence n'aient pu être prévues par l'autorité contractante et n'aient pas été le résultat de manœuvres dilatoires de sa part;

b) Lorsque le projet est de courte durée et que l'investissement initial escompté ne dépasse pas le montant [de...] [*l'État adoptant spécifie un montant maximal*] [prévu dans...] [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui spécifient le montant au-dessous duquel un projet d'infrastructure à financement privé peut être attribué sans recours à une procédure de mise en compétition*][25];

c) Lorsque le projet concerne la défense ou la sécurité nationales;

d) Lorsqu'une seule source est en mesure de fournir le service demandé, par exemple lorsque la prestation du service exige l'utilisation d'un droit de propriété intellectuelle, de secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs dont une ou plusieurs personnes ont la propriété ou la possession;

e) En cas de propositions spontanées du type visé dans la [*disposition type 23*];

[22]La présente disposition type donne un exemple de procédure d'évaluation susceptible d'être appliquée par une autorité contractante pour comparer et évaluer des propositions concernant des projets d'infrastructure à financement privé. D'autres procédures, telles que le processus d'évaluation en deux temps ou le système à deux enveloppes, sont décrites aux paragraphes 79 à 82 du chapitre III intitulé "Sélection du concessionnaire". Contrairement à la procédure prévue dans la présente disposition, elles sont censées permettre à l'autorité contractante de comparer et d'évaluer les critères non financiers indépendamment des critères financiers afin d'éviter des situations dans lesquelles une importance excessive serait accordée à certains éléments de ces derniers (comme le prix unitaire) au détriment des premiers. Pour assurer l'intégrité, la transparence et la prévisibilité de la phase d'évaluation de la procédure de sélection, il est recommandé à l'État adoptant d'indiquer dans sa législation les méthodes que les autorités contractantes peuvent employer pour comparer et évaluer les propositions ainsi que leurs modalités d'application.

[23]Lorsqu'une procédure de présélection a été engagée, les critères doivent être les mêmes que ceux utilisés dans le cadre de cette procédure.

[24]Soumettre l'attribution du contrat de concession sans recours à une procédure de mise en compétition à l'approbation d'une autorité supérieure vise à faire en sorte que l'autorité contractante n'engage des négociations directes avec des soumissionnaires que dans les circonstances appropriées (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 85 à 96). C'est pourquoi la disposition type propose que l'État adoptant indique quelle autorité est compétente pour autoriser des négociations dans tous les cas prévus par elle. L'État adoptant peut néanmoins fixer différentes conditions d'approbation pour chaque alinéa de la disposition. Dans certains cas, par exemple, il peut prévoir que le pouvoir d'engager de telles négociations découle directement de la loi. Dans d'autres, il peut subordonner les négociations à l'approbation de différentes autorités supérieures, selon la nature des services à fournir ou le secteur d'infrastructure concerné. L'État adoptant devra peut-être alors adapter la disposition type en ajoutant la condition d'approbation particulière requise à l'alinéa correspondant ou bien en ajoutant une référence aux dispositions de sa législation qui fixent ces conditions.

[25]Au lieu d'exclure la procédure de mise en compétition dans le cas visé à l'alinéa *b*, l'État adoptant peut envisager d'élaborer une procédure simplifiée de sollicitation de propositions, par exemple en appliquant les procédures décrites à l'article 48 de la Loi type sur la passation des marchés.

f) Lorsqu'une invitation à la procédure de présélection ou une sollicitation de propositions a été publiée sans résultat, ou lorsqu'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 invitation à la procédure de présélection et d'une nouvelle sollicitation de propositions aurait peu de chances d'aboutir à l'attribution du projet dans les délais voulus[26];

g) Dans d'autres cas où [*l'État adoptant indique l'autorité compétente*] autorise une telle exception pour des raisons impérieuses d'intérêt général[27].

Disposition type 19. Procédures de négociation d'un contrat de concession

[Voir recommandation 29 et chap. III, par. 90]

Lorsqu'elle négocie un contrat de concession sans recourir aux procédures prévues dans les [*dispositions types 6 à 17*], l'autorité contractante[28]:

a) Sauf pour les contrats de concession négociés conformément à [*l'alinéa* c *de la disposition type 18*], fait publier un avis pour annoncer son intention d'engager des négociations concernant un contrat de concession conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de toute législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la publication des avis*];

b) Mène des négociations avec un nombre aussi grand que possible de personnes qu'elle juge capables[29] d'exécuter le projet en fonction des circonstances;

c) Fixe des critères d'évaluation en fonction desquels les propositions seront évaluées et classées.

4. Propositions spontanées[30]

Disposition type 20. Admissibilité des propositions spontanées

[Voir recommandation 30 et chap. III, par. 97 à 109]

À titre d'exception aux [*dispositions types 6 à 17*], l'autorité contractante[31] est autorisée à examiner des propositions spontanées conformément aux procédures prévues dans les [*dispositions types 21 à 23*], à condition que ces propositions ne se rapportent pas à un projet pour lequel elle a entamé ou annoncé des procédures de sélection.

Disposition type 21. Procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées

[Voir recommandations 31 (pour les paragraphes 1 et 2) et 32 (pour le paragraphe 3) et chap. III, par. 110 à 112]

1. Après réception et examen préliminaire d'une proposition spontanée, l'autorité contractante fait savoir rapidement à son auteur si le projet est considéré ou non comme présentant un intérêt général potentiel[32].

2. Si le projet est considéré comme présentant un intérêt général potentiel conformément au paragraphe 1, l'autorité contractante invite l'auteur de la proposition à lui communiquer autant d'informations sur le projet proposé qu'il est possible à ce stade pour lui permettre d'évaluer correctement les qualifications de l'auteur[33] et la faisabilité technique et économique du projet et de déterminer si le projet est susceptible d'être exécuté avec succès de la manière proposée dans des conditions acceptables par elle. À cette fin, l'auteur soumet une étude de faisabilité technique et économique, une étude d'impact sur l'environnement et des informations satisfaisantes concernant le concept ou la technologie envisagés dans la proposition.

[26]L'État adoptant voudra peut-être exiger que l'autorité contractante fasse figurer dans les actes et informations devant être conservés conformément à la [*disposition type 26*] un compte rendu des résultats des négociations, qu'elle indique dans quelle mesure ces résultats s'écartent du cahier des charges et des clauses contractuelles de la sollicitation initiale de propositions et qu'elle en expose les raisons.

[27]Les États adoptants qui jugent souhaitable d'autoriser le recours à des procédures négociées au cas par cas souhaiteront peut-être conserver l'alinéa *g* lorsqu'ils appliqueront la disposition type. Les États adoptants qui souhaitent limiter les exceptions au recours à des procédures de sélection avec mise en compétition préféreront peut-être quant à eux ne pas l'inclure. Quoiqu'il en soit, l'État adoptant souhaitera peut-être, par souci de transparence, mentionner dans cet alinéa ou à un autre endroit du projet de disposition les autres exceptions éventuelles autorisant le recours à des procédures négociées qui peuvent être autorisées par des dispositions spécifiques.

[28]Un certain nombre d'éléments destinés à accroître la transparence dans les négociations engagées conformément à la présente disposition type sont examinés aux paragraphes 90 à 96 du chapitre III du *Guide législatif* intitulé "Sélection du concessionnaire".

[29]Les États adoptants qui souhaitent que le recours à des procédures négociées se fasse de façon plus transparente peuvent définir, au moyen de dispositions réglementaires spécifiques, des critères de qualification auxquels doivent satisfaire les personnes invitées à des négociations conformément aux [*dispositions types 18 et 19*]. Des critères de qualification possibles sont indiqués dans la [*disposition type 7*].

[30]Les considérations de politique générale sur les avantages et les inconvénients des propositions spontanées sont exposées aux paragraphes 98 à 100 du chapitre III du *Guide législatif* intitulé "Sélection du concessionnaire". Les États qui souhaitent autoriser les autorités contractantes à examiner de telles propositions voudront peut-être recourir aux procédures décrites dans les dispositions types 21 à 23.

[31]La disposition type part du principe que c'est l'autorité contractante qui est habilitée à examiner des propositions spontanées. Toutefois, suivant la réglementation de l'État adoptant, un organe indépendant de celle-ci peut être chargé d'examiner de telles propositions ou de déterminer, par exemple, si une proposition spontanée est dans l'intérêt général. En pareil cas, l'État adoptant devrait étudier soigneusement la façon dont les fonctions d'un tel organe doivent éventuellement être coordonnées avec celles de l'autorité contractante (voir les notes 1, 3 et 24, ainsi que les références qui y sont mentionnées).

[32]Pour déterminer si un projet proposé est dans l'intérêt général, il faut examiner soigneusement ses avantages potentiels pour la population ainsi que le lien entre le projet et la politique de l'État dans le secteur d'infrastructure concerné. Afin d'assurer l'intégrité, la transparence et la prévisibilité des procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées, il peut être souhaitable que l'État adoptant donne, dans un règlement ou dans d'autres textes, des indications concernant les critères qui seront utilisés pour déterminer si une proposition spontanée est dans l'intérêt général, et qui pourrait comprendre des critères permettant d'évaluer l'adéquation des arrangements contractuels et le caractère raisonnable de la répartition proposée des risques.

[33]L'État adoptant voudra peut-être énoncer dans des dispositions réglementaires les critères de qualification auxquels doit satisfaire l'auteur de la proposition. Les éléments à prendre en considération à cet effet sont indiqués dans la [*disposition type 7*].

3. Lorsqu'elle examine une proposition spontanée, l'autorité contractante respecte les droits de propriété intellectuelle, les secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs qui sont contenus dans la proposition, en découlent ou y sont mentionnés. Par conséquent, elle n'utilise aucune information fournie par l'auteur ou en son nom en rapport avec sa proposition spontanée à d'autres fins que l'évaluation de cette proposition, sauf consentement de l'auteur. Sauf convention contraire des parties, l'autorité contractante, en cas de rejet de la proposition, restitue à son auteur l'original et toute copie des documents qu'il a soumis et préparés durant la procédure.

Disposition type 22. Propositions spontanées ne comportant pas de droits de propriété intellectuelle, de secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs

[Voir recommandation 33 et chap. III, par. 113 et 114]

1. À l'exception des cas prévus dans la [*disposition type 18*], l'autorité contractante, si elle décide d'exécuter le projet, entame une procédure de sélection conformément aux [*dispositions types 6 à 17*] lorsqu'elle considère que:

a) L'exécution du projet est possible sans l'utilisation de droits de propriété intellectuelle, de secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs dont l'auteur de la proposition a la propriété ou la possession; et

b) Le concept ou la technologie proposés ne sont pas véritablement nouveaux ou sans équivalent.

2. L'auteur de la proposition est invité à participer à la procédure de sélection entamée par l'autorité contractante conformément au paragraphe 1 et peut bénéficier d'une incitation ou d'un avantage similaire suivant les modalités décrites par l'autorité contractante dans la sollicitation de propositions en contrepartie de l'élaboration et de la soumission de la proposition.

Disposition type 23. Propositions spontanées comportant des droits de propriété intellectuelle, des secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs

[Voir recommandations 34 (pour les paragraphes 1 et 2) et 35 (pour les paragraphes 3 et 4) et chap. III, par. 115 à 117]

1. Si l'autorité contractante considère que les conditions énoncées aux [*alinéas* a *et* b *du paragraphe 1 de la disposition type 22*] ne sont pas remplies, elle n'est pas tenue de mener une procédure de sélection conformément aux [*dispositions types 6 à 17*]. Elle peut néanmoins rechercher des éléments de comparaison pour la proposition spontanée conformément aux dispositions énoncées aux paragraphes 2 à 4[34].

2. Lorsque l'autorité contractante a l'intention de rechercher des éléments de comparaison pour la proposition spontanée, elle publie une description des éléments essentiels du produit proposé en invitant d'autres parties intéressées à soumettre des propositions dans [un délai raisonnable] [*l'État adoptant indique un certain délai*].

3. Si aucune proposition n'est reçue dans [un délai raisonnable] [le délai spécifié au paragraphe 2 ci-dessus] en réponse à une invitation publiée en application du paragraphe 2, l'autorité contractante peut entamer des négociations avec l'auteur de la proposition originale.

4. Si l'autorité contractante reçoit des propositions en réponse à une invitation publiée en application du paragraphe 2, elle invite les auteurs de ces propositions à des négociations conformément aux dispositions énoncées dans la [*disposition type 19*]. Si elle reçoit un nombre suffisamment important de propositions, qui paraissent à première vue répondre à ses besoins en matière d'infrastructures, l'autorité contractante demande que lui soient soumises des propositions conformément aux [*dispositions types 10 à 17*], sous réserve de toute incitation ou d'autre avantage dont peut bénéficier la personne ayant soumis la proposition spontanée conformément au [*paragraphe 2 de la disposition type 22*].

5. Dispositions diverses

Disposition type 24. Confidentialité des négociations

[Voir recommandation 36 et chap. III, par. 118]

L'autorité contractante traite les propositions de manière à éviter la divulgation de leur contenu aux soumissionnaires concurrents. Toutes discussions, communications et négociations ayant eu lieu entre l'autorité contractante et un soumissionnaire conformément [*au paragraphe 3 de la disposition type 10, aux dispositions types 17, 18, 19 ou aux paragraphes 3 et 4 de la disposition type 23*] sont confidentielles. Sauf si la loi ou une ordonnance judiciaire l'exige, aucune partie aux négociations ne divulgue à aucune autre personne, en dehors de ses mandataires, sous-traitants, prêteurs, conseillers ou consultants, des informations techniques, des informations relatives aux prix ou d'autres informations qu'elle a reçues concernant des discussions, communications et négociations ayant eu lieu conformément aux dispositions précitées sans le consentement de l'autre partie.

Disposition type 25. Avis d'attribution du contrat

[Voir recommandation 37 et chap. III, par. 119]

À l'exception des contrats de concession attribués conformément à [*l'alinéa* c *de la disposition type 18*], l'autorité contractante fait publier un avis d'attribution du contrat conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la publication des avis d'attribution de contrats*]. Cet avis désigne le concessionnaire et comporte un résumé des principales clauses du contrat de concession.

[34] L'État adoptant souhaitera peut-être envisager d'adopter une procédure spéciale pour l'examen des propositions spontanées entrant dans le champ d'application de la présente disposition type, en prenant éventuellement modèle, *mutatis mutandis*, sur la procédure de sollicitation de propositions décrite à l'article 48 de la Loi type sur la passation des marchés.

Disposition type 26. Conservation des actes et informations liés aux procédures de sélection et d'attribution

[Voir recommandation 38 et chap. III, par. 120 à 126]

L'autorité contractante conserve dûment les informations liées aux procédures de sélection et d'attribution conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur la passation des marchés publics qui régissent la conservation des actes et informations liés aux procédures de passation*][35].

Disposition type 27. Procédures de recours

[Voir recommandation 39 et chap. III, par. 127 à 131]

Un soumissionnaire qui déclare avoir subi, ou qui peut subir, une perte ou un préjudice du fait de la violation d'une obligation imposée par la loi à l'autorité contractante peut introduire un recours contre les actes ou omissions de l'autorité contractante conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent les recours contre les décisions prises dans le cadre des procédures de passation*][36].

III. Construction et exploitation de l'infrastructure

Disposition type 28. Contenu du contrat de concession

[Voir recommandation 40 et chap. IV, par. 1 à 11]

Le contrat de concession comporte des dispositions sur des questions que les parties estiment appropriées, telles que:

a) La nature et la portée des travaux devant être réalisés et des services devant être fournis par le concessionnaire [*voir chap. IV, par. 1*];

b) Les conditions de la fourniture de ces services et l'étendue de l'exclusivité, le cas échéant, des droits du concessionnaire découlant du contrat de concession [*voir recommandation 5*];

c) L'assistance que l'autorité contractante peut fournir au concessionnaire pour qu'il obtienne les licences et permis nécessaires pour l'exécution du projet d'infrastructure;

d) Toutes prescriptions relatives à la constitution d'une personne morale et à son capital minimal conformément à la [*disposition type 30*] [*voir recommandations 42 et 43 et disposition type 30*];

e) La propriété des biens liés au projet et les obligations des parties, selon qu'il convient, concernant l'acquisition du site du projet et toutes servitudes nécessaires, conformément aux [*dispositions types 31 à 33*] [*voir recommandations 44 et 45 et dispositions types 31 à 33*];

f) La rémunération du concessionnaire, qu'elle consiste en des redevances ou en des droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit; les méthodes et formules de fixation ou d'ajustement de telles redevances ou de tels droits; et les versements éventuels pouvant être faits par l'autorité contractante ou une autre autorité publique [*voir recommandations 46 et 48*];

g) Les procédures d'examen et d'approbation des études techniques, plans et spécifications par l'autorité contractante et les procédures d'essai et d'inspection finale, d'approbation et d'acceptation de l'ouvrage [*voir recommandation 52*];

h) L'étendue des obligations imposées au concessionnaire pour assurer, selon qu'il convient, la modification du service afin de répondre à la demande effective de ce service, sa continuité et sa fourniture dans des conditions essentiellement identiques pour tous les usagers [*voir recommandation 53 et projet de disposition type 38*];

i) Le droit de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique de suivre les travaux devant être réalisés et les services devant être fournis par le concessionnaire et les conditions auxquelles ainsi que la mesure dans laquelle l'autorité contractante ou un organisme de réglementation peuvent ordonner des modifications des travaux et des conditions du service ou prendre d'autres mesures raisonnables qu'ils peuvent 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 [*voir recommandations 52 et 54, al.* b];

j) 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 [*voir recommandation 54, al.* a];

k) Des mécanismes pour faire face aux frais supplémentaires et autres conséquences pouvant résulter de tout ordre émanant de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique en liaison avec les alinéas *h* et *i* ci-dessus, y compris toute indemnité à laquelle le concessionnaire pourrait avoir droit [*voir chap. IV, par. 73 à 76*];

l) Tous droits de l'autorité contractante d'examiner et d'approuver les principaux contrats que le concessionnaire est appelé à conclure, en particulier les contrats avec ses propres actionnaires ou d'autres personnes ayant un lien avec lui [*voir recommandation 56*];

m) Les garanties de bonne exécution que le concessionnaire est tenu de fournir et les polices d'assurance qu'il est tenu de souscrire pour l'exécution du projet d'infrastructure [*voir recommandation 58, al.* a *et* b];

n) Les voies de recours ouvertes en cas de défaillance de l'une ou l'autre partie [*voir recommandation 58, al.* e];

o) 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 le contrat de concession en raison de circonstances échappant à son contrôle raisonnable [*voir recommandation 58, al.* d];

[35]La nature des informations à conserver pour les différents types de procédures d'attribution envisagés dans les dispositions types, ainsi que la mesure dans laquelle ces informations peuvent être accessibles au public, sont examinées aux paragraphes 120 à 126 du chapitre III du *Guide législatif* intitulé "Sélection du concessionnaire". Les éléments d'information à conserver sont également indiqués à l'article 11 de la Loi type sur la passation des marchés. Si ces questions ne sont pas traitées de façon adéquate par la législation de l'État adoptant, celui-ci devrait adopter les dispositions législatives ou réglementaires nécessaires.

[36]Les éléments d'un mécanisme de recours adéquat sont examinés aux paragraphes 127 à 131 du chapitre III du *Guide législatif* intitulé "Sélection du concessionnaire". Ils figurent également au chapitre VI de la Loi type sur la passation des marchés. Si sa législation ne prévoit pas de mécanisme de recours adéquat, l'État adoptant devrait envisager de faire en sorte qu'elle établisse un tel mécanisme.

p) La durée du contrat de concession et les droits et obligations des parties à son expiration ou lors de sa résiliation [*voir recommandation 61*];

q) Les modalités de calcul de l'indemnité en application de la [*disposition type 47*] [*voir recommandation 67*];

r) Le droit applicable et les mécanismes de règlement des différends pouvant surgir entre l'autorité contractante et le concessionnaire [*voir recommandation 69 et disposition type 49*].

Disposition type 29. Droit applicable

[Voir recommandation 41 et chap. IV, par. 5 à 8]

Le contrat de concession est régi par la loi du présent État sauf stipulation contraire du contrat de concession[37].

Disposition type 30. Organisation du concessionnaire

[Voir recommandations 42 et 43 et chap. IV, par. 12 à 18]

L'autorité contractante peut exiger que le soumissionnaire retenu constitue une personne morale conformément aux lois du [*présent État*], à condition qu'une déclaration ait été faite à cet effet dans le dossier de présélection ou dans la sollicitation de proposition, selon le cas. Toute prescription relative au capital minimal d'une telle personne morale ainsi que la procédure d'approbation par l'autorité contractante de ses statuts et des modifications importantes desdits statuts sont énoncées dans le contrat de concession.

Disposition type 31. Propriété des biens[38]

[Voir recommandation 44 et chap. IV, par. 20 à 26]

Le contrat de concession précise, selon qu'il convient, les biens qui sont ou seront la propriété de l'État et ceux qui sont ou seront la propriété privée du concessionnaire. Il indique en particulier ceux qui appartiennent aux catégories suivantes:

a) Les biens, le cas échéant, que le concessionnaire est tenu de restituer ou transférer à l'autorité contractante ou à une autre entité indiquée par celle-ci conformément aux clauses du contrat de concession;

b) Les biens, le cas échéant, que l'autorité contractante peut, si elle le souhaite, acheter au concessionnaire; et

c) Les biens, le cas échéant, que le concessionnaire peut conserver ou dont il peut disposer à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de concession.

Disposition type 32. Acquisition de droits relatifs au site du projet

[Voir recommandation 45 et chap. IV, par. 27 à 29]

1. L'autorité contractante ou une autre autorité publique selon les dispositions de la loi et les clauses du contrat de concession met à la disposition du concessionnaire ou, selon qu'il convient, aide le concessionnaire à acquérir les droits relatifs au site du projet, y compris le titre de propriété du site, nécessaires à l'exécution du projet.

2. Toute expropriation de terrain pouvant être requise pour l'exécution du projet est effectuée conformément à [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent l'expropriation de biens privés par les autorités publiques pour des motifs d'intérêt général*].

Disposition type 33. Servitudes[39]

[Voir recommandation 45 et chap. IV, par. 30]

Le concessionnaire [a le droit] [se voit accorder le droit] de pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou y installer des équipements, selon qu'il convient et selon les besoins de l'exécution du projet conformément à [*l'État adoptant indique les dispositions de son droit qui régissent les servitudes et autres droits similaires dont bénéficient ses entreprises de service public et exploitants d'infrastructure en vertu de ses lois*].

Disposition type 34. Arrangements financiers

[Voir recommandations 46 et 47 et chap. IV, par. 33 à 51]

Le concessionnaire a le droit de demander, recevoir ou percevoir des redevances ou droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit. L'accord de concession prévoit des méthodes et formules de fixation et d'ajustement de ces redevances ou droits [conformément

[37]Les systèmes juridiques apportent diverses réponses à la question de savoir si les parties à un contrat de concession peuvent choisir comme droit applicable au contrat un droit autre que celui du pays hôte. En outre, comme cela est indiqué dans le *Guide législatif* (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 5 à 8), dans certains pays le contrat de concession peut être soumis au droit administratif, tandis que dans d'autres il sera régi par le droit privé (voir aussi *Guide législatif*, chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", par. 24 à 27). Le droit applicable comprend également les règles d'autres branches du droit qui s'appliquent aux différentes questions pouvant surgir pendant l'exécution d'un projet d'infrastructure (voir de manière générale le *Guide législatif*, chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", sect. B).

[38]La participation du secteur privé aux projets d'infrastructure peut prendre diverses formes, les infrastructures pouvant être détenues et exploitées entièrement par une entité publique ou totalement privatisées, avec de nombreuses variantes possibles entre ces deux extrêmes (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 47 à 53). Ces options générales déterminent habituellement l'approche législative de la propriété des biens liés au projet (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 20 à 26). Quelles que soient la politique générale ou la politique sectorielle du pays hôte, le régime de propriété des divers biens en question devrait être clairement défini et avoir une assise législative suffisante. La clarté à cet égard est importante, car elle influera directement sur l'aptitude du concessionnaire à constituer des sûretés sur les biens du projet pour obtenir un financement de ce dernier (ibid., par. 52 à 61). Conformément à l'approche souple adoptée par divers systèmes juridiques, la disposition type n'envisage pas un transfert inconditionnel de tous les biens à l'autorité contractante, mais permet de faire une distinction entre les biens qui doivent être transférés à cette dernière, les biens qu'elle peut acheter si elle le souhaite, et les biens qui restent la propriété privée du concessionnaire à l'expiration ou lors de la résiliation du contrat de concession ou à tout autre moment.

[39]Le droit de traverser une propriété adjacente à des fins liées au projet ou pour y effectuer des travaux peut être acquis par le concessionnaire directement ou d'office par une autorité publique en même temps que le site du projet. Une solution quelque peu différente pourrait être de prévoir que la loi elle-même autorise les prestataires de services publics à pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou à y installer des équipements selon les besoins de la construction, de l'exploitation et de la maintenance d'infrastructures publiques (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 30 à 32). La variante proposée dans la première série de crochets, dans la disposition type, vise à refléter ces options.

aux règles établies par l'organisme de réglementation compétent][40].

Disposition type 35. Sûretés

[Voir recommandation 49 et chap. IV, par. 52 à 61]

1. Sous réserve de restrictions pouvant être indiquées dans le contrat de concession[41], le concessionnaire a le droit de constituer, sur l'un quelconque de ses biens ou droits, y compris sur ceux qui sont liés au projet d'infrastructure, les sûretés nécessaires pour obtenir tout financement requis pour le projet, y compris, en particulier, les suivantes:

a) Sûreté sur les biens meubles ou immeubles lui appartenant ou sur ses droits sur les biens du projet;

b) Un nantissement du produit et des créances qui lui sont dus pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit.

2. Les actionnaires du concessionnaire ont le droit de nantir les actions qu'ils obtiennent de la société concessionnaire ou de constituer sur elles toute autre sûreté;

3. Aucune sûreté visée au paragraphe 1 ne peut être constituée sur un bien du domaine public ou sur d'autres biens ou droits nécessaires pour la fourniture d'un service public, lorsque cela est interdit par la loi du [*présent État*].

Disposition type 36. Cession du contrat de concession

[Voir recommandation 50 et chap. IV, par. 62 et 63]

Sauf disposition contraire dans la [*disposition type 35*], les droits et obligations du concessionnaire découlant du contrat de concession ne peuvent être cédés à des tiers sans le consentement de l'autorité contractante. Le contrat de concession énonce les conditions auxquelles l'autorité contractante donne son consentement à une cession des droits et obligations du concessionnaire découlant du contrat de concession, y compris l'acceptation par le nouveau concessionnaire de toutes les obligations contractées au titre de ce contrat et la production par lui de preuves qu'il possède les capacités techniques et financières nécessaires pour fournir le service.

[40]Les péages, droits ou autres sommes perçus par le concessionnaire, désignés dans le *Guide législatif* par le terme "redevances" peuvent être, en l'absence de subventions ou de versements de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques, la principale (parfois même la seule) source de recettes permettant d'amortir les investissements effectués dans le projet (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 30 à 60). Le coût auquel les services publics sont fournis constitue généralement l'un des éléments de la politique d'infrastructure de l'État et une question d'un intérêt immédiat pour une grande partie de la population. C'est pourquoi de nombreux pays ont des règles spéciales pour le contrôle des redevances et des droits afférents à la prestation de services publics. En outre, dans certains systèmes juridiques, la loi ou des règles de droit générales définissent les paramètres applicables à la détermination des prix des biens ou des services, par exemple en prévoyant que les redevances doivent être "raisonnables", "équitables" ou "justes" (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 36 à 46).

[41]Ces restrictions peuvent, en particulier, concerner l'exécution de droits relatifs aux biens du projet d'infrastructure.

Disposition type 37. Transfert d'un intérêt majoritaire[42] dans la société concessionnaire

[Voir recommandation 51 et chap. IV, par. 64 à 68]

Sauf disposition contraire du contrat de concession, un intérêt majoritaire dans la société concessionnaire ne peut être transféré à des tiers sans l'assentiment de l'autorité contractante. Le contrat de concession énonce les conditions dans lesquelles cet assentiment est donné.

Disposition type 38. Exploitation de l'infrastructure

[Voir recommandation 53 et chap. IV, par. 80 à 93 (pour le paragraphe 1) et recommandation 55 et chap. IV, par. 96 et 97 (pour le paragraphe 2)]

1. Le contrat de concession énonce, selon qu'il convient, l'étendue des obligations imposées au concessionnaire pour assurer:

a) La modification du service afin de répondre à la demande de ce service;

b) La continuité du service;

c) La fourniture du service dans des conditions essentiellement identiques pour 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.

2. Le concessionnaire a 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.

Disposition type 39. Indemnisation en cas de changements spécifiques dans la législation

[Voir recommandation 58, al. c *et chap. IV, par. 122 à 125]*

Le contrat de concession énonce la mesure dans laquelle le concessionnaire a droit à une indemnisation dans le cas où, pour l'exécution de ce contrat, il a engagé des dépenses sensiblement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible qu'il n'était initialement prévu, du fait de changements dans la législation ou la réglementation spécifiquement applicable à l'ouvrage ou au service qu'il fournit.

[42]La notion d'"intérêt majoritaire" fait généralement référence au pouvoir de nommer la direction d'une société et d'influencer ou de déterminer son activité. Différents critères peuvent être utilisés dans divers systèmes juridiques ou même dans différents corps de règles au sein du même système, allant de critères formels attribuant un intérêt majoritaire au propriétaire d'une certaine proportion (le plus souvent plus de 50 %) du nombre total combiné de voix attribuées à toutes les catégories d'actions d'une société à des critères plus complexes tenant compte de la structure de direction effective d'une société. Les États adoptants qui n'ont pas de définition réglementaire d'"intérêt majoritaire" peuvent avoir besoin de définir ce terme dans des règlements d'application de la disposition type.

Disposition type 40. Révision du contrat de concession

[Voir recommandation 58, al. c *et chap. IV, par. 126 à 130]*

1. Sans préjudice de [la *disposition type 39*], le contrat de concession peut également énoncer la mesure dans laquelle le concessionnaire a le droit d'en demander la révision pour qu'il prévoie une indemnisation dans le cas où, pour l'exécution de ce contrat, il a engagé des dépenses sensiblement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible qu'il n'était initialement prévu, du fait de:

a) Changements dans la situation économique ou financière; ou

b) Changements apportés à la législation ou à la réglementation non spécifiquement applicable à l'ouvrage ou aux services qu'il fournit;

à condition que ces changements d'ordre économique, financier, législatif ou réglementaire:

a) Surviennent après la conclusion du contrat;

b) Soient indépendants de la volonté du concessionnaire; et

c) Soient de nature telle qu'on ne pouvait raisonnablement s'attendre que le concessionnaire les ait pris en considération lors de la négociation du contrat de concession ou en ait évité ou surmonté les conséquences.

2. Le contrat de concession établit des procédures de révision des clauses qu'il contient en cas de tels changements.

Disposition type 41. Reprise d'un projet d'infrastructure par l'autorité contractante

[Voir recommandation 59 et chap. IV, par. 143 à 146]

Dans les cas prévus par le contrat de concession, l'autorité contractante a le droit d'assurer temporairement l'exploitation de l'ouvrage afin de garantir la continuité du service dans de bonnes conditions dans le cas où le concessionnaire aurait gravement manqué à ses obligations et n'aurait pas remédié à ce manquement dans un délai raisonnable après avoir été mis en demeure de le faire par elle.

Disposition type 42. Substitution de concessionnaire

[Voir recommandation 60 et chap. IV, par. 147 à 150]

L'autorité contractante peut convenir avec les entités octroyant un financement pour un projet d'infrastructure de substituer au concessionnaire une nouvelle entité ou personne désignée pour exécuter le projet dans le cadre du contrat de concession en vigueur en cas de manquement grave du concessionnaire initial ou de survenance d'autres événements pouvant, autrement, justifier la résiliation du contrat ou encore dans d'autres cas similaires[43].

IV. Durée, prorogation et résiliation du contrat de concession

1. Durée et prorogation du contrat de concession

Disposition type 43. Durée et prorogation du contrat de concession

[Voir recommandation 62 et chap. V, par. 2 à 8]

1. La durée du contrat de concession, telle que stipulée conformément à [*l'alinéa* p *de la disposition type 28*], n'est pas prorogée sauf à la suite des événements 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; ou

c) [*Autres événements spécifiés par l'État adoptant*.][44]

2. La durée du contrat de concession peut par ailleurs être prorogée pour permettre au concessionnaire d'amortir des frais supplémentaires dus à des exigences de l'autorité contractante non prévues initialement dans le contrat, si le concessionnaire n'est pas en mesure de les amortir pendant la durée initiale.

2. Résiliation du contrat de concession

Disposition type 44. Résiliation du contrat de concession par l'autorité contractante

[Voir recommandation 63 et chap. V, par. 14 à 27]

L'autorité contractante peut résilier le contrat de concession:

a) Lorsqu'on ne peut plus raisonnablement s'attendre que le concessionnaire puisse ou veuille exécuter ses obligations, en raison de son insolvabilité, d'un manquement grave ou pour d'autres motifs;

---

[43]La substitution, au concessionnaire, d'une autre entité proposée par les prêteurs et acceptée par l'autorité contractante suivant les conditions convenues entre eux, vise à permettre aux parties d'éviter les conséquences préjudiciables de la résiliation du contrat de concession (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 147 à 150). Les parties peuvent souhaiter d'abord prendre d'autres mesures pratiques, éventuellement de manière échelonnée, telles que la reprise temporaire du projet par les prêteurs ou un administrateur provisoire désigné par eux, ou encore la réalisation de la sûreté que les prêteurs détiennent sur les actions de la société concessionnaire par la vente de ces dernières à un tiers acceptable pour l'autorité contractante.

[44]L'État adoptant voudra peut-être envisager la possibilité d'autoriser une prorogation par accord consensuel du contrat de concession conformément aux clauses de ce contrat pour des raisons impérieuses d'intérêt général.

b) Pour des raisons [impérieuses][45] d'intérêt général, sous réserve du versement au concessionnaire d'une indemnité selon les conditions convenues dans le contrat de concession;

c) [*Autres cas que l'État adoptant souhaiterait peut-être ajouter dans la Loi*.]

Disposition type 45. Résiliation du contrat de concession par le concessionnaire

[Voir recommandation 64 et chap. V, par. 28 à 33]

Le concessionnaire ne peut résilier le contrat de concession sauf:

a) En cas de manquement grave de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique aux obligations contractées en vertu du contrat de concession;

b) Si les conditions de révision du contrat de concession prévues dans [*le paragraphe 1 de la disposition type 40*] sont réunies mais les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord sur une telle révision; ou

c) Si, pour l'exécution du contrat de concession, le concessionnaire a engagé des dépenses substantiellement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible du fait d'actes ou d'omissions de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques tels que ceux visés [*aux alinéas* h *et* i *de la disposition type 28*] et les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord sur une révision du contrat de concession.

Disposition type 46. Résiliation du contrat de concession par l'une ou l'autre partie

[Voir recommandation 65 et chap. V, par. 34 et 35]

L'une ou l'autre partie a le droit de résilier le contrat de concession lorsque l'exécution de ses obligations est rendue impossible par des événements échappant à son contrôle raisonnable. Les parties ont en outre le droit de résilier le contrat par consentement mutuel.

3. Arrangements lors de l'expiration ou de la résiliation du contrat de concession

Disposition type 47. Arrangements financiers lors de l'expiration ou de la résiliation du contrat de concession

[Voir recommandation 67 et chap. V, par. 43 à 49]

Le contrat de concession spécifie les modalités de calcul de l'indemnisation due à l'une ou l'autre partie en cas de résiliation du contrat, notamment, s'il y a lieu, l'indemnisation correspondant à la juste valeur des travaux réalisés en application du contrat, aux dépenses engagées ou aux pertes subies par l'une ou l'autre partie, y compris, selon qu'il convient, au manque à gagner.

[45][Un certain nombre de situations, dans lesquelles une raison impérieuse d'intérêt général peut se manifester, sont examinées au paragraphe 27 du chapitre V du *Guide législatif* intitulé "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet"].

Disposition type 48. Liquidation et mesures de transfert

[Voir recommandation 66 et chap. V, par. 37 à 42 (pour l'alinéa a *et recommandation 68 et chap. V, par. 50 à 62 (pour les alinéas* b *à* d*)]*

Le contrat de concession énonce, selon les cas, les droits et obligations des parties concernant:

a) Les mécanismes et les procédures de transfert de biens à l'autorité contractante, selon qu'il convient;

b) Le transfert de technologie requis pour l'exploitation de l'ouvrage;

c) La formation du personnel de l'autorité contractante ou d'un nouveau concessionnaire à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage;

d) La fourniture, par le concessionnaire, de services et de ressources d'appui sans interruption, y compris 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.

V. Règlement des différends

Disposition type 49. Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire

[Voir recommandation 69 et chap. VI, par. 3 à 41]

Tout différend entre l'autorité contractante et le concessionnaire est réglé grâce aux mécanismes de règlement des différends convenus par les parties dans le contrat de concession[46].

Disposition type 50. Différends avec des clients ou usagers de l'ouvrage

[Voir recommandation 71 et chap. VI, par. 43 à 45]

Lorsque le concessionnaire fournit des services à la population ou exploite des ouvrages accessibles à la population, l'autorité contractante peut exiger de lui qu'il établisse des mécanismes simplifiés et efficaces pour traiter les réclamations émanant de ses clients ou d'usagers de l'ouvrage.

Disposition type 51. Autres différends

[Voir recommandation 70 et chap. VI, par. 42]

1. Le concessionnaire et ses actionnaires sont libres de choisir les mécanismes appropriés pour régler leurs différends.

2. Le concessionnaire est libre de convenir des mécanismes appropriés pour régler les différends entre lui et ses prêteurs, entrepreneurs, fournisseurs et autres partenaires commerciaux.

[46]L'État adoptant peut prévoir dans sa législation des mécanismes de règlement des différends qui soient les mieux adaptés aux besoins des projets d'infrastructure à financement privé.

Tableau de concordance des projets de dispositions législatives types et des recommandations concernant la législation

ADDITIF

Rubriques	*n°*	*Dispositions législatives types*	*n°*	*Recommandations concernant la législation*
			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.
			6	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.
			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.
			8	La fonction de réglementation devrait être confiée à des organismes fonctionnellement indépendants et ayant une autonomie suffisante, de manière que les décisions soient prises sans ingérence politique ou pressions inopportunes des exploitants d'infrastructures et des prestataires de services publics.
			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.
			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.
			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.
			12	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.
			13	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.
Préambule [*Voir recommandation 1 et chap. I^er^, par. 2 à 14*]	1	CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable d'établir un cadre législatif favorable pour promouvoir et faciliter l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé en accroissant la transparence, l'équité ainsi que la viabilité à long terme de ces projets et en éliminant les restrictions inopportunes à la participation du secteur privé à la construction et à l'exploitation des infrastructures;	1	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.

Rubriques	*n°*	*Dispositions législatives types*	*n°*	*Recommandations concernant la législation*
		CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de renforcer davantage les principes généraux de transparence, d'économie et d'équité dans l'attribution de marchés par les autorités publiques en établissant des procédures précises pour l'attribution des projets d'infrastructure; [Autres objectifs que l'État adoptant souhaiterait éventuellement indiquer;] Le [Gouvernement] [Parlement] ... adopte la loi ci-après:		
Définitions [*Voir Introduction, par. 9 à 20*]	2	Aux fins de la présente Loi: *a)* Le terme "*ouvrage*" désigne des installations matérielles et des systèmes qui fournissent directement ou indirectement des services à la population; *b)* Le terme "*projet d'infrastructure*" désigne la conception, la construction, la mise en service et l'exploitation de nouveaux ouvrages ou la rénovation, la modernisation, l'expansion ou l'exploitation d'ouvrages existants; *c)* Le terme "*autorité contractante*" désigne l'autorité publique qui a le pouvoir de conclure un contrat de concession pour l'exécution d'un projet d'infrastructure [conformément aux dispositions de la présente Loi][1]; *d)* Le terme "*concessionnaire*" désigne la personne qui exécute un projet d'infrastructure dans le cadre d'un contrat de concession conclu avec une autorité contractante; *e)* Le terme "*contrat de concession*" désigne le ou les accords liant mutuellement l'autorité contractante et le concessionnaire qui énoncent les conditions d'exécution d'un projet d'infrastructure; *f)* Les termes "*soumissionnaire*" et "*soumissionnaires*" désignent des personnes ou des groupes de personnes qui participent à des procédures de sélection concernant un projet d'infrastructure[2]; *g)* Le terme "*proposition spontanée*" désigne toute proposition relative à l'exécution d'un projet d'infrastructure qui n'est pas soumise en réponse à une sollicitation de propositions publiée par l'autorité contractante dans le cadre d'une procédure de sélection; *h)* Le terme "*organisme de réglementation*" désigne une autorité publique qui est chargée d'édicter et de faire appliquer des règles et des règlements régissant l'ouvrage ou la prestation des services prévus[3].		
Pouvoir de conclure des contrats de concession [*Voir recommandation 2 et chap. I^er^, par. 15 à 18*]	3	Les autorités publiques ci-après ont le pouvoir de conclure des contrats de concession[4] pour l'exécution de projets d'infrastructure relevant de leur compétence respective: [*l'État adoptant indique les autorités publiques du pays hôte qui sont habilitées à conclure des contrats de concession en insérant soit une liste exhaustive ou indicative de ces autorités, soit une liste des types ou catégories d'autorités concernés, soit encore une combinaison des deux*][5].	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.
Secteurs d'infrastructure dans lesquels des contrats de concession peuvent être conclus [*Voir recommandation 4 et chap. I^er^, par. 19 à 22*]	4	Des contrats de concession peuvent être conclus par les autorités compétentes dans les secteurs suivants: [*l'État adoptant indique les secteurs concernés en insérant une liste exhaustive ou indicative*][6].	4	La loi devrait spécifier les secteurs ou les types d'infrastructure pour lesquels des concessions peuvent être attribuées.

Règles régissant la procédure de sélection [*Voir recommandation 14 et chap. III, par. 1 à 33*]	5	La sélection du concessionnaire est effectuée conformément aux [*dispositions types 6 à 27*] et, pour les matières non régies ci-après, conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui prévoient des procédures de mise en compétition transparentes et efficaces pour l'attribution des marchés publics*][7].	14 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.
Objet de la présélection et procédure de présélection [*Voir chap. III, par. 34 à 50*]	6	1. L'autorité contractante engage une procédure de présélection afin d'identifier les soumissionnaires ayant les qualifications voulues pour exécuter le projet d'infrastructure envisagé. 2. L'invitation à participer à la procédure de présélection est publiée conformément aux [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation régissant la publication des invitations à participer aux procédures de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs]. 3. Dans la mesure où [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent le contenu des invitations à participer à la procédure de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs] ne l'exigent pas déjà[8], l'invitation à participer à la procédure de présélection contient au minimum les renseignements suivants: *a)* Une description de l'ouvrage à construire ou à rénover; *b)* L'indication des autres éléments essentiels du projet, tels que les services devant être fournis par le concessionnaire, les arrangements financiers envisagés par l'autorité contractante (par exemple si le projet sera entièrement financé par des droits ou redevances ou si des fonds publics peuvent être octroyés au concessionnaire sous la forme de versements directs, de prêts ou de garanties); et	

[1]Il est à noter que l'autorité visée dans cette définition est uniquement habilitée à conclure des contrats de concession. Suivant le régime réglementaire de l'État adoptant, un organisme distinct, appelé "organisme de réglementation" à l'alinéa *h*, peut être chargé d'édicter des règles et règlements régissant la prestation des services prévus.

[2]Le terme "soumissionnaire" ou "soumissionnaires" désigne, selon le contexte, soit des personnes qui ont sollicité une invitation à participer à une procédure de présélection, soit des personnes qui ont soumis une proposition en réponse à une sollicitation de propositions émanant de l'autorité contractante.

[3]Il faudra peut-être définir la composition, la structure et les fonctions de cet organisme de réglementation dans un texte législatif spécial (voir recommandations 7 à 11 et chap. I[er], "Cadre législatif et institutionnel général", par. 30 à 53).

[4]Il est souhaitable d'établir des mécanismes institutionnels 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 (voir recommandation 6 et chap. I[er], "Cadre législatif et institutionnel général", par. 23 à 29). En outre, pour les pays qui envisagent de fournir un certain type d'appui aux projets d'infrastructure, il peut être utile que les textes correspondants, tels que les lois ou règlements régissant les activités des organismes publics autorisés à fournir un tel appui, indiquent clairement quels sont les organismes habilités en la matière et quelle forme peut revêtir cet appui (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics").

[5]Les États adoptants auraient généralement deux possibilités pour compléter la présente disposition type. La première serait d'insérer une liste d'autorités habilitées à conclure des contrats de concession, soit dans la disposition elle-même, soit dans une annexe. La seconde serait d'indiquer dans une disposition les niveaux de l'État autorisés à conclure de tels contrats, sans désigner nommément les autorités publiques concernées. S'agissant d'un État fédéral, par exemple, cette disposition pourrait mentionner l'"Union, les États [ou provinces] et les municipalités". En tout état de cause, il est souhaitable que les États adoptants qui veulent insérer une liste exhaustive envisagent des mécanismes permettant de revoir celle-ci en cas de besoin. Ils pourraient à cette fin faire figurer ladite liste dans une annexe à la loi ou dans un règlement d'application de la loi susceptible d'être adopté.

[6]Il est souhaitable que les États adoptants qui veulent insérer une liste exhaustive envisagent des mécanismes permettant de revoir celle-ci en cas de besoin. Ils pourraient à cette fin faire figurer ladite liste dans une annexe à la loi ou dans un éventuel règlement d'application.

[7]Il convient de noter la relation entre les procédures de sélection du concessionnaire et le cadre législatif général régissant l'attribution des marchés publics dans l'État adoptant. Si certains éléments de compétition structurée existant dans les méthodes traditionnelles de passation des marchés peuvent être utilement appliqués, il faut néanmoins introduire un certain nombre d'adaptations pour tenir compte des exigences particulières des projets d'infrastructure à financement privé, telles qu'une phase de présélection clairement définie, une certaine souplesse dans la formulation des sollicitations de propositions, des critères d'évaluation spéciaux et une certaine latitude pour négocier avec les soumissionnaires. Les procédures de sélection décrites dans le présent chapitre s'inspirent dans une large mesure de la principale méthode de passation des marchés de services prévue dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, adoptée par la Commission à sa vingt-septième session, tenue à New York du 31 mai au 17 juin 1994 (ci-après appelée la "Loi type sur la passation des marchés"). Les dispositions types relatives à la sélection du concessionnaire n'ont pas pour objet de remplacer ni de reproduire la totalité des règles de l'État adoptant sur la passation des marchés publics, mais plutôt d'aider les législateurs nationaux à élaborer des règles s'appliquant spécialement à la sélection du concessionnaire. Elles partent du principe qu'il existe dans l'État adoptant un cadre général pour l'attribution des marchés publics prévoyant des procédures de mise en compétition transparentes et efficaces conformément aux règles énoncées dans la Loi type sur la passation des marchés. Aussi n'abordent-elles pas un certain nombre d'aspects procéduraux d'ordre pratique qui seraient normalement traités dans un régime général adéquat de passation des marchés. C'est le cas, par exemple, des points suivants: modalités de publication des avis, procédures de publication des sollicitations de propositions, conservation des actes et informations concernant la procédure de passation, possibilité de divulguer des informations au public, garanties de soumission et procédures de recours. Lorsqu'il y a lieu, les notes accompagnant les dispositions types renvoient aux dispositions de la Loi type sur la passation des marchés qui peuvent, *mutatis mutandis*, compléter les éléments pratiques de la procédure de sélection exposée dans le présent chapitre.

[8]On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans une invitation à participer à une procédure de présélection au paragraphe 2 de l'article 25 de la Loi type sur la passation des marchés.

Rubriques	*n°*	*Dispositions législatives types*	*n°*	*Recommandations concernant la législation*
		c) Lorsqu'elles sont connues, un résumé des principales clauses du contrat de concession qui sera conclu; *d)* Le mode et le lieu de soumission des demandes de présélection ainsi que le délai de soumission, consistant en une date et une heure précises et laissant suffisamment de temps aux soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs demandes; *e)* Le mode et le lieu de soumission des demandes de dossier de présélection.		
		4. Dans la mesure où [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la teneur du dossier de présélection devant être communiqué aux fournisseurs et aux entrepreneurs dans le cadre d'une procédure de présélection] ne l'exigent pas déjà[9], le dossier de présélection indique au minimum les éléments suivants: *a)* Les critères de présélection prévus dans la [*disposition type 7*]; *b)* Si l'autorité contractante a l'intention de renoncer à appliquer les restrictions prévues dans la [*disposition type 8*] concernant la participation de consortiums; *c)* Si l'autorité contractante a l'intention de demander à un nombre limité[10] seulement de soumissionnaires présélectionnés de soumettre des propositions une fois la procédure de présélection terminée conformément au [*paragraphe 2 de la disposition type 9*] et, le cas échéant, la façon dont cette sélection sera effectuée; *d)* Si l'autorité contractante a l'intention de demander au soumissionnaire retenu de fonder une personne morale indépendante, constituée et incorporée selon les lois du [présent État] conformément à la [*disposition type 30*].		
		5. Pour les matières non régies par [*la présente disposition type*], la procédure de présélection est conduite conformément au [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur la passation des marchés publics qui régissent la conduite de la procédure de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs*][11].		
Critères de présélection [*Voir recommandation 15 et chap. III, par. 34 à 40, 43 et 44*]	7	Pour être admis à la procédure de sélection, les soumissionnaires intéressés doivent satisfaire aux critères[12] justifiables objectivement que l'autorité contractante juge appropriés pour la procédure envisagée, tels qu'ils sont indiqués dans le dossier de présélection. Ces critères sont au minimum les suivants: *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, notamment 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 ce projet; *c)* Posséder des capacités de gestion et d'organisation appropriées, être fiable et avoir une expérience, notamment de l'exploitation d'ouvrages similaires.	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.

Participation de consortiums [*Voir recommandation 16 et chap. III, par. 41 et 42*]	8-1-2	1. Lorsqu'elle invite initialement les soumissionnaires à participer à la procédure de sélection, l'autorité contractante les autorise à constituer des consortiums soumissionnaires. Les renseignements demandés aux membres d'un consortium soumissionnaire pour démontrer leurs qualifications conformément à la [*disposition type 7*] concernent à la fois le consortium dans son ensemble et chacun de ses participants. 2. Sauf [autorisation contraire de … [*l'État adoptant indique l'autorité compétente*] et] indication contraire dans le dossier de présélection, chaque membre d'un consortium ne peut participer, directement ou indirectement, qu'à un seul consortium[13]. Toute infraction à cette règle entraîne la disqualification du consortium et de ses différents membres.	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.
	8-3	3. Lors de l'examen des qualifications des consortiums soumissionnaires, l'autorité contractante prend en considération les capacités des différents membres du consortium et détermine si la combinaison de ces qualifications permet de répondre aux besoins de toutes les phases du projet.		
Décision concernant la présélection [*Voir recommandation 17 (pour le paragraphe 2) et chap. III, par. 47 à 50*]	9-1	1. L'autorité contractante prend une décision sur les qualifications de chaque soumissionnaire ayant soumis une demande de présélection. Pour prendre cette décision, elle n'applique que les critères énoncés dans le dossier de présélection. Tous les soumissionnaires présélectionnés sont ensuite invités par l'autorité contractante à soumettre des propositions conformément aux [*dispositions types 10 à 17*].		
	9-2	2. Nonobstant le paragraphe 1, l'autorité contractante peut, à condition d'avoir fait une déclaration appropriée à cet effet dans le dossier de présélection, se réserver le droit de solliciter des propositions uniquement d'un nombre limité[14] de soumissionnaires répondant le mieux aux critères de présélection une fois la procédure de présélection terminée. À cette fin, elle note les soumissionnaires qui satisfont aux critères de présélection en se fondant sur les critères appliqués pour évaluer leurs qualifications et établit la liste des soumissionnaires qui seront invités à soumettre des propositions une fois la phase de présélection terminée. En établissant la liste restreinte, l'autorité contractante applique uniquement le mode de notation qui est prévu dans le dossier de présélection.	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.

[9]On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans un dossier de présélection au paragraphe 3 de l'article 7 de la Loi type sur la passation des marchés.

[10]Dans certains pays, des principes directeurs pratiques sur les procédures de sélection encouragent les autorités contractantes nationales à limiter les soumissions de propositions au plus petit nombre possible suffisant pour garantir une véritable concurrence (trois ou quatre, par exemple). La façon dont les systèmes de notation (en particulier quantitative) peuvent être utilisés pour arriver à ce nombre est examinée dans le *Guide législatif* (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 48 et 49). Voir également la note 14.

[11]Les paragraphes 2 à 7 de l'article 7 de la Loi type sur la passation des marchés décrivent différents aspects de la procédure de présélection, notamment la façon dont les demandes d'éclaircissements sont traitées et l'obligation d'information qui incombe à l'autorité contractante, concernant sa décision sur les qualifications des soumissionnaires.

[12]Les lois de certains pays prévoient une forme ou une autre de traitement préférentiel pour les entreprises nationales ou accordent un traitement spécial aux soumissionnaires qui s'engagent à utiliser des produits fabriqués dans le pays ou à employer de la main-d'œuvre locale. Les différents problèmes posés par les préférences nationales sont examinés dans le *Guide législatif* (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 43 et 44). Ce dernier indique que les pays souhaitant offrir des incitations aux fournisseurs nationaux peuvent éventuellement appliquer ces préférences sous la forme de critères d'évaluation spéciaux au lieu d'exclure systématiquement les fournisseurs étrangers. En tout état de cause, lorsque des préférences nationales sont envisagées, elles devraient être annoncées à l'avance, de préférence dans l'invitation à participer à la procédure de présélection.

[13]L'interdiction faite aux soumissionnaires de participer à plus d'un consortium pour soumettre des propositions concernant le même projet vise à réduire le risque de fuite de renseignements ou de collusion entre consortiums concurrents. La disposition type envisage néanmoins la possibilité d'exceptions particulières à cette règle dans le cas, par exemple, où seulement une entreprise ou un nombre limité d'entreprises seraient susceptibles de fournir un bien ou un service essentiel à l'exécution du projet.

[14]Dans certains pays, des principes directeurs pratiques sur les procédures de sélection encouragent les autorités contractantes nationales à limiter les soumissions de propositions au plus petit nombre possible suffisant pour garantir une véritable concurrence (trois ou quatre, par exemple). La façon dont les systèmes de notation (en particulier quantitative) peuvent être utilisés pour arriver à ce nombre est examinée dans le *Guide législatif* (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 48). Il convient de noter que le système de notation est uniquement utilisé pour la présélection des soumissionnaires. Les notes attribuées aux soumissionnaires présélectionnés ne devraient pas être prises en considération lors de la phase d'évaluation des propositions (voir disposition type 15), pour laquelle tous les soumissionnaires présélectionnés devraient partir sur un pied d'égalité.

Rubriques	*n°*	*Dispositions législatives types*	*n°*	*Recommandations concernant la législation*
Sollicitation de propositions en une étape ou en deux étapes [*Voir recommandations 18 (pour le paragraphe 1) et 19 (pour les paragraphes 2 et 3) et chap. III, par. 51 à 58*]	10-1	1. L'autorité contractante fournit un exemplaire de la sollicitation de propositions et des documents connexes publiés conformément à la [*disposition type 11*] à chaque soumissionnaire présélectionné qui en acquitte le prix éventuellement demandé.	18	Une fois la procédure de présélection terminée, l'autorité contractante devrait prier les soumissionnaires présélectionnés de soumettre des propositions définitives.
	10-2-3	2. 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'estime pas possible de décrire dans la sollicitation de propositions les caractéristiques du projet, telles que le cahier des charges, les indicateurs de résultats, les arrangements financiers ou les clauses contractuelles de manière suffisamment détaillée et précise pour permettre la rédaction de propositions définitives. 3. En cas de procédure en deux étapes, les dispositions ci-après s'appliquent: *a)* Les soumissionnaires sont invités, dans la sollicitation initiale de propositions, à soumettre, lors de la première étape de la procédure, des propositions initiales concernant le cahier des charges, les indicateurs de résultats, les besoins de financement ou d'autres caractéristiques du projet ainsi que les principales clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante[15]; *b)* L'autorité contractante peut convoquer des réunions et tenir des discussions avec l'un quelconque des soumissionnaires afin de clarifier certains points concernant la sollicitation initiale de propositions ou les propositions initiales et les documents joints présentés par les soumissionnaires. Elle dresse un procès-verbal de ces réunions ou discussions dans lequel elle indique les points qui ont été soulevés et les éclaircissements qu'elle a fournis; *c)* Après examen des propositions reçues, l'autorité contractante peut revoir et, selon qu'il convient, réviser la sollicitation initiale de propositions en supprimant ou en modifiant tout aspect du cahier des charges, des indicateurs de résultats ou des besoins de financement initiaux, ou encore d'autres caractéristiques du projet, y compris les principales clauses contractuelles, et tout critère d'évaluation et de comparaison des propositions ainsi que de détermination du soumissionnaire à retenir, tels qu'ils sont définis dans cette sollicitation de même qu'en y ajoutant d'autres caractéristiques ou des critères. L'autorité contractante indique dans les actes relatifs à la procédure de sélection à conserver conformément à [*la disposition type 26*] les motifs de toute révision de la sollicitation de propositions. Les propositions, suppressions, modifications ou ajouts éventuels sont portés à la connaissance des soumissionnaires dans l'invitation à soumettre des propositions définitives; *d)* Durant la deuxième étape de la procédure, l'autorité contractante invite les soumissionnaires à soumettre des propositions définitives correspondant à un ensemble unique de spécifications du cahier des charges, d'indicateurs de résultats ou de clauses contractuelles conformément aux [*dispositions types 11 à 17*].	19	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.

Teneur de la sollicitation de propositions [*Voir recommandation 20 et chap. III, par. 59 à 70*]	11	Dans la mesure où [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la teneur des sollicitations de propositions] ne l'exigent pas déjà[16], la sollicitation de propositions comporte au minimum les renseignements suivants: *a)* Renseignements généraux pouvant être requis par les soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs propositions[17]; *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[18]; *c)* Clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante, avec indication des clauses considérées comme non négociables; *d)* Critères d'évaluation des propositions et seuils éventuellement fixés par l'autorité contractante pour identifier les propositions non conformes; importance relative à accorder à chaque critère d'évaluation; et manière d'appliquer ces critères et seuils dans l'évaluation et le rejet des propositions.	20	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.
Garanties de soumission [*Voir chap. III, par. 62*]	12	1. La sollicitation de propositions énonce les exigences concernant l'émetteur de la garantie de soumission ainsi que la nature, la forme, le montant et d'autres conditions principales de la garantie de soumission demandée. 2. Un soumissionnaire ne perd pas les garanties de soumission qu'il a pu être tenu de fournir sauf dans les cas suivants[19]: *a)* Retrait ou modification d'une proposition après la date limite de soumission des propositions et, si cela est prévu dans la sollicitation de propositions, avant la date limite; *b)* Défaut de participation aux négociations finales avec l'autorité contractante conformément au [*paragraphe 1 de la disposition type 17*]; *c)* Défaut de présentation d'une meilleure offre définitive dans le délai prescrit par l'autorité contractante conformément au [*paragraphe 2 de la disposition type 17*]; *d)* Défaut de signature de l'accord de concession alors que la signature est exigée par l'autorité contractante, une fois la proposition acceptée; *e)* Défaut de fourniture de la garantie requise de bonne exécution du contrat de concession après l'acceptation de la proposition ou manquement, avant la signature du contrat de concession, à toute autre condition spécifiée dans la sollicitation de propositions.		

[15]Dans de nombreux cas, en particulier pour de nouveaux types de projets, il se peut que l'autorité contractante ne soit pas en mesure, à ce stade, d'élaborer un projet détaillé des clauses contractuelles qu'elle envisage. Elle peut aussi juger préférable de rédiger ces clauses uniquement après une première série de consultations avec les soumissionnaires présélectionnés. Quoi qu'il en soit, il est important qu'elle donne, à ce stade, des indications sur les principales clauses du contrat de concession, en particulier sur la manière dont les risques de projet devraient être répartis entre les parties dans le cadre de ce contrat. Si cette répartition des droits et obligations contractuels est laissée entièrement ouverte jusqu'après la publication de la sollicitation définitive de propositions, les soumissionnaires peuvent chercher à réduire au minimum les risques qu'ils acceptent, ce qui peut aller à l'encontre de l'objectif d'un financement privé du projet (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 67 à 70; voir également chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 8 à 29).

[16]On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans une sollicitation de propositions relatives à des services à l'article 38 de la Loi type sur la passation des marchés.

[17]On trouvera une liste d'éléments à fournir aux paragraphes 61 et 62 du chapitre III du *Guide législatif* intitulé "Sélection du concessionnaire".

[18]Voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 64 à 66.

[19]On trouvera des dispositions générales sur les garanties de soumission à l'article 32 de la Loi type sur la passation des marchés.

Rubriques	*n°*	*Dispositions législatives types*	*n°*	*Recommandations concernant la législation*
Éclaircissements et modifications [*Voir recommandation 21 et chap. III, par. 71 et 72*]	13	L'autorité contractante peut, de sa propre initiative ou en réponse à une demande d'éclaircissements d'un soumissionnaire, revoir et, selon qu'il convient, réviser tout élément de la sollicitation définitive de propositions mentionné dans la [*disposition type 11*]. Elle indique dans les actes relatifs à la procédure de sélection devant être conservés conformément à la [*disposition type 26*] les motifs de toute révision de la sollicitation. Les suppressions, modifications ou ajouts éventuels sont portés à la connaissance des soumissionnaires de la même manière que la sollicitation de propositions dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des propositions.	21	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.
Critères d'évaluation [*Voir recommandations 22 (pour le paragraphe 1) et 23 (pour le paragraphe 2) et chap. III, par. 73 à 77]*	14-1	1. Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions techniques[20] incluent au minimum les éléments suivants: *a)* Rationalité technique; *b)* Respect des normes environnementales; *c)* Faisabilité opérationnelle; *d)* Qualité des services et mesures visant à assurer leur continuité.	22	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.
	14-2	2. Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions financières et commerciales[21] incluent, selon qu'il convient: *a)* La valeur courante pendant la période de la concession des péages, prix unitaires et autres charges proposés; *b)* La valeur courante des paiements directs que l'autorité contractante propose d'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, d'une autorité publique du [*présent État*]; *e)* La rationalité des arrangements financiers proposés; *f)* La conformité des propositions aux clauses contractuelles négociables proposées par l'autorité contractante dans la sollicitation de propositions; *g)* Le potentiel de développement socioéconomique offert par les propositions.	23	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.
Comparaison et évaluation des propositions [*Voir recommandation 24 et chap. III, par. 78 à 82*]	15	1. L'autorité contractante compare et évalue chaque proposition conformément aux critères d'évaluation, à l'importance relative accordée à chacun d'eux et à la procédure d'évaluation prévue dans la sollicitation de propositions. 2. Aux fins du paragraphe 1, l'autorité contractante peut fixer des seuils pour la qualité et les aspects techniques, financiers et commerciaux. Les propositions qui n'atteignent pas ces seuils sont considérées comme non conformes et sont écartées de la procédure de sélection[22].	24	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.

Confirmation de l'adéquation des qualifications aux critères [*Voir recommandation 25 et chap. III, par. 78 à 82*]	16	L'autorité contractante peut exiger de tout soumissionnaire présélectionné qu'il confirme ses qualifications conformément aux critères utilisés pour la présélection. Elle disqualifie tout soumissionnaire qui ne confirme pas ses qualifications alors qu'il en a été prié[23].	25	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.
Négociations finales [*Voir recommandations 26 (pour le paragraphe 1) et 27 (pour le paragraphe 2) et chap. III, par. 83 et 84*]	17-1	1. L'autorité contractante classe toutes les propositions conformes et invite à une négociation finale du contrat de concession le soumissionnaire ayant obtenu la note la plus élevée. Les négociations finales ne portent pas sur les clauses contractuelles éventuellement déclarées non négociables dans la sollicitation définitive de propositions.	26	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.
	17-2	2. Si l'autorité contractante se rend compte que les négociations avec le soumissionnaire invité n'aboutiront pas à un contrat de concession, elle informe ce dernier de son intention d'y mettre fin et lui accorde un délai raisonnable pour présenter sa meilleure offre définitive. Si le soumissionnaire ne présente pas une offre acceptable par l'autorité contractante dans le délai prescrit, celle-ci met fin aux négociations avec lui. Elle invite ensuite les autres soumissionnaires à des négociations dans l'ordre de leur classement jusqu'à ce qu'elle parvienne à conclure un contrat de concession ou rejette toutes les propositions restantes. L'autorité contractante ne reprend pas des négociations avec un soumissionnaire auxquelles elle a mis fin conformément au présent paragraphe.	27	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.
Circonstances autorisant l'attribution d'un contrat sans procédure de mise en compétition [*Voir recommandation 28 et chap. III, par. 89*]	18	Sous réserve de l'approbation de ... [*l'État adoptant indique l'autorité compétente*][24], l'autorité contractante est autorisée à négocier un contrat de concession sans recourir aux procédures prévues dans les [*dispositions types 6 à 17*], dans les cas suivants: *a)* Lorsque, du fait de la nécessité urgente d'assurer la continuité du service, il ne serait pas pratique d'ouvrir les procédures prévues dans les [*dispositions types 6 à 17*], à condition que les circonstances à l'origine de cette urgence n'aient pu être prévues par l'autorité contractante et n'aient pas été le résultat de manœuvres dilatoires de sa part;	28	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 du 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;

[20]Voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 74.

[21]Voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par 75 à 77.

[22]La présente disposition type donne un exemple de procédure d'évaluation susceptible d'être appliquée par une autorité contractante pour comparer et évaluer des propositions concernant des projets d'infrastructure à financement privé. D'autres procédures, telles que le processus d'évaluation en deux temps ou le système à deux enveloppes, sont décrites au chapitre III intitulé "Sélection du concessionnaire" (par. 79 à 82). Contrairement à la procédure prévue dans la présente disposition, elles sont censées permettre à l'autorité contractante de comparer et d'évaluer les critères non financiers indépendamment des critères financiers afin d'éviter des situations dans lesquelles une importance excessive serait accordée à certains éléments de ces derniers (comme le prix unitaire) au détriment des premiers. Pour assurer l'intégrité, la transparence et la prévisibilité de la phase d'évaluation de la procédure de sélection, il est recommandé à l'État adoptant d'indiquer dans sa législation les méthodes que les autorités contractantes peuvent employer pour comparer et évaluer les propositions ainsi que leurs modalités d'application.

[23]Lorsqu'une procédure de présélection a été engagée, les critères doivent être les mêmes que ceux utilisés dans le cadre de cette procédure.

[24]Soumettre l'attribution du contrat de concession sans recours à une procédure de mise en compétition à l'approbation d'une autorité supérieure vise à faire en sorte que l'autorité contractante n'engage des négociations directes avec des soumissionnaires que dans les circonstances appropriées (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 85 à 96). C'est pourquoi la disposition type propose que l'État adoptant indique quelle autorité est compétente pour autoriser des négociations dans tous les cas prévus par elle. L'État adoptant peut néanmoins fixer différentes conditions d'approbation pour chaque alinéa de la disposition. Dans certains cas, par exemple, il peut prévoir que le pouvoir d'engager de telles négociations découle directement de la loi. Dans d'autres, il peut subordonner les négociations à l'approbation de différentes autorités supérieures, selon la nature des services à fournir ou le secteur d'infrastructure concerné. L'État adoptant devra peut-être alors adapter la disposition type en ajoutant la condition d'approbation particulière requise à l'alinéa correspondant ou bien en ajoutant une référence aux dispositions de sa législation qui fixent ces conditions.

Rubriques	*n°*	*Dispositions législatives types*	*n°*	*Recommandations concernant la législation*
		b) Lorsque le projet est de courte durée et que l'investissement initial escompté ne dépasse pas le montant [de...] [*l'État adoptant spécifie un montant maximum*] [prévu dans...] [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui spécifient le montant au-dessous duquel un projet d'infrastructure à financement privé peut être attribué sans recours à une procédure de mise en compétition*][25]; *c)* Lorsque le projet concerne la défense ou la sécurité nationales; *d)* Lorsqu'une seule source est en mesure de fournir le service demandé, par exemple lorsque la prestation du service exige l'utilisation d'un droit de propriété intellectuelle, de secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs dont une ou plusieurs personnes ont la propriété ou la possession; *e)* En cas de propositions spontanées du type visé dans la [*disposition type 23*]; *f)* Lorsqu'une invitation à la procédure de présélection ou une sollicitation de propositions a été publiée sans résultat, ou lorsqu'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 invitation à la procédure de présélection et d'une nouvelle sollicitation de propositions aurait peu de chances d'aboutir à l'attribution du projet dans les délais voulus[26]; *g)* Dans d'autres cas où [*l'État adoptant indique l'autorité compétente*] autorise une telle exception pour des raisons impérieuses d'intérêt général[27].		*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 lorsqu'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 chances 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.
Procédures de négociation d'un contrat de concession [*Voir recommandation 29 et chap. III, par. 90*]	19	Lorsqu'elle négocie un contrat de concession sans recourir aux procédures prévues dans les [*dispositions types 6 à 17*], l'autorité contractante[28]: *a)* Sauf pour les contrats de concession négociés conformément à [*l'alinéa* c *de la disposition type 18*], fait publier un avis pour annoncer son intention d'engager des négociations concernant un contrat de concession conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de toute législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la publication des avis*]; *b)* Mène des négociations avec un nombre aussi grand que possible de personnes qu'elle juge capables[29] d'exécuter le projet en fonction des circonstances; *c)* Fixe des critères d'évaluation en fonction desquels les propositions seront évaluées et classées.	29	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 au paragraphe *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.
Admissibilité des propositions spontanées [*Voir recommandation 30 et chap. III, par. 97 à 109*]	20	À titre d'exception aux [*dispositions types 6 à 17*], l'autorité contractante[30] est autorisée à examiner des propositions spontanées conformément aux procédures prévues dans les [*dispositions types 21 à 23*], à condition que ces propositions ne se rapportent pas à un projet pour lequel elle a entamé ou annoncé des procédures de sélection.	30	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.

Procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées [*Voir recommandations 31 (pour les paragraphes 1 et 2) et 32 (pour le paragraphe 3) et chap. III, par. 110 à 112*]	21-1-2	1. Après réception et examen préliminaire d'une proposition spontanée, l'autorité contractante fait savoir rapidement à son auteur si le projet est considéré ou non comme présentant un intérêt général potentiel[31]. 2. Si le projet est considéré comme présentant un intérêt général potentiel conformément au paragraphe 1, l'autorité contractante invite l'auteur de la proposition à lui communiquer autant d'informations sur le projet proposé qu'il est possible à ce stade pour lui permettre d'évaluer correctement les qualifications de l'auteur[32] et la faisabilité technique et économique du projet et de déterminer si le projet est susceptible d'être exécuté avec succès de la manière proposée dans des conditions acceptables par elle. À cette fin, l'auteur soumet une étude de faisabilité technique et économique, une étude d'impact sur l'environnement et des informations satisfaisantes concernant le concept ou la technologie envisagés dans la proposition.	31	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.
	21-3	3. Lorsqu'elle examine une proposition spontanée, l'autorité contractante respecte les droits de propriété intellectuelle, les secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs qui sont contenus dans la proposition, en découlent ou y sont mentionnés. Par conséquent, elle n'utilise aucune information fournie par l'auteur ou en son nom en rapport avec sa proposition spontanée à d'autres fins que l'évaluation de cette proposition, sauf consentement de l'auteur. Sauf convention contraire des parties, l'autorité contractante, en cas de rejet de la proposition, restitue à son auteur l'original et toute copie des documents qu'il a soumis et préparés durant la procédure.	32	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.
Propositions spontanées ne comportant pas de droits de propriété intellectuelle, de secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs [*Voir recommandation 33 et chap. III, par. 113 et 114*]	22	1. À l'exception des cas prévus dans la [*disposition type 18*], l'autorité contractante, si elle décide d'exécuter le projet, entame une procédure de sélection conformément aux [*dispositions types 6 à 17*] lorsqu'elle considère que: *a)* L'exécution du projet est possible sans l'utilisation de droits de propriété intellectuelle, de secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs dont l'auteur de la proposition a la propriété ou la possession; et *b)* Le concept ou la technologie proposés ne sont pas véritablement nouveaux ou sans équivalent.	33	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 pourrait bénéficier d'un avantage du fait de sa proposition.

[25]Au lieu d'exclure la procédure de mise en compétition dans le cas visé à l'alinéa *b*, l'État adoptant peut envisager d'élaborer une procédure simplifiée de sollicitation de propositions, par exemple en appliquant les procédures décrites à l'article 48 de la Loi type sur la passation des marchés.

[26]L'État adoptant voudra peut-être exiger que l'autorité contractante fasse figurer dans les actes et informations devant être conservés conformément à la [*disposition type 26*] un compte rendu des résultats des négociations, qu'elle indique dans quelle mesure ces résultats s'écartent du cahier des charges et des clauses contractuelles de la sollicitation initiale de propositions et qu'elle en expose les raisons.

[27]Les États adoptants qui jugent souhaitable d'autoriser le recours à des procédures négociées au cas par cas souhaiteront peut-être conserver l'alinéa *g* lorsqu'ils appliqueront la disposition type. Les États adoptants qui souhaitent limiter les exceptions au recours à des procédures de sélection avec mise en compétition préféreront peut-être quant à eux ne pas l'inclure. Quoi qu'il en soit, l'État adoptant souhaitera peut-être, par souci de transparence, mentionner dans cet alinéa ou à un autre endroit du projet de disposition les autres exceptions éventuelles autorisant le recours à des procédures négociées qui peuvent être autorisées par des dispositions spécifiques.

[28]Un certain nombre d'éléments destinés à accroître la transparence dans les négociations engagées conformément à la présente disposition type sont examinés aux paragraphes 90 à 96 du chapitre III du *Guide législatif* intitulé "Sélection du concessionnaire".

[29]Les États adoptants qui souhaitent que le recours à des procédures négociées se fasse de façon plus transparente peuvent définir, au moyen de dispositions réglementaires spécifiques, des critères de qualification auxquels doivent satisfaire les personnes invitées à des négociations conformément aux [*dispositions types 18 et 19*]. Des critères de qualification possibles sont indiqués dans la [*disposition type 7*].

[30]La disposition type part du principe que c'est l'autorité contractante qui est habilitée à examiner des propositions spontanées. Toutefois, suivant la réglementation de l'État adoptant, un organe indépendant de celle-ci peut être chargé d'examiner de telles propositions ou de déterminer, par exemple, si une proposition spontanée est dans l'intérêt général. En pareil cas, l'État adoptant devrait étudier soigneusement la façon dont les fonctions d'un tel organe doivent éventuellement être coordonnées avec celles de l'autorité contractante (voir les notes 1, 3 et 24, ainsi que les références qui y sont mentionnées).

[31]Pour déterminer si un projet proposé est dans l'intérêt général, il faut examiner soigneusement ses avantages potentiels pour la population ainsi que le lien entre le projet et la politique de l'État dans le secteur d'infrastructure concerné. Afin d'assurer l'intégrité, la transparence et la prévisibilité des procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées, il peut être souhaitable que l'État adoptant donne, dans un règlement ou dans d'autres textes, des indications concernant les critères qui seront utilisés pour déterminer si une proposition spontanée est dans l'intérêt général, et qui pourrait comprendre des critères permettant d'évaluer l'adéquation des arrangements contractuels et le caractère raisonnable de la répartition proposée des risques.

[32]L'État adoptant voudra peut-être énoncer dans des dispositions réglementaires les critères de qualification auxquels doit satisfaire l'auteur de la proposition. Les éléments à prendre en considération à cet effet sont indiqués dans la [*disposition type 7*].

Rubriques	*n°*	*Dispositions législatives types*	*n°*	*Recommandations concernant la législation*
		2. L'auteur de la proposition est invité à participer à la procédure de sélection entamée par l'autorité contractante conformément au paragraphe 1 et peut bénéficier d'une incitation ou d'un avantage similaire suivant les modalités décrites par l'autorité contractante dans la sollicitation de propositions en contrepartie de l'élaboration et de la soumission de la proposition.		
Propositions spontanées comportant des droits de propriété intellectuelle, des secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs [*Voir recommandations 34 (pour les paragraphes 1 et 2) et 35 (pour les paragraphes 3 et 4) et chap. III, par. 115 à 117*]	23-1-2	1. Si l'autorité contractante considère que les conditions énoncées aux [*alinéas* a *et* b *du paragraphe 1 de la disposition type 22*] ne sont pas remplies, elle n'est pas tenue de mener une procédure de sélection conformément aux [*dispositions types 6 à 17*]. Elle peut néanmoins rechercher des éléments de comparaison pour la proposition spontanée conformément aux dispositions énoncées aux paragraphes 2 à 4[33]. 2. Lorsque l'autorité contractante a l'intention de rechercher des éléments de comparaison pour la proposition spontanée, elle publie une description des éléments essentiels du produit proposé en invitant d'autres parties intéressées à soumettre des propositions dans [un délai raisonnable] [*l'État adoptant indique un certain délai*].	34	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 devrait 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.
	23-3-4	3. Si aucune proposition n'est reçue dans [un délai raisonnable] [le délai spécifié au paragraphe 2 ci-dessus] en réponse à une invitation publiée en application du paragraphe 2, l'autorité contractante peut entamer des négociations avec l'auteur de la proposition originale. 4. Si l'autorité contractante reçoit des propositions en réponse à une invitation publiée en application du paragraphe 2, elle invite les auteurs de ces propositions à des négociations conformément aux dispositions énoncées dans la [*disposition type 19*]. Si elle reçoit un nombre suffisamment important de propositions, qui paraissent à première vue répondre à ses besoins en matière d'infrastructures, l'autorité contractante demande que lui soient soumises des propositions conformément aux [*dispositions types 10 à 17*], sous réserve de toute incitation ou d'autre avantage dont peut bénéficier la personne ayant soumis la proposition spontanée conformément au [*paragraphe 2 de la disposition type 22*].	35	L'autorité contractante peut entamer des négociations avec l'auteur de la proposition spontanée si aucune autre proposition n'a été reçue, sous réserve de l'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.
Confidentialité des négociations [*Voir recommandation 36 et chap. III, par. 118*]	24	L'autorité contractante traite les propositions de manière à éviter la divulgation de leur contenu aux soumissionnaires concurrents. Toutes discussions, communications et négociations ayant eu lieu entre l'autorité contractante et un soumissionnaire conformément [*au paragraphe 3 de la disposition type 10, aux dispositions types 17, 18, 19 ou aux paragraphes 3 et 4 de la disposition type 23*] sont confidentielles. Sauf si la loi ou une ordonnance judiciaire l'exige, aucune partie aux négociations ne divulgue à aucune autre personne, en dehors de ses mandataires, sous-traitants, prêteurs, conseillers ou consultants, des informations techniques, des informations relatives aux prix ou d'autres informations qu'elle a reçues concernant des discussions, communications et négociations ayant eu lieu conformément aux dispositions précitées sans le consentement de l'autre partie.	36	Les négociations entre l'autorité contractante et les soumissionnaires devraient être confidentielles et une partie aux négociations ne devrait révéler à aucune autre personne des informations techniques, des informations relatives aux prix ou d'autres informations commerciales concernant les négociations sans le consentement de l'autre partie.
Avis d'attribution du contrat [*Voir recommandation 37 et chap. III, par. 119*]	25	À l'exception des contrats de concession attribués conformément à [*l'alinéa* c *de la disposition type 18*], l'autorité contractante fait publier un avis d'attribution du contrat conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la publication des avis d'attribution de contrats*]. Cet avis désigne le concessionnaire et comporte un résumé des principales clauses du contrat de concession.	37	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.

Conservation des actes et informations liés aux procédures de sélection et d'attribution [*Voir recommandation 38 et chap. III, par. 120 à 126*]	26	L'autorité contractante conserve dûment les informations liées aux procédures de sélection et d'attribution conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur la passation des marchés publics qui régissent la conservation des actes et informations liés aux procédures de passation*][34].	38	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.
Procédures de recours [*Voir recommandation 39 et chap. III, par. 127 à 131*]	27	Un soumissionnaire qui déclare avoir subi, ou qui peut subir, une perte ou un préjudice du fait de la violation d'une obligation imposée par la loi à l'autorité contractante peut introduire un recours contre les actes ou omissions de l'autorité contractante conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent les recours contre les décisions prises dans le cadre des procédures de passation*][35].	39	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.
Contenu du contrat de concession [*Voir recommandation 40 et chap. IV, par. 1 à 11*]	28	Le contrat de concession comporte des dispositions sur des questions que les parties estiment appropriées, telles que:	40	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.
[*Voir chap. IV, par. 1*]	28 *a*	*a)* La nature et la portée des travaux devant être réalisés et des services devant être fournis par le concessionnaire;		
[*Voir recommandation 5*]	28 *b*	*b)* Les conditions de la fourniture de ces services et l'étendue de l'exclusivité, le cas échéant, des droits du concessionnaire découlant du contrat de concession;	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 droit 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.
	28 *c*	*c)* L'assistance que l'autorité contractante peut fournir au concessionnaire pour qu'il obtienne les licences et permis nécessaires pour l'exécution du projet d'infrastructure;		
[*Voir recommandations 42 et 43 et disposition type 30*]	28 *d*	*d)* Toutes prescriptions relatives à la constitution d'une personne morale et à son capital minimal conformément à la [*disposition type 30*];	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.
			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.
[*Voir recommandations 44 et 45 et dispositions types 31 à 33*]	28 *e*	*e)* La propriété des biens liés au projet et les obligations des parties, selon qu'il convient, concernant l'acquisition du site du projet et toutes servitudes nécessaires, conformément aux [*dispositions types 31 à 33*];	44	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.

[33]L'État adoptant souhaitera peut-être envisager d'adopter une procédure spéciale pour l'examen des propositions spontanées entrant dans le champ d'application de la présente disposition type, en prenant éventuellement modèle, *mutatis mutandis*, sur la procédure de sollicitation de propositions décrite à l'article 48 de la Loi type sur la passation des marchés.

[34]La nature des informations à conserver pour les différents types de procédures d'attribution envisagés dans les dispositions types ainsi que la mesure dans laquelle ces informations peuvent être accessibles au public sont examinées aux paragraphes 120 à 126 du chapitre III du *Guide législatif* intitulé "Sélection du concessionnaire". Les éléments d'information à conserver sont également indiqués à l'article 11 de la Loi type sur la passation des marchés. Si ces questions ne sont pas traitées de façon adéquate par la législation de l'État adoptant, celui-ci devrait adopter les dispositions législatives ou réglementaires nécessaires.

[35]Les éléments d'un mécanisme de recours adéquat sont examinés aux paragraphes 127 à 131 du chapitre III du *Guide législatif* intitulé "Sélection du concessionnaire". Ils figurent également au chapitre VI de la Loi type sur la passation des marchés. Si sa législation ne prévoit pas de mécanisme de recours adéquat, l'État adoptant devrait envisager de faire en sorte qu'elle établisse un tel mécanisme.

Rubriques	*n°*	*Dispositions législatives types*	*n°*	*Recommandations concernant la législation*
			45	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.
[*Voir recommandations 46 et 48*]	28 *f*	*f)* La rémunération du concessionnaire, qu'elle consiste en des redevances ou en des droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit; les méthodes et formules de fixation ou d'ajustement de telles redevances ou de tels droits; et les versements éventuels pouvant être faits par l'autorité contractante ou une autre autorité publique;	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.
			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.
[*Voir recommandation 52*]	28 *g*	*g)* Les procédures d'examen et d'approbation des études techniques, plans et spécifications par l'autorité contractante et les procédures d'essai et d'inspection finale, d'approbation et d'acceptation de l'ouvrage;	52	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.
[*Voir recommandation 53 et disposition type 38*]	28 *h*	*h)* L'étendue des obligations imposées au concessionnaire pour assurer, selon qu'il convient, la modification du service afin de répondre à la demande effective de ce service, sa continuité et sa fourniture dans des conditions essentiellement identiques pour tous les usagers;	53	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.
[*Voir recommandations 52 et 54, al.* b]	28 *i*	*i)* Le droit de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique de suivre les travaux devant être réalisés et les services devant être fournis par le concessionnaire et les conditions auxquelles ainsi que la mesure dans laquelle l'autorité contractante ou un organisme de réglementation peuvent ordonner des modifications des travaux et des conditions du service ou prendre d'autres mesures raisonnables qu'ils peuvent 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;	52	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.
			54 *b*	*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.
[*Voir recommandation 54, al.* a]	28 *j*	*j)* 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;	54 *a*	*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;

[*Voir chap. IV, par. 73 à 76*]	28 *k*	*k)* Des mécanismes pour faire face aux frais supplémentaires et autres conséquences pouvant résulter de tout ordre émanant de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique en liaison avec les alinéas *h* et *i* ci-dessus, y compris toute indemnité à laquelle le concessionnaire pourrait avoir droit;	—	—
[*Voir recommandation 56*]	28 *l*	*l)* Tous droits de l'autorité contractante d'examiner et d'approuver les principaux contrats que le concessionnaire est appelé à conclure, en particulier les contrats avec ses propres actionnaires ou d'autres personnes ayant un lien avec lui;	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.
[*Voir recommandation 58, al.* a *et* b]	28 *m*	*m)* Les garanties de bonne exécution que le concessionnaire est tenu de fournir et les polices d'assurance qu'il est tenu de souscrire pour l'exécution du projet d'infrastructure;	58 *a*	*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;
			58 *b*	*b)* Les polices d'assurance que le concessionnaire peut être tenu de souscrire;
[*Voir recommandation 58, al.* e]	28 *n*	*n)* Les voies de recours ouvertes en cas de défaillance de l'une ou l'autre partie;	58 *e*	*e)* Les voies de recours ouvertes à l'autorité contractante et au concessionnaire en cas de défaillance de l'autre partie;
[*Voir recommandation 58, al.* d]	28 *o*	*o)* 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 le contrat de concession en raison de circonstances échappant à son contrôle raisonnable;	58 *d*	*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;
[*Voir recommandation 61*]	28 *p*	*p)* La durée du contrat de concession et les droits et obligations des parties à son expiration ou lors de sa résiliation;	61	La durée de la concession devrait être précisée dans l'accord de projet.
[*Voir recommandation 67*]	28 *q*	*q)* Les modalités de calcul de l'indemnité en application de la [*disposition type 47*];	67	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.
[*Voir recommandation 69 et disposition type 49*]	28 *r*	*r)* Le droit applicable et les mécanismes de règlement des différends pouvant surgir entre l'autorité contractante et le concessionnaire;	69	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.
Droit applicable [*Voir recommandation 41 et chap. IV, par. 5 à 8*]	29	Le contrat de concession est régi par la loi du présent État sauf stipulation contraire du contrat de concession[36].	41	Sauf disposition contraire, l'accord de projet devrait être régi par la loi du pays hôte.
Organisation du concessionnaire [*Voir recommandations 42 et 43 et chap. IV, par. 12 à 18*]	30	L'autorité contractante peut exiger que le soumissionnaire retenu constitue une personne morale conformément aux lois du [*présent État*], à condition qu'une déclaration ait été faite à cet effet dans le dossier de présélection ou dans la sollicitation de propositions, selon le cas. Toute prescription relative au capital minimal d'une telle personne morale ainsi que la procédure d'approbation par l'autorité contractante de ses statuts et des modifications importantes desdits statuts sont énoncées dans le contrat de concession.	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.
			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.

[36]Les systèmes juridiques apportent diverses réponses à la question de savoir si les parties à un contrat de concession peuvent choisir comme droit applicable au contrat un droit autre que celui du pays hôte. En outre, comme cela est indiqué dans le *Guide législatif* (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 5 à 8), dans certains pays le contrat de concession peut être soumis au droit administratif, tandis que dans d'autres il sera régi par le droit privé (voir aussi *Guide législatif*, chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", par. 24 à 27). Le droit applicable comprend également les règles d'autres branches du droit qui s'appliquent aux différentes questions pouvant surgir pendant l'exécution d'un projet d'infrastructure (voir de manière générale le *Guide législatif*, chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", sect. B).

Rubriques	*n°*	*Dispositions législatives types*	*n°*	*Recommandations concernant la législation*
Propriété des biens [*Voir recommandation 44 et chap. IV, par. 20 à 26*]	31	Le contrat de concession précise, selon qu'il convient, les biens qui sont ou seront la propriété de l'État et ceux qui sont ou seront la propriété privée du concessionnaire. Il indique en particulier ceux qui appartiennent aux catégories suivantes: *a)* Les biens, le cas échéant, que le concessionnaire est tenu de restituer ou transférer à l'autorité contractante ou à une autre entité indiquée par celle-ci conformément aux clauses du contrat de concession; *b)* Les biens, le cas échéant, que l'autorité contractante peut, si elle le souhaite, acheter au concessionnaire; et *c)* Les biens, le cas échéant, que le concessionnaire peut conserver ou dont il peut disposer à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de concession.	44	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.
Acquisition de droits relatifs au site du projet [*Voir recommandation 45 et chap. IV, par. 27 à 29*]	32	1. L'autorité contractante ou une autre autorité publique selon les dispositions de la loi et les clauses du contrat de concession met à la disposition du concessionnaire ou, selon qu'il convient, aide le concessionnaire à acquérir les droits relatifs au site du projet, y compris le titre de propriété du site, nécessaires à l'exécution du projet. 2. Toute expropriation de terrain pouvant être requise pour l'exécution du projet est effectuée conformément à [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent l'expropriation de biens privés par les autorités publiques pour des motifs d'intérêt général*].	45	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.
Servitudes [*Voir recommandation 45 et chap. IV, par. 30*]	33	Le concessionnaire [a le droit] [se voit accorder le droit] de pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou y installer des équipements, selon qu'il convient et selon les besoins de l'exécution du projet conformément à [*l'État adoptant indique les dispositions de son droit qui régissent les servitudes et autres droits similaires dont bénéficient ses entreprises de service public et exploitants d'infrastructure en vertu de ses lois*].	45	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.
Arrangements financiers [*Voir recommandations 46 et 47 et chap. IV, par. 33 à 51*]	34	Le concessionnaire a le droit de demander, recevoir ou percevoir des redevances ou droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit. L'accord de concession prévoit des méthodes et formules de fixation et d'ajustement de ces redevances ou droits [conformément aux règles établies par l'organisme de réglementation compétent][37].	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.
			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.
Sûretés [*Voir recommandation 49 et chap. IV, par. 52 à 61*]	35	1. Sous réserve de restrictions pouvant être indiquées dans le contrat de concession[38], le concessionnaire a le droit de constituer, sur l'un quelconque de ses biens ou droits, y compris sur ceux qui sont liés au projet d'infrastructure, les sûretés nécessaires pour obtenir tout financement requis pour le projet, y compris, en particulier, les suivantes: *a)* Sûreté sur les biens meubles ou immeubles lui appartenant ou sur ses droits sur les biens du projet; *b)* Un nantissement du produit et des créances qui lui sont dus pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit.	49	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.

		2. Les actionnaires du concessionnaire ont le droit de nantir les actions qu'ils obtiennent de la société concessionnaire ou de constituer sur elles toute autre sûreté; 3. Aucune sûreté visée au paragraphe 1 ne peut être constituée sur un bien du domaine public ou sur d'autres biens ou droits nécessaires pour la fourniture d'un service public, lorsque cela est interdit par la loi du [*présent État*].		
Cession du contrat de concession [*Voir recommandation 50 et chap. IV, par. 62 et 63*]	36	Sauf disposition contraire dans la [*disposition type 35*], les droits et obligations du concessionnaire découlant du contrat de concession ne peuvent être cédés à des tiers sans le consentement de l'autorité contractante. Le contrat de concession énonce les conditions auxquelles l'autorité contractante donne son consentement à une cession des droits et obligations du concessionnaire découlant du contrat de concession, y compris l'acceptation par le nouveau concessionnaire de toutes les obligations contractées au titre de ce contrat et la production par lui de preuves qu'il possède les capacités techniques et financières nécessaires pour fournir le service.	50	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.
Transfert d'un intérêt majoritaire dans la société concessionnaire [*Voir recommandation 51 et chap. IV, par. 64 à 68*]	37	Sauf disposition contraire du contrat de concession, un intérêt majoritaire dans la société concessionnaire ne peut être transféré à des tiers sans l'assentiment de l'autorité contractante. Le contrat de concession énonce les conditions dans lesquelles cet assentiment est donné.	51	Sauf disposition contraire, le transfert d'un intérêt majoritaire dans une société concessionnaire peut être soumis à l'assentiment de l'autorité contractante.
Exploitation de l'infrastructure [*Voir recommandation 53 et chap. IV, par. 80 à 93 (pour le paragraphe 1) et recommandation 55 et chap. IV, par. 96 et 97 (pour le paragraphe 2)*]	38-1	1. Le contrat de concession énonce, selon qu'il convient, l'étendue des obligations imposées au concessionnaire pour assurer: *a)* La modification du service afin de répondre à la demande de ce service; *b)* La continuité du service; *c)* La fourniture du service dans des conditions essentiellement identiques pour 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.	53	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.
	38-2	2. Le concessionnaire a 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.	55	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.
Indemnisation en cas de changements spécifiques dans la législation [*Voir recommandation 58, al.* c, *et chap. IV, par. 122 à 125*]	39	Le contrat de concession énonce la mesure dans laquelle le concessionnaire a droit à une indemnisation dans le cas où, pour l'exécution de ce contrat, il a engagé des dépenses sensiblement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible qu'il n'était initialement prévu, du fait de changements dans la législation ou la réglementation spécifiquement applicable à l'ouvrage ou au service qu'il fournit.	58 *c*	*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;

[37]Les péages, droits ou autres sommes perçus par le concessionnaire, désignés dans le *Guide législatif* par le terme "redevances" peuvent être, en l'absence de subventions ou de versements de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques, la principale (parfois même la seule) source de recettes permettant d'amortir les investissements effectués dans le projet (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 30 à 60). Le coût auquel les services publics sont fournis constitue généralement l'un des éléments de la politique d'infrastructure de l'État et une question d'un intérêt immédiat pour une grande partie de la population. C'est pourquoi de nombreux pays ont des règles spéciales pour le contrôle des redevances et des droits afférents à la prestation de services publics. En outre, dans certains systèmes juridiques, la loi ou des règles de droit générales définissent les paramètres applicables à la détermination des prix des biens ou des services, par exemple en prévoyant que les redevances doivent être "raisonnables", "équitables" ou "justes" (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 36 à 46).

[38]Ces restrictions peuvent, en particulier, concerner l'exécution de droits relatifs aux biens du projet d'infrastructure.

Rubriques	*n°*	*Dispositions législatives types*	*n°*	*Recommandations concernant la législation*
Révision du contrat de concession [*Voir recommandation 58, al.* c *et chap. IV, par. 126 à 130*]	40	1. Sans préjudice de [*la disposition type 39*], le contrat de concession peut également énoncer la mesure dans laquelle le concessionnaire a le droit d'en demander la révision pour qu'il prévoie une indemnisation dans le cas où, pour l'exécution de ce contrat, il a engagé des dépenses sensiblement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible qu'il n'était initialement prévu, du fait de: *a)* Changements dans la situation économique ou financière; ou *b)* Changements apportés à la législation ou à la réglementation non spécifiquement applicable à l'ouvrage ou aux services qu'il fournit; à condition que ces changements d'ordre économique, financier, législatif ou réglementaire: a. Surviennent après la conclusion du contrat; b. Soient indépendants de la volonté du concessionnaire; et c. Soient de nature telle qu'on ne pouvait raisonnablement s'attendre que le concessionnaire les ait pris en considération lors de la négociation du contrat de concession ou en ait évité ou surmonté les conséquences. 2. Le contrat de concession établit des procédures de révision des clauses qu'il contient en cas de tels changements.	58 *c*	*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;
Reprise d'un projet d'infrastructure par l'autorité contractante [*Voir recommandation 59 et chap. IV, par. 143 à 146*]	41	Dans les cas prévus par le contrat de concession, l'autorité contractante a le droit d'assurer temporairement l'exploitation de l'ouvrage afin de garantir la continuité du service dans de bonnes conditions dans le cas où le concessionnaire aurait gravement manqué à ses obligations et n'aurait pas remédié à ce manquement dans un délai raisonnable après avoir été mis en demeure de le faire par elle.	59	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.
Substitution de concessionnaire [*Voir recommandation 60 et chap. IV, par. 147 à 150*]	42	L'autorité contractante peut convenir avec les entités octroyant un financement pour un projet d'infrastructure de substituer au concessionnaire une nouvelle entité ou personne désignée pour exécuter le projet dans le cadre du contrat de concession en vigueur en cas de manquement grave du concessionnaire initial ou de survenance d'autres événements pouvant, autrement, justifier la résiliation du contrat ou encore dans d'autres cas similaires[39].	60	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.
Durée et prorogation du contrat de concession [*Voir recommandation 62 et chap. V, par. 2 à 8*]	43	1. La durée du contrat de concession, telle que stipulée conformément à [*l'alinéa* p *de la disposition type 28*], n'est pas prorogée sauf à la suite des événements 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; ou *c)* [*Autres événements spécifiés par l'État adoptant.*][40] 2. La durée du contrat de concession peut par ailleurs être prorogée pour permettre au concessionnaire d'amortir des frais supplémentaires dus à des exigences de l'autorité contractante non prévues initialement dans le contrat, si le concessionnaire n'est pas en mesure de les amortir pendant la durée initiale.	62	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.

Résiliation du contrat de concession par l'autorité contractante [*Voir recommandation 63 et chap. V, par. 14 à 27*]	44	L'autorité contractante peut résilier le contrat de concession: *a)* Lorsqu'on ne peut plus raisonnablement s'attendre 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 [impérieuses][41] d'intérêt général, sous réserve du versement au concessionnaire d'une indemnité selon les conditions convenues dans le contrat de concession; *c)* [*Autres cas que l'État adoptant souhaiterait peut-être ajouter dans la Loi.*]	63	L'autorité contractante devrait avoir le droit de résilier l'accord de projet: *a)* Lorsqu'on ne peut plus raisonnablement s'attendre 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 du contrat de concession par le concessionnaire [*Voir recommandation 64 et chap. V, par. 28 à 33*]	45	Le concessionnaire ne peut résilier le contrat de concession sauf: *a)* En cas de manquement grave de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique aux obligations contractées en vertu du contrat de concession; *b)* Si les conditions de révision du contrat de concession prévues dans le [*paragraphe 1 de la disposition type 40*] sont réunies mais les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord sur une telle révision; ou *c)* Si, pour l'exécution du contrat de concession, le concessionnaire a engagé des dépenses substantiellement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible du fait d'actes ou d'omissions de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques tels que ceux visés [*aux alinéas* h *et* i *de la disposition type 28*] et les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord sur une révision du contrat de concession.	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 du contrat de concession par l'une ou l'autre partie [*Voir recommandation 65 et chap. V, par. 34 et 35*]	46	L'une ou l'autre partie a le droit de résilier le contrat de concession lorsque l'exécution de ses obligations est rendue impossible par des événements échappant à son contrôle raisonnable. Les parties ont en outre le droit de résilier le contrat par consentement mutuel.	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.
Arrangements financiers lors de l'expiration ou de la résiliation du contrat de concession [*Voir recommandation 67 et chap. V, par. 43 à 49*]	47	Le contrat de concession spécifie les modalités de calcul de l'indemnisation due à l'une ou l'autre partie en cas de résiliation du contrat, notamment, s'il y a lieu, l'indemnisation correspondant à la juste valeur des travaux réalisés en application du contrat, aux dépenses engagées ou aux pertes subies par l'une ou l'autre partie, y compris, selon qu'il convient, au manque à gagner.	67	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.
Liquidation et mesures de transfert [*Voir recommandation 66 et chap. V, par. 37 à 42 (pour l'alinéa* a) *et recommandation 68 et chap. V, par. 50 à 62 (pour les alinéas* b *à* d)]	48 *a*	Le contrat de concession énonce, selon les cas, les droits et obligations des parties concernant: *a)* Les mécanismes et les procédures de transfert de biens à l'autorité contractante, selon qu'il convient;	66	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.

[39]La substitution, au concessionnaire, d'une autre entité proposée par les prêteurs et acceptée par l'autorité contractante suivant les conditions convenues entre eux, vise à permettre aux parties d'éviter les conséquences préjudiciables de la résiliation du contrat de concession (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 147 à 150). Les parties peuvent souhaiter d'abord prendre d'autres mesures pratiques, éventuellement de manière échelonnée, telles que la reprise temporaire du projet par les prêteurs ou un administrateur provisoire désigné par eux, ou encore la réalisation de la sûreté que les prêteurs détiennent sur les actions de la société concessionnaire par la vente de ces dernières à un tiers acceptable pour l'autorité contractante.

[40]L'État adoptant voudra peut-être envisager la possibilité d'autoriser une prorogation par accord consensuel du contrat de concession conformément aux clauses de ce contrat pour des raisons impérieuses d'intérêt général.

[41][Un certain nombre de situations dans lesquelles une raison impérieuse d'intérêt général peut se manifester sont examinées au paragraphe 27 du chapitre V du *Guide législatif* intitulé "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet"].

Rubriques	*n°*	*Dispositions législatives types*	*n°*	*Recommandations concernant la législation*
	48 *b* à *d*	*b)* Le transfert de technologie requis pour l'exploitation de l'ouvrage; *c)* La formation du personnel de l'autorité contractante ou d'un nouveau concessionnaire à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage; *d)* La fourniture, par le concessionnaire, de services et de ressources d'appui sans interruption, y compris 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.	68	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.
Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire [*Voir recommandation 69 et chap. VI, par. 3 à 41*]	49	Tout différend entre l'autorité contractante et le concessionnaire est réglé grâce aux mécanismes de règlement des différends convenus par les parties dans le contrat de concession[42].	69	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.
Différends avec des clients ou usagers de l'ouvrage [*Voir recommandation 71 et chap. VI, par. 43 à 45*]	50	Lorsque le concessionnaire fournit des services à la population ou exploite des ouvrages accessibles à la population, l'autorité contractante peut exiger de lui qu'il établisse des mécanismes simplifiés et efficaces pour traiter les réclamations émanant de ses clients ou d'usagers de l'ouvrage.	71	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.
Autres différends [*Voir recommandation 70 et chap. VI, par. 42*]	51	1. Le concessionnaire et ses actionnaires sont libres de choisir les mécanismes appropriés pour régler leurs différends. 2. Le concessionnaire est libre de convenir des mécanismes appropriés pour régler les différends entre lui et ses prêteurs, entrepreneurs, fournisseurs et autres partenaires commerciaux.	70	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.

[42]L'État adoptant peut prévoir dans sa législation des mécanismes de règlement des différends qui soient les mieux adaptés aux besoins des projets d'infrastructure à financement privé.

A/CN.9/533

D. Projet d'additif au *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé*: note du secrétariat (A/CN.9/533 et Add.1 à 7) [Original: anglais]

Compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

TABLE DES MATIÈRES

		Pages
I.	INTRODUCTION	159
II.	COMPILATION DES COMMENTAIRES	159
	Organisations internationales	159
	Union internationale des avocats	159

I. INTRODUCTION

1. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a, à sa trente-quatrième session, créé le Groupe de travail sur les projets d'infrastructure à financement privé et l'a chargé d'élaborer des dispositions législatives types fondamentales dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé.

2. À sa cinquième session, tenue à Vienne du 9 au 13 septembre 2002, le Groupe de travail a examiné les projets qui avaient été élaborés par le secrétariat avec l'aide d'experts extérieurs et en a approuvé le texte, tel qu'il figure en annexe à son rapport sur cette session (A/CN.9/521). Il a prié le secrétariat de distribuer les projets de dispositions types, pour commentaires, et de les présenter avec les commentaires reçus à la Commission, pour examen et adoption, à sa trente-sixième session.

3. La présente note reproduit les commentaires reçus d'une organisation internationale. Les autres commentaires seront publiés sous forme d'additifs à la présente note dans l'ordre dans lequel ils seront reçus.

II. COMPILATION DES COMMENTAIRES

Organisations internationales

Union internationale des avocats

[Original: anglais]

Disposition type 2. Définitions

Nous croyons comprendre que le Groupe de travail sur les projets d'infrastructure à financement privé a eu des difficultés à s'entendre sur une définition du terme "concession" qui convienne à tous les systèmes juridiques.

Cependant, il est indispensable que le champ d'application d'une loi relative aux concessions soit clairement défini, en particulier lorsqu'il existe une loi régissant les marchés publics. Lorsque tel est le cas, il faut indiquer clairement quelle loi s'appliquera à telle ou telle relation contractuelle, quel que soit le nom donné au contrat qui régit cette relation (concession, licence, bail, droits d'usufruit, etc.).

Dans de nombreux pays qui ont adopté une loi relative aux contrats de construction-exploitation-transfert ou aux concessions, on constate que les entrepreneurs essaient d'éviter qu'elle ne soit appliquée (en particulier les dispositions strictes relatives à la sélection des concessionnaires) en baptisant différemment leur contrat ou en niant qu'il y ait une concession.

La difficulté de définir le terme "concession" a été évoquée par l'Union européenne dans la communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire, en date du 12 avril 2000, qui définit comme suit les concessions:

> "Sont donc visés par la présente communication les actes imputables à l'État, par lesquels une autorité publique confie à un tiers — que ce soit par un acte contractuel ou par un acte unilatéral ayant reçu le consentement de ce tiers — la gestion totale ou partielle de services qui relèvent normalement de sa responsabilité et pour lesquels ce tiers assume les risques d'exploitation. Ces services ne sont visés par la communication que s'ils s'analysent en une prestation d'activités économiques (…). Ces actes étatiques seront désignés ci-après par le terme "concessions", indépendamment de leur qualification juridique en droit national".

À l'évidence, cette définition, qui est un compromis entre les systèmes de *common law* et de tradition romano-germanique, pourrait être améliorée. Cependant, elle pourrait être donnée comme exemple pour guider le législateur.

Il serait contre-productif d'éluder simplement la question extrêmement importante que constitue la définition de l'objet de la loi.

Disposition type 3. Pouvoir de conclure des contrats de concession

Il est toujours difficile d'établir avec précision, dans une loi relative aux concessions, les biens ou services qui peuvent faire l'objet d'une concession et les organes habilités à attribuer celle-ci. Les noms et les compétences desdits organes peuvent différer. Pour que la loi relative aux concessions soit acceptable, en particulier dans les pays à économie en transition, il ne faut pas qu'elle remette en cause la répartition des pouvoirs convenue antérieurement (en particulier en ce qui concerne l'autonomie locale). Il est donc recommandé d'adopter une disposition neutre qui renvoie à l'autorité ayant compétence sur les biens et services pour lesquels des concessions peuvent être attribuées.

Disposition type 4. Secteurs d'infrastructure dans lesquels des contrats de concession peuvent être conclus

La remarque formulée au sujet de la disposition type 3 s'applique aussi à la disposition type 4. Dans la plupart des systèmes juridiques, une loi relative aux concessions ne peut conférer davantage de droits que ceux prévus par les lois sectorielles ou spécifiques. Au lieu d'établir une liste indicative ou exhaustive des domaines dans lesquels des concessions peuvent être attribuées, il est préférable de faire référence de manière générale aux services et aux biens qui peuvent faire l'objet d'une concession en vertu de toute loi applicable et, si nécessaire, de modifier les lois spécifiques ou sectorielles qui ne prévoient pas les concessions de façon à les autoriser.

À l'inverse, une liste des biens ou services pour lesquels des concessions ne peuvent être attribuées, du fait qu'ils relèvent de la souveraineté nationale ou font partie du patrimoine national, est souvent établie.

Disposition type 18. Circonstances autorisant l'attribution d'un contrat sans procédure de mise en compétition

L'exception prévue à l'alinéa *b* devrait être fondée non seulement sur un montant maximal d'investissement, mais aussi sur un chiffre d'affaires annuel maximal et une durée maximale du contrat (trois à cinq ans).

Disposition type 26. Conservation des actes et informations liés aux procédures de sélection et d'attribution

Il faudrait recommander que chaque contrat de concession soit inscrit dans un registre national des concessions, conservé dans un organisme ou un ministère particulier (Ministère des finances) et accessible à toutes les personnes ou entités intéressées. Il serait ainsi plus facile de former des recours et les autres autorités contractantes auraient la possibilité de mettre à profit l'expérience acquise en ce qui concerne les contrats de ce type.

Disposition type 27. Procédures de recours

Lorsqu'il existe une autorité de contrôle, il pourrait être souhaitable de prévoir la possibilité de former en première instance un recours auprès de cette autorité pendant la procédure d'appel d'offres ou de négociation directe ou peu après, avant la date de prise d'effet de la concession.

Disposition type 40. Révision du contrat de concession

Afin de réduire l'incertitude contractuelle, il faudrait ajouter une quatrième condition au paragraphe 1:

"*d)* Entraînent des dépenses d'investissement ou de fonctionnement supérieures à un montant de [à déterminer], sur une certaine période [à déterminer], ou bouleversent l'équilibre financier ou économique global du contrat (bouleversement de l'économie du contrat)".

A/CN.9/533/Add.1

Compilation des commentaires des gouvernements et organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Pages

II. COMPILATION DES COMMENTAIRES 161
A. ÉTATS 161
Italie 161
Malaisie 162
Turquie 164
B. ORGANISATIONS INTERGOUVERNEMENTALES 164
Banque asiatique de développement 164
Banque européenne pour la reconstruction et le développement 165
Société financière internationale 165

II. COMPILATION DES COMMENTAIRES

A. États

Italie

1. Le Gouvernement italien présente ses compliments au Secrétaire général et au secrétariat et se dit de nouveau satisfait des travaux accomplis en vue de l'élaboration de dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé, pour présentation à la Commission à sa prochaine session. Les dispositions types tiennent compte de la plupart des suggestions et remarques faites par la délégation italienne, laquelle se propose néanmoins de faire quelques commentaires sur des dispositions particulières toujours dans le but de rendre les procédures de mise en compétition plus transparentes et plus équitables.

2. En ce qui concerne le lien entre les projets de dispositions types et les recommandations concernant la législation qui figurent dans le *Guide législatif*, la délégation italienne suggère d'adopter la troisième option mentionnée au paragraphe 2 du document A/CN.9/522/Add.1. Puisqu'il n'est en fait pas possible de remplacer l'ensemble des recommandations par les dispositions législatives types (deuxième option), il serait sans doute souhaitable de remplacer uniquement les recommandations pour lesquelles la Commission aura adopté des dispositions législatives types.

Disposition type 5. (Règles régissant la procédure de sélection)

3. De toute évidence, les dispositions types passent sous silence un certain nombre de questions d'ordre pratique qui devraient normalement être traitées dans un régime général de passation des marchés (par exemple la garantie de soumission et le réexamen des procédures, le droit à l'information du public, les modalités de publication des avis, etc.). S'il est vrai que certaines de ces dispositions de procédure d'ordre pratique, mais néanmoins fondamentales, n'ont pas leur place dans le cadre général de l'État adoptant, les dispositions types devraient faire référence à d'autres dispositions (par exemple à celles de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés) qui prévoient des procédures de mise en compétition transparentes et efficaces.

Disposition type 6. (Objet de la présélection et procédure de présélection)

4. L'invitation à participer à la procédure de sélection devrait comporter suffisamment d'informations pour permettre aux soumissionnaires de déterminer s'ils peuvent effectuer les travaux et fournir les services nécessités par le projet (par exemple compte tenu d'éventuels critères de présélection, tels que l'utilisation de produits fabriqués dans le pays ou l'emploi d'une main-d'œuvre locale).

5. On pourrait donc envisager d'ajouter à la fin de la disposition un texte du type "toute autre information concernant des éléments essentiels du projet".

Disposition type 15. (Comparaison et évaluation des propositions)

6. Cette disposition type pourrait mentionner d'autres processus d'évaluation tels que le processus d'évaluation en deux temps ou le système de la double enveloppe (décrits aux paragraphes 79 et 80 du chapitre III du *Guide législatif de la CNUDCI* intitulé "Sélection du concessionnaire".

Disposition type 17. (Négociations finales)

7. Ces négociations peuvent présenter un certain nombre d'inconvénients car elles nécessitent du personnel hautement qualifié et expérimenté et comportent un risque accru de pratiques abusives ou corrompues. Il serait donc préférable de spécifier dans la disposition type que le recours à une procédure de sélection avec mise en compétition est la règle pour l'attribution des contrats aux fins de l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé et que l'attribution d'un contrat de concession sans procédure de mise en compétition est l'exception.

Disposition type 19. (Procédures de négociation d'un contrat de concession)

8. Afin d'accroître la transparence, la disposition pourrait fixer un nombre minimal de soumissionnaires avec lesquels l'autorité contractante devrait, lorsque cela est possible, négocier ou auprès desquels elle pourrait solliciter des propositions (alinéa *b*).

Disposition type 26. (Conservation des actes et informations liés aux procédures de sélection et d'attribution)

9. La conservation des actes et informations liés aux procédures de sélection et d'attribution est nécessaire dans l'intérêt de la transparence et de la responsabilité et afin que les soumissionnaires puissent plus facilement exercer leur droit de demander le réexamen des décisions prises par l'autorité contractante.

10. Il serait donc souhaitable d'affirmer ce droit même dans les cas où la législation de l'État adoptant ne traite pas de ces questions, par exemple en ajoutant les mots "si elles existent" ou une expression analogue après le mot "dispositions".

Disposition type 30. (Organisation du concessionnaire)

11. Comme le préconise le *Guide législatif*, il serait souhaitable que la disposition type renvoie aux dispositions législatives ou exige que les règles imposées par le pays hôte soient conformes aux obligations internationales assumées par ce dernier.

Disposition type 33. (Servitudes)

12. En règle générale, les propriétaires des propriétés concernées ne consentent pas rapidement ou facilement des servitudes directement au concessionnaire; c'est la raison pour laquelle, la plupart du temps, les servitudes nécessaires sont acquises par l'autorité contractante en même temps que le site du projet. Il serait donc préférable de retenir la variante "le concessionnaire se voit accorder le droit".

Disposition type 34. (Arrangements financiers)

13. Cette disposition pose le droit du concessionnaire de demander et de percevoir des redevances ou droits, qui représentent la principale, sinon la seule, source de revenu du concessionnaire.

14. Le contrat de concession prévoira les modalités d'établissement et d'ajustement de ces redevances et droits; on suppose que l'autorité contractante prendra en compte, lorsque celui-ci sera dressé, des paramètres de fixation du prix des biens ou services fondés sur les principes d'équité. C'est la raison pour laquelle il serait souhaitable de ne pas conserver les mots figurant entre crochets.

Disposition type 43. (Durée et prorogation du contrat de concession)

15. Le Groupe de travail a déjà examiné la possibilité pour l'autorité contractante et le concessionnaire de proroger, d'un commun accord, le contrat de concession. À cet égard, il est convenu qu'il fallait conserver tel quel le corps du texte de la disposition et ajouter éventuellement une note de bas de page. Nonobstant ce qui précède, puisqu'en règle générale il n'est pas souhaitable d'exclure totalement la possibilité de négocier la prorogation du contrat de concession, on pourrait modifier la note en remplaçant les mots "pour des raisons impérieuses d'intérêt général" par "dans certaines circonstances (telles que celles spécifiées dans le contrat de concession)".

Disposition type 44. (Résiliation du contrat de concession par l'autorité contractante)

16. Vu la gravité des conséquences qu'elle entraîne, la résiliation devrait être considérée comme une mesure extrême. Il faudrait donc limiter les conditions d'exercice de ce droit par l'une ou l'autre des parties, par exemple en maintenant le mot "impérieuses" figurant entre crochets entre les mots "raisons" et "d'intérêt général".

17. Il pourrait également être souhaitable de ne prévoir dans la disposition type la possibilité d'une résiliation pour des raisons d'intérêt général qu'à la condition que cette possibilité ait déjà été mentionnée dans le projet de contrat de concession distribué avec la sollicitation de propositions.

18. De plus, étant donné qu'il convient de ne pas utiliser le droit de résiliation pour des raisons d'intérêt général à la place d'autres sanctions contractuelles lorsque le concessionnaire ne donne pas satisfaction, on pourrait insérer dans la disposition type un membre de phrase tel que "sauf stipulation contraire du contrat de concession".

19. Afin de réduire le pouvoir discrétionnaire de l'autorité contractante de résilier le contrat unilatéralement, la disposition type pourrait exiger une décision d'un tribunal ou d'un autre organe de règlement des différends.

Malaisie

1. La Malaisie prend note du fait que les dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (dispositions types) ont pour objectif:

a) D'établir un cadre législatif favorable pour promouvoir et faciliter l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé en accroissant la transparence, l'équité ainsi que la viabilité à long terme de ces projets et en éliminant les restrictions inopportunes à la participation du secteur privé à la construction et à l'exploitation des infrastructures;

b) De renforcer les principes généraux de transparence, d'économie et d'équité dans l'attribution de marchés par les autorités publiques en établissant des procédures précises pour l'attribution des projets d'infrastructure.

2. En vue de la réalisation de ces objectifs, les dispositions types comprennent notamment des dispositions concernant:

a) Les règles régissant la procédure de sélection des concessionnaires;

b) La procédure de présélection des soumissionnaires;

c) Les circonstances autorisant l'attribution d'un contrat sans procédure de mise en compétition;

d) Les procédures de négociation d'un contrat de concession;

3. Pour le moment, la Malaisie n'a pas de législation spécifique sur le sujet. Un organisme relevant du Département du Premier Ministre est chargé de la supervision et de l'exécution des procédures de privatisation. En ce qui concerne la réglementation, des lois spécifiques ont été prises pour réglementer et encadrer l'activité des concessionnaires et du secteur privatisé. Les présents commentaires renvoient aux dispositions types et au *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé* (le *Guide*).

Dispositions concernant la conclusion des contrats de concession

4. Le projet de disposition législatif type propose que l'État adoptant dresse la liste des autorités publiques habilitées à conclure des contrats de concession. Il a également été recommandé que la loi spécifie l'autorité publique habilitée à attribuer les concessions et à conclure des accords pour l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé.

5. La Malaisie juge cette proposition extrêmement directive et sans doute trop restrictive. Il n'est pas nécessaire qu'une autorité publique soit partie à tous les contrats de concession, mais, dans certains cas, il peut être indispensable qu'une autorité publique soit partie au contrat afin d'en assurer l'exécution effective. Dans les cas où il existe dans le droit interne une loi spécifiant les fonctions de l'autorité publique, ladite loi sera suffisante pour conférer à celle-ci les pouvoirs voulus pour réglementer et encadrer les activités des entités privées. Il n'est donc pas nécessaire de dresser la liste des autorités publiques qui peuvent conclure un contrat de concession.

Règles régissant la procédure de sélection des concessionnaires

6. Le projet de disposition législative type propose que la sélection des concessionnaires se fasse suivant des procédures transparentes et efficaces. Cette proposition est de bonne augure et peut être considérée comme étant subordonnée aux politiques et pratiques de l'État. La délégation malaisienne note que dans certains pays les autorités préconisent que seul un nombre limité (c'est-à-dire trois ou quatre) de soumissionnaires potentiels soient contactés, afin d'assurer une mise en compétition digne de ce nom. Certains pays également appliquent, afin de maintenir la qualité, un système de notation des soumissionnaires potentiels. De telles pratiques peuvent promouvoir la transparence et l'efficacité.

Circonstances autorisant l'attribution d'un contrat sans procédure de mise en compétition

7. Lorsque le projet concerne la défense ou la sécurité nationale et lorsqu'une seule source est en mesure de fournir le service demandé, la disposition type recommande d'obtenir l'approbation d'une autorité supérieure. Cette recommandation paraît utile d'un point de vue pratique et devrait être dûment prise en considération.

8. La Malaisie estime également que lorsqu'un contrat pour l'exécution d'un tel projet est attribué à un soumissionnaire étranger, des dispositions spéciales concernant le maintien du secret et la confidentialité doivent être formulées. Un certain degré de flexibilité devrait être préservé pour faire face à un changement de conditions, notamment une expansion du service pour satisfaire une demande accrue.

Procédure de négociation d'un contrat de concession

9. Le projet de disposition législative type propose que l'autorité contractante fasse publier un avis pour annoncer son intention d'engager des négociations concernant un contrat de concession, identifie un nombre aussi grand que possible de personnes capables d'exécuter le projet et fixe des critères d'évaluation. La proposition susmentionnée ne peut donner de bons résultats que si une commission indépendante et compétente est établie pour superviser tous ces critères. Les propositions devraient être soumises à cette commission qui étudierait soigneusement la formulation des critères et l'évaluation.

10. Même si les recommandations sont louables, dans la pratique, elles risquent, de l'avis de la délégation malaisienne, de ralentir excessivement le processus. La codification des procédures de négociation rendrait l'ensemble du processus lourd et rigide, ce qui risque de ne pas convenir au monde des affaires.

Contenu du contrat de concession

11. Le projet de disposition législative type comporte une liste de recommandations concernant les questions qui devraient être traitées dans le contrat de concession, dont la nature et la portée des travaux devant être réalisés, l'étendue de l'exclusivité, les obligations du concessionnaire, les voies de recours ouvertes et la résiliation.

12. Toutes ces recommandations sont utiles et ont été mises en pratique.

13. Néanmoins, aux termes de la disposition type 40, les concessionnaires ont le droit de demander la révision du contrat de concession en cas de changement de la situation économique ou financière ou de modifications apportées à la législation. Cette disposition serait, de l'avis de la Malaisie, excessivement lourde pour l'État contractant. Aucune indemnisation ne devrait être consentie aux concessionnaires en cas de changement des conditions économiques ou financières, car de tels changements font partie des risques commerciaux que les concessionnaires doivent assumer. De même, aucune indemnisation ne devrait être consentie aux concessionnaires en cas de modifications apportées à la législation, car cela restreindrait la marge de manœuvre du législateur.

14. Par ailleurs, la disposition type 44 concernant la résiliation du contrat de concession dispose, en son alinéa *a*, que le contrat peut être résilié lorsqu'on ne peut plus raisonnablement s'attendre que le concessionnaire puisse ou veuille exécuter ses obligations. Même s'il peut sembler objectif, le critère de l'attente raisonnable dépendra beaucoup des circonstances et prête à controverse. L'insolvabilité, un manquement grave ou d'autres motifs sont donnés comme exemples de cas dans lesquels une partie ne peut ou ne veut plus exécuter ses obligations. La question de savoir si le manquement est ou non "grave" est souvent la pomme de discorde et, afin de lever toute ambiguïté, la Malaisie suggère que le contrat spécifie la clause à laquelle un manquement justifierait une résiliation. De même, les mots "ou pour d'autres motifs" sont vagues et ouvrent la porte à toutes sortes d'interprétations.

15. La disposition type 49, consacrée au règlement des différends, serait plus claire si elle énonçait les options possibles pour le règlement des différends de façon que l'État adoptant puisse les examiner et retenir l'une d'elles dans sa législation.

Les dispositions types et le Guide *devraient-ils être deux textes autonomes, bien que liés entre eux, ou devraient-ils être fusionnés?*

16. Bien que le *Guide* ait utilement servi de référence à des États qui souhaitaient établir un cadre juridique

favorable à l'investissement privé dans l'infrastructure publique, il a été estimé qu'il serait souhaitable de donner des orientations plus concrètes dans des dispositions législatives types ou dans une loi type traitant de questions spécifiques. C'est dans ce but que les dispositions législatives ont été rédigées. Le *Guide* complète bien les dispositions législatives. Celles-ci ne sont pas exhaustives et ne concernent que les points essentiels. Cela est sans doute voulu car les parties disposeraient ainsi d'une plus grande marge de manœuvre. Pour la Malaisie, les dispositions législatives et le *Guide* devraient être lus ensemble comme s'ils constituaient un seul et même texte.

17. Les deux documents fourniraient un texte plus complet. C'est toutefois là une question secondaire, la question essentielle demeurant celle de savoir s'il est nécessaire que ces dispositions soient promulguées sous forme de loi. Des directives ou un manuel serviraient également les objectifs de transparence, d'équité et de responsabilité.

Turquie

La Turquie est d'avis que, pour permettre aux États souhaitant utiliser les projets de dispositions législatives types d'en tirer le meilleur parti, la lettre et l'esprit de ces dernières devraient être dûment interprétés à la lumière des recommandations figurant dans le *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé.* Elle estime en outre que ces dispositions et recommandations devraient être regroupées en un seul texte qui contiendrait toutes les dispositions législatives types ainsi que les recommandations sur lesquelles aucune disposition type n'a été élaborée. On disposerait ainsi d'une compilation complète de tous les textes pertinents plus facile à utiliser.

B. Organisations intergouvernementales

Banque asiatique de développement

1. Les projets de dispositions types sont le prolongement des travaux que la CNUDCI a réalisés précédemment dans le même domaine et qui ont abouti à la publication, en 2001, de son *Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé.* Si la CNUDCI a fait appel pour les élaborer à de nombreux experts qui ont accompli un travail considérable, c'est la première fois qu'ils sont diffusés pour commentaire. Dans la lettre d'accompagnement, la CNUDCI demandait "des observations ... sur des dispositions particulières de manière à faciliter l'établissement d'un commentaire analytique qui sera soumis à la Commission". Ayant eu peu de temps pour analyser une œuvre législative aussi importante, la Banque asiatique de développement n'est pas en mesure de faire un commentaire exhaustif mais souhaite néanmoins formuler les observations suivantes.

Concessions

2. Comme l'indique clairement l'introduction du projet d'additif, le Groupe de travail de la CNUDCI a d'abord axé son attention sur une phase particulière des projets d'infrastructure, à savoir la sélection du concessionnaire. Il a toutefois élargi son mandat aux autres domaines importants que sont la construction et l'exploitation de l'infrastructure, la résiliation du contrat de concession et le règlement des différends.

Commentaires sur certaines dispositions

Disposition type 18. Circonstances autorisant l'attribution d'un contrat sans procédure de mise en compétition

Alinéa a

3. Cette disposition serait très souhaitable pour faciliter la mise en service rapide d'une infrastructure longtemps délaissée en cas de besoin urgent. Par exemple, un pays qui a négligé sa production d'électricité pendant de nombreuses années aura peut-être besoin d'installer rapidement une multitude de petites centrales pour satisfaire la demande aux périodes de pointe en recourant à la procédure accélérée décrite dans la disposition, alors qu'il exige que l'attribution de centrales plus grandes soit soumise à la procédure de mise en compétition décrite dans les projets de dispositions types précédents.

Propositions spontanées

4. Les dispositions sur ce point fournissent dans l'ensemble des orientations très précieuses aux organes législatifs qui souhaitent établir des règles de base dans ce domaine controversé.

Disposition type 23. Propositions spontanées comportant des droits de propriété intellectuelle, des secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs

5. Cette disposition prévoit que l'autorité contractante peut publier une description des éléments essentiels d'une proposition spontanée afin de solliciter d'autres propositions pour le projet considéré. Le paragraphe 4 indique, *in fine*, que si elle reçoit alors de nombreuses propositions, l'autorité contractante demande que celles-ci lui soient soumises conformément à l'intégralité de la procédure de mise en compétition prévue dans les projets de dispositions 10 à 17.

6. Il est peu probable que l'auteur d'une proposition accepte d'engager les efforts et les dépenses qu'implique la disposition type 21.2 s'il risque de perdre le projet au profit d'autres candidats du fait même qu'il aura durement travaillé pour élaborer une étude de faisabilité. Cette disposition sera en contradiction avec le motif le plus souvent invoqué pour mettre en place une procédure permettant d'accepter en priorité des propositions spontanées, à savoir la nécessité éventuelle de faire vite pour un type particulier de projets (par exemple les stations d'épuration ou les réseaux d'assainissement de faibles dimensions). La Banque asiatique de développement recommande que le Groupe de travail envisage de préciser que seules peuvent être considérées les propositions spontanées inférieures à un certain montant — correspondant éventuellement au coût total du projet — qui serait fixé périodiquement par l'autorité contractante ou un autre organe. L'autorité

contractante procéderait alors à une comparaison rapide des coûts et utilité du projet pour vérifier l'intérêt de la proposition, puis tiendrait les auditions publiques nécessaires conformément à la loi.

Disposition type 45. Résiliation du contrat de concession par le concessionnaire

7. Un certain nombre de concessionnaires se sont récemment retirés de projets en raison de difficultés propres ou d'un changement d'orientation commerciale. La disposition type 45 interdirait au concessionnaire de résilier le contrat dans de telles circonstances, ce qui est très souhaitable. Dans certains cas, les autorités contractantes n'ont pas pu trouver rapidement de remplaçant et, malgré une planification suffisante, sont dans une situation particulièrement désespérée en ce qui concerne l'infrastructure que le projet était censé fournir. La Banque asiatique de développement recommande au Groupe de travail d'envisager un alinéa supplémentaire qui serait éventuellement rédigé comme suit:

> "*d)* Le contrat de concession spécifie les dommages et intérêts dus par un concessionnaire à l'autorité contractante s'il résilie la concession dans d'autres cas, notamment mais non exclusivement en raison de ses difficultés financières propres, d'un changement d'orientation commerciale ou du caractère non rentable du projet."

8. On notera l'erreur typographique dans la note de bas de page 14 de la version anglaise du document.

Banque européenne pour la reconstruction et le développement

1. La Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) souhaiterait féliciter le Groupe de travail d'avoir élaboré des dispositions législatives types, qui traitent de manière constructive nombre de questions essentielles pour faciliter le financement des concessions d'infrastructures. En particulier, elle constate avec beaucoup de satisfaction la clarté et la transparence de la procédure prévue pour la sélection des concessionnaires. En outre, elle se réjouit de voir que, dans le droit fil de sa politique de souplesse en ce qui concerne les termes des accords de concession, les dispositions types ne définissent pas de manière trop directive le contenu de tels accords et permettent également, si les parties en conviennent, l'application d'une loi étrangère et le recours à l'arbitrage.

2. La BERD félicite aussi le Groupe de travail d'avoir expressément prévu une disposition concernant l'octroi de sûretés aux prêteurs ainsi qu'un mécanisme qui permettrait, sous réserve du consentement de l'autorité contractante, la substitution d'un concessionnaire.

3. À ce propos, toutefois, de plus amples éclaircissements pourraient sans doute être apportés sur trois points.

4. Premièrement, comme indiqué plus haut, la disposition type 42 prévoit la possibilité pour une autorité contractante de convenir avec les prêteurs octroyant un financement au concessionnaire de substituer à ce dernier une nouvelle entité en cas de manquement de sa part. On ne voit pas très bien, dans ce libellé, si une telle convention peut être conclue à l'avance, par exemple sous la forme d'un accord direct. On ne voit apparemment pas très bien non plus si les dispositions législatives types autorisent une autorité contractante à conclure une convention directe plus générale avec les prêteurs pour, par exemple, reconnaître la constitution d'une sûreté ou prévoir d'autres dispositions éventuellement nécessaires pour assurer le financement de la concession.

5. Deuxièmement, en rapport avec le point précédent, nous notons que la disposition type 36 interdit généralement la cession ou le nantissement de l'accord de concession sans le consentement de l'autorité contractante. Si la possibilité d'exercer un droit de substitution, mentionnée plus haut, peut répondre de manière satisfaisante à bon nombre de leurs préoccupations liées à la constitution d'une garantie sur l'accord de concession, les prêteurs souhaiteront peut-être obtenir une sûreté de premier rang sur certains droits conférés au concessionnaire par l'accord comme la cessation des paiements. L'obtention d'un financement se trouve aussi généralement facilitée si les prêteurs peuvent confirmer qu'ils détiennent une sûreté sur le bien principal financé, à savoir l'accord de concession, même si cette sûreté est soumise aux droits dont l'autorité contractante jouit en vertu de ce même accord. C'est pourquoi la BERD suggère que le concessionnaire soit autorisé à céder ses droits sur un accord de concession pour garantir les prêts octroyés par les bailleurs de fonds mais que cet accord puisse être résilié si, suite à la réalisation de la sûreté, l'entité substituée ne satisfaisait pas aux critères convenus avec l'autorité contractante.

6. Troisièmement, la BERD note que les actionnaires du concessionnaire sont autorisés, par la disposition type 35, à nantir leurs actions. Cependant, on ne voit pas très bien comment ce droit de nantissement s'articule avec la disposition type 37, qui interdit le transfert d'un intérêt majoritaire.

7. Enfin, la CNUDCI sera contente d'apprendre que le Bureau des affaires juridiques de la BERD considère officiellement son *Guide législatif* comme un outil de référence contenant les règles les mieux acceptées au niveau international. La BERD se reportera à ce *Guide* lorsqu'elle évaluera la législation sur les concessions des 27 pays où elle investit mais aussi lorsqu'elle élaborera sa page Web consacrée à cette question.

Société financière internationale

1. Le projet d'additif au *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé* est un texte important pour les pays membres. La société financière se réjouit de la possibilité qui lui a été donnée de formuler des commentaires à son sujet. Faute de temps, elle n'a examiné brièvement que les recommandations concernant la législation qui, compte tenu de son expérience, lui inspirent les observations suivantes, compte tenu de notre expérience.

Avant-propos

Autres législations ayant un impact sur les projets d'infrastructure à financement privé et systèmes judiciaires

2. Le dernier paragraphe devrait également mentionner les lois et réglementations concernant la fiscalité, la banque, les opérations de change et la faillite parmi les domaines qui ne sont pas abordés dans le *Guide* mais qui ont un impact sur les projets d'infrastructure à financement privé. Le commentaire devrait encourager les États à autoriser les organismes de surveillance à appliquer des procédures et règlements concrets et simples pour donner effet à la loi. Par exemple, le système de conversion et de rapatriement des devises étrangères doit être simple et rapide. Le dernier paragraphe de l'avant-propos devrait en outre indiquer que l'expérience, la transparence et la prévisibilité des systèmes judiciaires sont également essentielles. Enfin, il devrait encourager les États à harmoniser les législations et réglementations incompatibles entre elles. Ceux-ci devraient se demander, par exemple, si la loi sur les concessions déroge à la législation fiscale ou à celle des marchés publics.

Dispositions particulières

Soumissionnaires étrangers

3. La note accompagnant la disposition type 7 indique que, dans certains cas, les soumissionnaires nationaux peuvent bénéficier d'un traitement préférentiel, ce qui est acceptable à condition que les sollicitations de propositions en fassent clairement état. La Société financière approuve le commentaire, qui décrit les problèmes soulevés par ce type de traitement ainsi que la manière d'éviter l'exclusion systématique des soumissionnaires étrangers.

Approbation parlementaire

4. Bien que le *Guide* n'aborde apparemment pas la question des approbations parlementaires, les dispositions relatives au pouvoir de l'autorité contractante devraient peut-être préciser la portée (de préférence limitée) des questions qui exigeraient de telles approbations.

Droit applicable et règlement des différends/Immunités/Langue du contrat

5. La disposition type 29 prévoit que le contrat de concession est régi par la loi de l'État hôte sauf stipulation contraire dudit contrat. Bien que cette disposition laisse la possibilité de choisir un droit étranger, de nombreux pays interdisent ou restreignent un tel choix dans leur législation ou s'y opposent dans la pratique, ce qui peut avoir une incidence sur la mobilisation des investisseurs et prêteurs étrangers, en particulier si l'on y ajoute les problèmes soulevés au paragraphe suivant à propos du règlement des différends. Le commentaire devrait encourager les États à faire en sorte que leur législation autorise l'application d'un droit étranger, même dans des contrats faisant intervenir une entité publique.

6. La disposition type 49 prévoit que les parties peuvent convenir des mécanismes de règlement des différends dans le contrat de concession, ce qui laisse supposer qu'elles peuvent opter pour un règlement d'arbitrage international ou une juridiction étrangère. Or, de nombreux pays ne sont ni parties aux traités multilatéraux de reconnaissance des décisions judiciaires étrangères ni à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958). Le commentaire devrait demander instamment aux États d'accepter le recours à l'arbitrage international et d'adhérer ou de devenir parties aux traités en question.

7. Il importe également que les États aient des lois les autorisant à renoncer à leurs immunités en ce qui concerne ces procédures de règlement des différends et les sentences ou décisions judiciaires en découlant. Certaines législations nationales interdisent ou restreignent une telle renonciation. Le commentaire pourrait aborder la question.

8. Le *Guide* devrait expressément prévoir la possibilité de rédiger le contrat de concession en anglais.

Propriété et cession des biens, et sûretés

9. Les dispositions types 31 et 35 traitent de la propriété des biens ainsi que des sûretés susceptibles d'être constituées sur ces biens. Elles indiquent que les biens du domaine public ne peuvent être grevés lorsque la loi l'interdit. Les États devraient reconsidérer ce type d'interdiction générale, en réexaminer le bien-fondé et essayer d'en limiter la portée ou de donner la possibilité à l'autorité contractante d'y déroger.

Indemnisation en cas de changements spécifiques dans la législation et de changements dans la situation économique

10. Les dispositions types 39 et 40 prévoient que le concessionnaire peut prétendre à une indemnisation s'il a engagé des dépenses "sensiblement plus importantes" ou reçu une contrepartie "sensiblement plus faible" du fait de changements dans la législation ou dans la situation économique. Ce libellé, à la fois général et vague, peut donner lieu à des différends dans l'avenir.

Reprise provisoire d'un projet d'infrastructure

11. La disposition type 41 prévoit que l'autorité contractante peut, dans certains cas, assurer temporairement l'exploitation du projet. La Société financière a constaté que les contrats de concession contiennent parfois des dispositions autorisant l'autorité contractante (généralement une autorité publique) à reprendre définitivement les biens et à se substituer au concessionnaire en ce qui concerne les documents de financement, ce qui peut poser problème à des institutions comme elle. Le mieux serait que les recommandations encouragent uniquement la reprise provisoire des projets et privilégient la souplesse en précisant bien que la subrogation dans les accords de financement doit être autorisée en étant éventuellement soumise au consentement des prêteurs.

Clause d'équilibre

12. La disposition type 45 interdit au concessionnaire de résilier le contrat de concession sauf dans certains cas précis, au lieu de l'y autoriser dans certaines circonstances. Ce libellé est inhabituellement restrictif et contraire à l'esprit d'un concessionnaire s'engageant dans le projet. En tout état de cause, il serait préférable que le contrat de concession autorise la résiliation par le concessionnaire également dans les cas durables de force majeure ou, du moins, pour fait du prince ainsi qu'en cas de réforme du droit invalidant le contrat.

Observations générales

Concessions seulement

13. Le *Guide* pourrait utilement aborder des contrats d'infrastructures octroyés autrement que par voie de concession. Par exemple, nombre des dispositions et principes qu'il mentionne s'appliquent à l'attribution à des entreprises privées de projets indépendants de distribution d'énergie, sans l'octroi de concession.

Équipes de négociation

14. Chose sans doute aussi importante que l'examen des dispositions législatives recommandées, les pays membres devraient recenser les obstacles empêchant dans la pratique de réaliser des opérations commerciales sur leur territoire. Par exemple, en dépit des pouvoirs conférés à l'autorité contractante, les pays devraient être instamment priés d'autoriser et d'habiliter des équipes au sein de leurs ministères à négocier et à approuver les clauses des contrats de concession. La Société financière constate souvent que les ministres eux-mêmes insistent pour participer aux négociations et aux décisions, ce qui peut retarder considérablement l'exécution des projets. Bien qu'il ne puisse en soi être intégré à la législation ou à la réglementation, cet aspect est important.

Juriste d'affaires internationales

15. La Société financière demande instamment aux États de recourir aux services de juristes expérimentés dans les opérations internationales pour se faire représenter dans ce type d'opérations. Il est possible de financer ces services grâce à l'assistance technique fournie par diverses institutions multilatérales.

A/CN.9/533/Add.2

Compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Pages

II. COMPILATION DES COMMENTAIRES 167
A. ÉTATS 167
Espagne 167

II. COMPILATION DES COMMENTAIRES

A. États

Espagne

[Original: espagnol]

1. Le Secrétaire général ayant invité le Gouvernement espagnol à soumettre tout commentaire qu'il souhaiterait formuler au sujet des dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé, la délégation espagnole présente les observations suivantes:

a) *Disposition type 18.* À l'alinéa *d* de la version espagnole, les mots "*secretos comerciales*" ont été omis alors qu'ils figurent dans la version anglaise. En outre, les mots "*u otro derecho exclusivo*" devraient être au pluriel, comme dans l'anglais;

b) *Disposition type 36.* Dans le titre espagnol de la disposition figure le mot "*traspaso*". Or, le 13 septembre 2002, la délégation colombienne a proposé de remplacer "*traspaso*" par "*cesión*", et cette suggestion n'a pas soulevé d'objection;

c) *Disposition type 42.* Le mot "*inicial*" devrait être supprimé car il ne figure pas dans la version anglaise;

d) *Section 2 du chapitre IV des dispositions types.* La section 2 de la version espagnole est intitulée "*Rescisión del proyecto de acuerdo*". Or, le titre de cette section

devrait se lire comme suit: "*Rescisión del contrato de concesión*".

2. Le Secrétaire général a également invité le Gouvernement espagnol à donner son avis sur les diverses options possibles pour coordonner et présenter les recommandations et le texte des dispositions législatives types.

3. Comme il est indiqué au paragraphe 2 du document A/CN.9/522/Add.1, les options proposées par la Commission sont au nombre de trois. La délégation espagnole est favorable à la première option indiquée dans ce document, c'est-à-dire au maintien de deux textes distincts mais ayant un lien entre eux. À son avis, ce lien pourrait être établi en ajoutant un préambule ou une préface expliquant le processus législatif en la matière et le rapport entre les dispositions types et les recommandations. Ce lien pourrait également être établi en conservant les renvois aux recommandations et aux paragraphes correspondants du *Guide* qui figurent actuellement entre crochets dans chacune des dispositions types, ou en insérant un tableau de concordance des dispositions législatives et des recommandations concernant la législation tel que celui qui figure dans le document A/CN.9/522/Add.2.

4. De l'avis de la délégation espagnole, la réponse à la question posée doit être différente si l'on opte pour la transformation des dispositions types en loi type. Dans ce cas, elle pense que les deuxième et troisième options proposées au paragraphe 2 du document A/CN.9/522/Add.1 seraient peut-être préférables. Si l'on opte pour la deuxième option, c'est-à-dire le remplacement de l'ensemble des recommandations concernant la législation par les dispositions législatives types, elle estime que le contenu et la terminologie du *Guide législatif* devraient être harmonisés avec ceux de la loi type.

A/CN.9/533/Add.3

Compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Pages
I.	INTRODUCTION	168
II.	COMPILATION DES COMMENTAIRES	168
	Organisations internationales	168
	Union des avocats européens	168

I. INTRODUCTION

La présente note reproduit les commentaires sur le projet d'additif au *Guide législatif de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* (CNUDCI)[1] sur les projets d'infrastructure à financement privé reçus subséquemment aux commentaires reproduits dans les documents A/CN.9/533 et Add.1 et 2.

II. COMPILATION DES COMMENTAIRES

Organisations internationales

Union des avocats européens

[Original: anglais]

Il a été suggéré, à la cinquième session du Groupe de travail sur les projets d'infrastructure à financement privé, de modifier le projet de disposition type 41 (depuis, renumérotée 42) de sorte que le concessionnaire soit partie à l'accord énonçant les modalités et conditions de sa substitution (voir A/CN.9/521, par. 202).

Le Groupe de travail n'a pas souscrit à cette suggestion, estimant qu'elle s'écartait des orientations sur lesquelles reposait le *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé.*

Il est cependant fait observer que la proposition d'inclure le concessionnaire parmi les parties à l'accord de substitution, au moyen soit d'une convention tripartite entre l'autorité contractante, les prêteurs et ledit concessionnaire, soit de deux conventions, l'une entre l'autorité et le concessionnaire et l'autre entre l'autorité et les prêteurs, ne s'écarte pas de l'orientation fixée dans le *Guide législatif de la CNUDCI.* Le *Guide* indique, au paragraphe 148 du chapitre IV, que "des clauses permettant aux prêteurs de sélectionner … un nouveau concessionnaire … ont été incluses dans plusieurs accords récents portant sur d'importants projets d'infrastructure. Ces clauses sont généralement complétées par un accord direct entre l'autorité contractante et les prêteurs ..."

[1]Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.01.V.4.

Attendu qu'elles figurent dans l'accord de concession/de projet, ces clauses de substitution ont donc été convenues par les concessionnaires. Tel est précisément l'objet de la proposition faite par l'Union des avocats européens. Il serait en effet trompeur de proposer aux États membres et aux autorités nationales une disposition législative type en vertu de laquelle un mécanisme de substitution pourrait être mis en place uniquement par convention entre l'autorité contractante et les prêteurs, alors que les notes et recommandations ayant servi de base à l'élaboration de cette disposition ne mènent pas à cette conclusion.

À cet égard, il faut distinguer entre, d'une part, l'acceptation par convention du principe du droit de substitution et, de l'autre, la définition du mécanisme de cette substitution. Le rappel des faits concernant l'un des importants projets d'infrastructure mentionnés dans les notes qui, à notre connaissance, a été le premier à mettre en œuvre un mécanisme de substitution au profit des prêteurs, permettrait peut-être aussi de mieux comprendre la proposition de l'Union des avocats européens. Il s'agit du projet de construction et d'exploitation d'une liaison fixe transmanche entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la France, qui a fait l'objet d'un contrat de concession conclu le 14 mars 1986 entre ces deux pays et Eurotunnel, société en participation associant une entreprise française, France Manche S.A., et une entreprise anglaise, Channel Tunnel Group Ltd.

Le principe de la substitution

L'article 32 de ce contrat de concession (auquel les prêteurs ne sont pas parties) dispose qu'à la survenance d'événements spécifiés de nouveaux concessionnaires seront, à l'option des prêteurs, substitués aux concessionnaires initiaux. Les États ont alors deux mois pour vérifier que les candidats présentent une capacité financière et technique suffisante pour achever le projet, délai à l'expiration duquel la substitution est présumée approuvée par eux.

Comme il est expliqué plus bas, l'adoption d'un tel mécanisme était totalement liée aux circonstances, en d'autres termes découlait des caractéristiques particulières de ce projet: un projet reliant le territoire de deux États indépendants et, partant, soumis à deux systèmes juridiques distincts, pour lequel il a fallu concevoir un dispositif de garantie — sans lequel aucun financement n'était possible — qui concilie autant que possible les différences entre ces deux systèmes.

Dans le système juridique français, dans lequel un corps ancien et couramment appliqué de règles de droit administratif régit le type de contrat choisi pour le projet du Tunnel sous la Manche, à savoir la concession de service public, le concessionnaire ne peut pas constituer de sûreté sur l'accord de concession (ni sur le terrain et les immobilisations s'y trouvant), alors qu'en droit anglais un tel accord et les droits qui en découlent peuvent faire l'objet d'une sûreté à part entière. En particulier, grâce au concept de charge flottante, qui permet de grever tous les biens présents et futurs, ainsi qu'à la faculté de désigner un séquestre, il est possible en cas d'inexécution de gérer l'entreprise défaillante et de mener le projet à son terme.

L'intérêt de réaliser une sûreté sur la moitié seulement de l'infrastructure (celle soumise au droit anglais) étant évidemment limité, il était essentiel de concevoir un mécanisme permettant de transférer aux prêteurs le bénéfice de l'accord de concession ainsi que le terrain, les immobilisations, les biens meubles et les droits de propriété intellectuelle, entre autres actifs, afin d'assurer la continuité et l'achèvement du projet. La solution a consisté à mettre en place ce mécanisme par voie contractuelle.

Une clause a donc été insérée dans le contrat de concession pour que ce transfert s'opère dans certains cas. Le concessionnaire est donc convenu de la mise en œuvre de ce mécanisme dans certaines circonstances. Il a toutefois fallu légaliser cette convention en France, parce qu'elle était contraire à la législation en vigueur sur la faillite et qu'évidemment un contrat ne saurait primer la loi, et en Angleterre, parce qu'il était nécessaire d'autoriser l'autorité contractante à effectuer la substitution.

Le mécanisme de substitution

Là encore, droit anglais et droit français diffèrent. En Angleterre, la substitution s'effectue par convention, non pas entre les concessionnaires et les prêteurs, mais entre les États et les prêteurs, et conformément aux pouvoirs expressément conférés à cette fin à l'autorité contractante. Les prêteurs n'étant pas parties au contrat de concession, ils ne sont pas habilités, en droit anglais, à demander l'exécution d'une disposition y figurant, telle que la disposition leur donnant la possibilité de demander la substitution. Le droit des prêteurs découle d'un accord conclu directement avec les États, qui les autorise à faire valoir leur droit de substitution directement auprès de ces derniers sans devoir passer par les concessionnaires.

En France, la substitution s'opère par effet de la loi et non par convention. Elle correspond à l'exercice par l'État d'un droit inconnu dans les contrats privés, appelé prérogative de puissance publique. Dans ce contexte, il est essentiel qu'aucune convention ne soit conclue entre les prêteurs et les concessionnaires en ce qui concerne l'exercice du droit de substitution, afin que cette dernière reste un mécanisme découlant du droit public. En effet, la conclusion d'une telle convention priverait de tout fondement l'analyse juridique selon laquelle la substitution reste légalement valable en dépit d'un défaut d'exécution de la part du concessionnaire. De plus, elle aurait de lourdes conséquences fiscales pour le transfert des biens aux prêteurs.

Conclusion

Le mécanisme de substitution mis en place pour le projet du Tunnel sous la Manche découlait avant tout de circonstances spécifiques, en particulier de la nécessité d'atténuer certaines rigidités du droit français des sûretés. Il n'aurait pas été juridiquement nécessaire si le projet avait été réalisé uniquement en Angleterre, mais offrait certainement plus de souplesse que la législation anglaise en

vigueur. C'est pourquoi il est devenu une modalité courante des investissements en partenariat entre le secteur public et le secteur privé réalisés au cours des dix dernières années au Royaume-Uni. Le contrat type conclu dans le cadre de ces partenariats prévoit la mise en œuvre du mécanisme de substitution par accord tripartite entre l'autorité contractante, les prêteurs et le concessionnaire ou la société de projet.

Insinuer qu'un droit de substitution pourrait être créé sans le consentement de la société de projet serait une erreur. Si l'exercice de ce droit reste à la discrétion des prêteurs, dans le cadre d'un accord conclu directement avec l'autorité contractante, son existence même doit être convenue par le concessionnaire.

Laisser entendre, comme le fait le texte actuel du projet de disposition législative type 42, qu'un tel droit ne peut être convenu qu'entre l'autorité contractante et les prêteurs — ce qui signifie qu'une personne peut se voir privée de ses droits contractuels sans son consentement — porterait atteinte à un principe fondamental du droit des contrats dans la plupart des pays et, partant, serait lourd de conséquences pour la législation de ces derniers.

Enfin et surtout, cela irait à l'encontre du but recherché par la Commission, à savoir promouvoir l'investissement privé dans l'infrastructure publique, car tout investisseur serait inévitablement dissuadé de financer un projet s'il risquait d'être privé de ses droits sans son consentement.

A/CN.9/533/Add.4

Compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Pages
II.	COMPILATION DES COMMENTAIRES	170
	A. ÉTATS	170
	Mexique	170

II. COMPILATION DES COMMENTAIRES

A. États

Mexique

[Original: espagnol]

Observations générales

1. S'agissant des dispositions types et des recommandations concernant la législation figurant dans le *Guide*, trois options s'offrent à nous: *a)* conserver celles-ci sous la forme de deux textes parallèles; *b)* remplacer l'ensemble des recommandations par les dispositions législatives types; ou *c)* remplacer uniquement les recommandations pour lesquelles la Commission aura adopté des dispositions législatives types.

2. Nous estimons que la première option serait source de confusion et de répétitions inutiles et que la deuxième écarterait des recommandations pour lesquelles aucune disposition type n'a été élaborée. En conséquence, la troisième option est la plus acceptable.

3. Il ne faut pas perdre de vue que le succès d'un document émanant de la CNUDCI dépend dans une large mesure de ses "utilisateurs". Le *Guide législatif*, approuvé en 2000, se verrait enrichi de dispositions législatives types, plus faciles à appliquer que les recommandations qu'il contenait initialement.

Commentaires sur des dispositions particulières

4. Il faudrait préciser, dans la disposition type 13, que l'autorité contractante n'a pas à indiquer aux participants qui sont les autres soumissionnaires. (Cette précision ne figure pas non plus dans la disposition 24.) Il arrive qu'un candidat soit mieux à même de préparer l'offre technique et commerciale s'il connaît les autres soumissionnaires. La disposition ne précise pas non plus si les éclaircissements et modifications sont apportés lors d'une réunion ou par écrit et s'il faut mentionner le soumissionnaire qui en est à l'origine. Aucune disposition n'indique si les soumissionnaires doivent s'abstenir de prendre contact, oralement ou par écrit, avec l'autorité contractante pendant la procédure d'évaluation.

5. La disposition type 16 prévoit que “l’autorité contractante peut exiger de tout soumissionnaire présélectionné qu’il confirme ses qualifications [...]”. Il faudrait préciser si cette exigence s’applique aussi à un consortium ou s’il suffirait qu’un membre de ce consortium satisfasse aux critères requis.

6. En ce qui concerne la disposition type 17, il arrive qu’après avoir été clarifiée une clause contractuelle soit modifiée, changement qui doit être consigné dans le contrat final, sans qu’il soit nécessaire de recourir au “formulaire” habituellement utilisé par l’autorité dans d’autres cas. Si l’autorité peut parfois arguer que le “formulaire approuvé” ne lui permet pas d’incorporer les éclaircissements apportés pendant la procédure de sélection, ces derniers doivent néanmoins être mentionnés quelque part pour lier les deux parties.

7. Au paragraphe 2 de la disposition type 17, toute clause “imposée” par l’autorité contractante risque d’entraîner la clôture des négociations, ce qui permettrait à celle-ci de négocier de “mauvaise foi”. On citera par exemple le cas où aucun accord n’est trouvé sur une clause que le concessionnaire juge “fondamentale” mais qui ne revêt guère d’importance pour l’autorité. À cet égard, il convient de se demander ce qu’il adviendrait si l’autorité n’obtenait pas les autorisations requises à temps et si le début des travaux s’en trouvait retardé. Il faudrait également savoir qui doit supporter le coût financier de ce retard.

A/CN.9/533/Add.5

Compilation des commentaires reçus de gouvernements et d’organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Pages
II.	COMPILATION DES COMMENTAIRES	171
	A. ÉTATS	171
	Bélarus	171

II. COMPILATION DES COMMENTAIRES

A. États

Bélarus

[Original: russe]

1. À l’issue de leur examen du *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d’infrastructure à financement privé*, les autorités nationales compétentes ont formulé les observations suivantes.

2. La réalisation d’investissements sur la base de concessions au Bélarus est régie par le Code des investissements de la République du Bélarus (ci-après appelé “le Code”). L’article 49 du Code dispose que les investissements ayant trait au sol, au sous-sol, à l’eau, aux forêts et aux biens dont l’État est seul propriétaire ou aux activités relevant d’un droit exclusif de l’État peuvent être réalisés sur la base de concessions.

3. Conformément à l’article 50 du Code, une concession est réputée constituer un contrat conclu entre le Bélarus et l’investisseur en vue du transfert, à titre onéreux et pour une durée spécifiée, du droit de mener, sur le territoire du Bélarus, une activité particulière relevant d’un droit exclusif de l’État ou d’utiliser des biens qui sont la propriété du Bélarus.

4. La législation en vigueur au Bélarus correspond dans une large mesure aux recommandations de la CNUDCI concernant la législation.

5. Par exemple, la recommandation 2 correspond à l'article 52 du Code, qui dispose que l'une des parties à un contrat de concession doit être le Gouvernement du Bélarus ou un organisme administratif national autorisé par lui (autorité concédante).

6. Les recommandations 4 et 5 correspondent à l'article 51 du Code. Les recommandations 10 et 11 sont couvertes par les règles de procédures applicables en matière économique, en vertu desquelles les juridictions économiques nationales sont chargées de régler les différends de nature économique, y compris ceux auxquels des étrangers sont parties. En pareil cas, les étrangers ont les mêmes droits et les mêmes obligations que les nationaux.

7. La recommandation 13 est couverte par les articles 14 et 15 du Code, qui traite de l'appui que l'État peut apporter aux investissements sous la forme d'exemptions d'impôts et de droits de douane, de garanties gouvernementales, de fonds d'investissement centralisés et de garanties supplémentaires aux investisseurs.

8. Le paragraphe 2 de l'article 52 du Code correspond à la section II des dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé (disposition type 3, "Pouvoir de conclure des contrats de concession").

9. La disposition type 4, "Secteurs d'infrastructure dans lesquels des contrats de concession peuvent être conclus", est couverte par l'article 53 du Code.

10. La disposition type 5, "Règles régissant la procédure de sélection", figurant à la section II (Sélection du concessionnaire), ainsi que la disposition type 6, "Objet de la présélection et procédure de présélection", figurant dans la partie 1 (Présélection des soumissionnaires) de cette même section correspondent au chapitre 12 du Code.

11. La disposition type 7, "Critères de présélection", est couverte par l'article 63 du Code, qui concerne les demandes de participation à des appels d'offres ou à des ventes aux enchères. La disposition type 8, "Participation de consortiums", correspond au paragraphe 3 de cet article.

12. La disposition type 9, "Décision concernant la présélection", et la section concernant la sollicitation de propositions ne sont pas couvertes de façon adéquate par la législation en vigueur au Bélarus.

13. Le paragraphe 4 de l'article 59 du Code dispose que la négociation de contrats de concession sans procédure de mise en compétition n'est possible que dans deux types de situations: lorsqu'une seule proposition a été reçue ou lorsque, sur décision du Président du Bélarus prise pour des raisons de sécurité ou de défense nationale, le contrat de concession doit être conclu dans le cadre de négociations directes avec un investisseur déterminé. Par conséquent, la disposition type 18 ne correspond pas à la législation du Bélarus.

14. La législation du Bélarus ne comporte pas de disposition concernant les propositions spontanées; une telle disposition n'est pas nécessaire étant donné qu'un contrat de concession ne peut être conclu que sur la base d'un appel d'offres ou d'une vente aux enchères, à l'exception des cas prévus au paragraphe 4 de l'article 59 du Code.

15. La disposition type 24, "Confidentialité des négociations", correspond au paragraphe 4 de l'article 53 du Code, qui dispose que les informations reçues concernant les participants à un appel d'offres ou à une vente aux enchères constituent des secrets commerciaux.

16. La disposition type 25, "Avis d'attribution du contrat", correspond au paragraphe 2 de l'article 64 du Code. La disposition type 27, "Procédures de recours", correspond à l'article 65.

17. En ce qui concerne la disposition type 28, "Contenu du contrat de concession", le Bélarus tient à souligner que les articles 67 à 70 du Code prévoient l'inclusion dans un contrat de concession de clauses qui ne sont pas entièrement conformes aux dispositions types.

18. Le Bélarus souscrit à la disposition type 29, "Droit applicable", qui dispose que le contrat de concession est régi par la loi de l'État hôte, sauf stipulation contraire de ce contrat. Il convient de garder présent à l'esprit que, conformément aux règles de procédure applicables en matière économique, les litiges ayant pour objet des biens immeubles ou la violation des droits du propriétaire ou d'un autre détenteur légitime qui n'entraîne pas la dépossession relèvent de la juridiction exclusive du lieu où ces biens sont situés. Selon l'article 130 du Code civil du Bélarus, les biens immeubles comprennent le sol, le sous-sol, les eaux non courantes et tout ce qui est durablement fixé au sol, notamment les forêts, les bâtiments et les équipements.

19. Les exigences énoncées dans la disposition type 30 n'existent pas dans la législation du Bélarus. On estime qu'il serait opportun de tenir compte de cette disposition lors des travaux visant à compléter cette législation.

20. Le contenu de la disposition type 31, "Propriété des biens", correspond aux clauses spéciales devant être incluses dans un contrat de concession. La disposition type 34, "Arrangements financiers", se retrouve également dans ces clauses spéciales.

21. En ce qui concerne la disposition type 32, "Acquisition de droits relatifs au site du projet", l'article 12 du Code foncier de la République du Bélarus dispose que la propriété de biens fonciers peut être transférée à des personnes morales du Bélarus, y compris à des entreprises bénéficiant d'un financement étranger, lors de la privatisation de biens appartenant à l'État. La propriété de biens fonciers peut également être transférée à des personnes morales du Bélarus lors de l'exécution de projets d'investissement. En pareil cas, le contrat de concession a une durée limitée; il est donc envisagé que, lorsqu'un fonds est mis à disposition, un bail foncier ayant la même durée que le contrat de concession puisse être établi.

22. En ce qui concerne la disposition type 33, l'article 3 du Code foncier de la République du Bélarus dispose qu'un propriétaire foncier a le droit d'exiger que le propriétaire d'un fonds voisin ou, si nécessaire, le

propriétaire d'un autre fonds lui accorde un droit d'utilisation limité sur ce fonds (servitude). Une servitude est établie pour permettre le passage à travers le fonds voisin ou, si nécessaire, un autre fonds, aux fins de la construction et de l'exploitation de lignes électriques, de voies de communication et de pipelines, pour des travaux d'adduction d'eau ou d'amélioration foncière, ou pour satisfaire à d'autres besoins. Le propriétaire d'un fonds grevé par une servitude a le droit, sauf disposition contraire de la loi, d'exiger un paiement proportionnel à l'utilisation qui est faite de ce fonds par les personnes auxquelles la servitude est accordée.

23. La cession d'un contrat de concession, qui fait l'objet des dispositions types 36 et 37, n'est pas prévue par la législation du Bélarus.

24. Le contenu de la disposition type 39, "Indemnisation en cas de changements spécifiques dans la législation", se retrouve dans l'article 76 du Code des investissements, qui dispose que les clauses d'un contrat de concession restent en vigueur pendant toute la durée de ce contrat.

25. En ce qui concerne la section IV, "Durée, prorogation et résiliation du contrat de concession", le Bélarus tient à souligner que l'article 72 du Code des investissements dispose qu'un contrat de concession peut être conclu pour une durée maximale de 99 ans. À l'expiration du contrat, le concessionnaire qui s'est acquitté de bonne foi de ses obligations principales en vertu du contrat bénéficie d'un droit de priorité pour le renouvellement de ce contrat. En outre, le Président du Bélarus ou, sur instructions de celui-ci, le Gouvernement du Bélarus peut, à la demande du concessionnaire, décider de proroger le contrat pour une durée identique sans procéder à un appel d'offres ou à une vente aux enchères. Le concessionnaire doit présenter par écrit une demande de prorogation du contrat à l'autorité concédante au moins un an avant la date d'expiration du contrat de concession. La législation du Bélarus ne contient pas de dispositions plus détaillées régissant ces relations juridiques.

26. On considère que les dispositions types figurant dans cette section pourraient être utilisées pour améliorer la législation nationale.

27. La section V, "Règlement des différends", ne présente pas d'incompatibilité avec la législation du Bélarus. Toutefois, en ce qui concerne la disposition type 50, qui dispose que l'autorité concessionnaire peut exiger que le concessionnaire établisse des mécanismes simplifiés et efficaces pour traiter des réclamations émanant de ses clients ou d'usagers de l'ouvrage, il convient de noter que la législation du Bélarus ne confère pas de tels pouvoirs à une partie à un contrat de concession. Les droits et les intérêts légitimes de l'usager sont protégés conformément à la procédure établie par la législation du Bélarus.

A/CN.9/533/Add.6

Compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Pages
II.	COMPILATION DES COMMENTAIRES	173
	A. ÉTATS	173
	États-Unis d'Amérique	173

II. COMPILATION DES COMMENTAIRES

A. États

États-Unis d'Amérique

[Original: anglais]

1. On trouvera ci-après les commentaires du Comité sur le financement de projet de l'Association du barreau de la ville de New York au sujet du projet d'additif au *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé*. Le présent rapport a été approuvé par l'Association.

Commentaire introductif

2. L'objet du *Guide législatif*, tel qu'il a été défini, est d'"aider à la mise en place d'un cadre juridique *favorable*

à l'investissement privé dans les infrastructures publiques" (Introduction, par. 4). Nous avons délibérément souligné le mot "favorable" pour bien montrer que, tel qu'initialement envisagé, le *Guide* devait recommander, de manière objective, des cadres juridiques qui favoriseraient l'afflux de capitaux privés étrangers dans les pays en développement.

3. Dans l'ensemble, cette objectivité souhaitée est maintenue dans le projet d'additif. Toutefois, il nous semble que certaines dispositions, au lieu de recommander les dispositions à prendre pour attirer des capitaux privés étrangers, énumèrent des options ou des mesures que le pays hôte peut adopter ou non, comme s'il s'agissait de lui laisser le libre choix. Dans certains cas examinés plus bas, les recommandations figurant dans le *Guide législatif*, qui à notre avis sont favorables à l'afflux de tels capitaux, ont été édulcorées et d'autres dispositions, qui selon nous lui sont préjudiciables, ont été ajoutées.

4. Nos commentaires dans la première partie du présent rapport ont trait aux dispositions du chapitre III du projet d'additif, "Construction et exploitation de l'infrastructure". C'est là que se trouvent les principales dispositions du *Guide* concernant le financement. Nous notons toutefois que, s'agissant d'attirer des capitaux privés étrangers, la disposition type 1 (Préambule) ne parle que de transparence, d'équité et de viabilité ainsi que de l'élimination des restrictions "inopportunes" à ce type d'investissement. Nous estimons que cette disposition serait améliorée si le premier considérant était davantage calqué sur la deuxième phrase de l'avant-propos et sur le paragraphe 4 de l'introduction du *Guide législatif*. Nous recommandons par conséquent de développer le premier considérant comme suit:

> "CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable d'établir un cadre législatif favorable à l'investissement privé dans les infrastructures publiques; et
>
> CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de promouvoir et de faciliter l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé en accroissant la transparence, l'équité ainsi que la viabilité à long terme de ces projets et en éliminant les restrictions inopportunes à la participation du secteur privé au financement, à la construction et à l'exploitation des infrastructures;"

5. Nos commentaires dans la deuxième partie du présent rapport portent sur les dispositions du chapitre II du projet d'additif, "Sélection du concessionnaire".

6. En réponse à la question que le secrétariat a posée dans la note verbale accompagnant le projet d'additif, nous préférerions que ce dernier soit présenté sous la forme d'un document distinct. Nous craignons en effet qu'un texte unique regroupant le projet d'additif et les recommandations n'offre aux pays hôtes et à leurs conseillers un exposé moins cohérent et moins détaillé de la question que le *Guide législatif* dans sa version initiale. Beaucoup d'informations pourraient également être perdues si les deux documents étaient fusionnés. En tout état de cause, un texte unique tel que proposé sera sans doute long à élaborer et il faudrait prévoir suffisamment de temps pour l'examiner et le commenter.

Commentaires sur certains projets de dispositions législatives types

Il est fait référence ici aux dispositions types telles que numérotées dans le projet d'additif.

Première partie

7. On améliorerait la disposition type 28, "Contenu du contrat de concession", en y insérant une référence à chacune des dispositions types ayant trait au contenu du contrat, faute de quoi certaines dispositions importantes risquent de sembler secondaires.

8. La disposition type 34, "Arrangements financiers", omet certains éléments utiles des recommandations 47 et 48 qui, selon nous, devraient être rétablis. Les recommandations 46, 47 et 48 prévoient respectivement que le concessionnaire devrait être en mesure de percevoir des redevances ou des droits, que la loi devrait énoncer les mécanismes de révision périodique et extraordinaire des formules d'ajustement de ces redevances ou droits et que l'autorité contractante devrait être habilitée à effectuer des versements directs au concessionnaire en remplacement ou en sus des redevances que doivent acquitter les utilisateurs finaux. Seule la recommandation 46 a été reprise. Or, les recommandations 47 et 48 revêtent une importance commerciale considérable et devraient donc être retenues.

9. La note 40, qui se rapporte à la disposition type 34, se perd dans une discussion sur la manière dont certains pays traitent les questions de contrôle des redevances sans indiquer toutefois quelle serait la meilleure façon d'attirer des capitaux privés étrangers. Nous recommandons de la supprimer.

10. La disposition type 35, "Sûretés", semble limiter la portée des mesures préconisées dans la recommandation 49, à de nombreux égards — notamment en ce qui concerne le droit du concessionnaire de constituer une sûreté sur les biens du projet lui appartenant, sur les actions de la société de projet et sur les créances nonobstant toute règle de droit le lui interdisant — , en prévoyant que des restrictions peuvent être indiquées de manière appropriée dans l'accord de projet (voir note 41). On pourrait résoudre ce problème en supprimant la clause restrictive commençant par "sous réserve de" ainsi que la note 41.

11. Les dispositions types 39 et 40, "Indemnisation en cas de changements spécifiques dans la législation" et "Révision du contrat de concession", sont apparemment une version édulcorée de la recommandation 58. En effet, la disposition type 39 limite les cas dans lesquels le concessionnaire peut prétendre à une indemnisation aux changements dans la législation spécifiquement applicable à l'ouvrage et ne fait pas référence à la possibilité d'être indemnisé en cas de changements dans la situation économique ou financière. Nous préférons le libellé de la recommandation 58 sur ce point, car il laisse plus de souplesse pour les négociations entre les parties.

12. La disposition type 42, "Substitution de concessionnaire", est moins utile que la recommandation 50, car, selon ses termes, l'autorité contractante "peut", et non "devrait", convenir de règles de substitution du concessionnaire avec les parties octroyant un financement. Cette question est importante pour les prêteurs finançant des projets d'infrastructure. Nous préférons que le libellé initial soit rétabli.

13. La disposition type 45, "Résiliation du contrat de concession par le concessionnaire", semble restreindre le droit du concessionnaire de résilier le contrat du fait d'actes ou d'omissions de l'autorité contractante tels que ceux visés aux alinéas *h* et *i* de la disposition type 28, alors que la recommandation 64, en son alinéa *b*, autorisait utilement la résiliation par le concessionnaire 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. Ce libellé devrait être rétabli.

14. La disposition type 48, "Liquidation et mesures de transfert", réduit la portée de la recommandation 66, car, contrairement à cette dernière, elle n'exige pas que le contrat indique les critères permettant de fixer l'indemnisation due au concessionnaire pour des biens transférés à l'expiration ou lors de la résiliation du contrat. À notre avis, la disposition type serait améliorée si cette exigence était rétablie.

Deuxième partie

15. On améliorerait la disposition type 6, "Objet de la présélection et procédure de présélection", en ajoutant au paragraphe 3 *a* les mots "à exploiter" après "à construire ou à rénover".

16. La disposition type 8, "Participation de consortiums", serait améliorée si elle n'empêchait pas, par déduction, à un membre d'un consortium soumissionnaire perdant de prendre part à un autre consortium, à condition que cette participation soit annoncée à toutes les parties et soit par ailleurs acceptable et qu'aucun soumissionnaire ne puisse, à un moment donné, être membre de plus d'un consortium à la fois. Par exemple, il arrive qu'un soumissionnaire ait pris part à un consortium ne pouvant obtenir le financement requis et qu'il souhaite par la suite se joindre à un autre consortium, ce qui peut être bénéfique à toutes les parties concernées. Nous pensons que cette possibilité, loin d'être incompatible avec la recommandation 16, la complète utilement.

17. La disposition type 12, "Garanties de soumission", au paragraphe 2 *a*, *b* et *c*, semble selon nous offrir à l'autorité contractante des possibilités supplémentaires de conserver les garanties de soumission par rapport au paragraphe 62 du chapitre III du *Guide législatif*. Ce paragraphe indique simplement qu'il est souhaitable de préciser dans la sollicitation de propositions toutes les exigences concernant les garanties de soumission. Ces nouvelles possibilités prévues dans la disposition type n'ont pas été, à notre avis, mûrement réfléchies. Par exemple, le soumissionnaire peut désormais perdre la garantie fournie s'il ne participe pas aux négociations finales (par. 2 *b*) ou ne présente pas une meilleure offre définitive (par. 2 *c*). Nous pensons qu'il est tout à fait normal de demander à un soumissionnaire qu'il renonce à sa garantie s'il revient sur un accord (cas de figure traité dans les alinéas *d* et *e*). En revanche, si un soumissionnaire ne souhaite pas présenter une "meilleure offre définitive", il ne devrait pas y être contraint au risque de perdre sa garantie de soumission, pas plus qu'il ne devrait être contraint de participer aux "négociations finales". De notre point de vue, ces exigences ne sont pas suffisamment objectives, compte tenu des négociations souvent longues et complexes dont les projets d'infrastructure font l'objet, et peuvent avoir pour effet de dissuader les soumissionnaires de présenter des propositions.

18. La dernière phrase de la disposition type 17, "Négociations finales", va plus loin que la recommandation 27 (une disposition similaire est toutefois prévue au paragraphe 84 du *Guide législatif*) et, selon nous, n'est pas souhaitable. Nous ne voyons guère pourquoi l'autorité contractante devrait s'interdire de rouvrir des négociations avec un soumissionnaire précédemment rejeté. Il se peut que ce soumissionnaire ait présenté des propositions considérées (d'abord) "comme ne correspondant pas au marché" par l'autorité contractante. Toutefois, pour diverses raisons, il arrive que l'autorité contractante ne puisse mener à terme des négociations avec un autre soumissionnaire et souhaite faire une nouvelle tentative avec les mêmes soumissionnaires qu'elle avait précédemment écartés. Nous pensons que, là encore, une disposition plus souple est souhaitable en raison de la complexité et de la longueur des négociations dont font l'objet les projets d'infrastructure.

19. La disposition type 24, "Confidentialité des négociations", va plus loin que la recommandation 36 en prévoyant que toutes les "communications" avec les soumissionnaires sont confidentielles. On pourrait résoudre ce problème en ajoutant les mots "sauf exceptions appropriées" à la fin de la deuxième phrase.

20. La disposition type 28, "Contenu du contrat de concession", devrait, à notre avis, également mentionner: *a)* les mécanismes d'exécution prévus dans le cas où un utilisateur public de l'ouvrage ne paie pas les biens ou services fournis; *b)* la répartition des risques en cas de vices cachés dans les ouvrages devant être rénovés; et *c)* la répartition des risques concernant les conditions environnementales non divulguées pour les ouvrages devant être exploités ou rénovés par le concessionnaire. Les praticiens ont constaté l'importance de ces différents aspects.

Conclusion

21. Le *Guide législatif* et son additif aideront les autorités locales et leurs conseillers à attirer des capitaux privés étrangers dans les projets d'infrastructure. Si la CNUDCI pouvait franchir une étape supplémentaire dans ses travaux, il serait selon nous très utile qu'elle se concentre sur un secteur ou type d'infrastructure particulier afin que les recommandations portent davantage sur les questions de fond et moins sur les questions de procédure ou de forme.

A/CN.9/533/Add.7

Compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Pages

II. COMPILATION DES COMMENTAIRES 176
A. ÉTATS 176
Équateur 176

II. COMPILATION DES COMMENTAIRES

A. États

Équateur

[Original: espagnol]

1. En ce qui concerne la disposition type 2, "Définitions", l'Équateur propose de libeller l'alinéa *a* comme suit:

> "Aux fins de la présente loi:
>
> *a)* Le terme "ouvrage" désigne les dépenses d'équipement qui génèrent des biens à usage public, lesquels par leur utilité conditionnent et sous-tendent le fonctionnement et le développement des activités productives et sociales ainsi que la prestation des services publics de l'État;"

2. Les dépenses d'équipement sont des investissements productifs et se distinguent des investissements financiers et lucratifs.

3. Sont considérés comme des biens à usage public: la voirie sous ses différentes formes; les transports terrestres, maritimes, fluviaux et aériens; l'énergie et l'électricité; le traitement du sol; l'assainissement de l'environnement; et l'écologie ou l'environnement.

4. L'Équateur propose d'insérer, dans la disposition type 6, "Objet de la présélection et procédure de présélection", le paragraphe suivant:

> "L'Organisme technique supérieur de contrôle se prononce, de manière autonome et indépendante, sur la conclusion de tout contrat par les institutions publiques, suivant le montant que fixe la législation de chaque pays, et vérifie la légalité des procédures dans lesquelles les institutions publiques délèguent ou transfèrent par voie de concession leurs attributions au secteur privé, conformément également à la législation de chaque pays."

5. Enfin, le Gouvernement propose d'indiquer dans la disposition type que le terme "financement privé" désigne le financement qui provient de personnes de droit privé et qui est issu du marché, autrement dit de la confluence de biens et de services économiques commercialisables.

II. DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

A. Rapport du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité sur les travaux de sa vingt-septième session (Vienne, 9-13 décembre 2002)

(A/CN.9/529) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Pages*
I.	INTRODUCTION: RÉSUMÉ DES DÉBATS ANTÉRIEURS DU GROUPE DE TRAVAIL	1-9	177
II.	ORGANISATION DE LA SESSION	10-16	178
III.	RÉSUMÉ DES DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS	17	179
IV.	ÉLABORATION D'UN PROJET DE GUIDE LÉGISLATIF SUR LE DROIT DE L'INSOLVABILITÉ	18-165	179
	1. Deuxième partie. Chapitre II. Demande d'ouverture et ouverture	18-80	179
	A. Admissibilité et compétence (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3)	18-31	179
	B. Demande d'ouverture et ouverture: critères applicables (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.4)	32-80	180
	2. Chapitre III. Régime applicable aux biens à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité	81-165	185
	A. Biens visés (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5)	81-95	185
	B. Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6)	96-124	186
	C. Utilisation et disposition des biens (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.7)	125-140	189
	D. Traitement des contrats (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.8)	141-156	191
	E. Procédure d'annulation (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9)	157-165	193

I. INTRODUCTION: RÉSUMÉ DES DÉBATS ANTÉRIEURS DU GROUPE DE TRAVAIL

1. 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. 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 une instance appropriée pour examiner les questions du 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'était 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'était 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 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 que cette notion d'approche souple ait reçu un écho favorable, 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 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 avait décidé d'organiser une session exploratoire d'un groupe de travail en vue de l'élaboration d'une proposition, qui lui serait soumise à sa trente-troisième session, sur les travaux qu'il serait possible d'entreprendre. Cette session s'est tenue 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 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[1].

5. Il avait 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 (IBA). Pour connaître les vues de ces organisations et tirer parti de leurs connaissances spécialisées, le secrétariat avait 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, 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 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*[2].

8. À sa vingt-quatrième session, qui s'est tenue à New York du 23 juillet au 3 août 2001, le Groupe de travail (Droit de l'insolvabilité) avait commencé à examiner le premier 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. Les travaux se sont poursuivis aux vingt-cinquième et vingt-sixième sessions du Groupe de travail, tenues respectivement à Vienne du 3 au 14 décembre 2001 et à New York du 13 au 17 mai 2002. Les rapports de ces réunions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/507 et A/CN.9/511, respectivement.

9. À sa trente-cinquième session en 2002, la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses vingt-quatrième, vingt-cinquième et vingt-sixième sessions. Elle a noté que le Groupe, 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 faire une recommandation à la Commission après sa vingt-septième session (Vienne 9-13 décembre 2002), au cours de laquelle il aurait l'occasion de revoir un nouveau projet du guide législatif. La Commission a prié le Groupe de continuer d'élaborer le *Guide législatif* et de faire le point en ce qui concerne l'achèvement de ses travaux à sa vingt-septième session[3].

II. ORGANISATION DE LA SESSION

10. 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-septième session à Vienne du 9 au 13 décembre 2002. Ont assisté à cette session des représentants des États membres du Groupe de travail énumérés ci-après: Allemagne, Argentine, Autriche, Brésil, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Lituanie, Mexique, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Rwanda, Singapour, Soudan, Suède, Thaïlande.

11. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Algérie, Australie, Bulgarie, Indonésie, Irlande, Jordanie, Liban, Nigéria, Philippines, Pologne, République arabe syrienne, République de Corée, Slovaquie, Suisse, Turquie, Ukraine, Venezuela.

12. Y ont en outre assisté des observateurs des organisations internationales suivantes: *a)* organisations du système des Nations Unies: Banque mondiale, Fonds monétaire international (FMI); *b)* organisations intergouvernementales: Conférence de La Haye de droit international privé; Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (COMESA), Organisation consultative juridique afro-asiatique (AALCO); *c)* organisations non gouvernementales invitées par la Commission: American Bar Association (ABA), American Bar Foundation (ABF), Association internationale du barreau (IBA), Comité J de l'IBA, Center of Legal Competence (CLD), Fédération internationale des

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17*, A/55/17, par. 400 à 409.

[2] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17*, A/56/17, par. 296 à 308.

[3] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 17*, A/57/17, par. 194.

professionnels de l'insolvabilité (INSOL), Groupe de réflexion sur l'insolvabilité et sa prévention (GRIP 21) et International Insolvency Institute.

13. Le Groupe de travail a élu les membres suivants du Bureau:

Président: M. Wisit WISITSORA-AT (Thaïlande);

Rapporteur: M. Luis Humberto USTARIZ GONZÁLEZ (Colombie)

14. Le Groupe de travail était saisi d'une note du secrétariat: Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.63 et Add.3 à 15). Ces documents, qui présentent le texte intégral du commentaire du *Guide* ainsi que des recommandations, ont été révisés à la lumière des discussions du Groupe de travail à ses vingt-cinquième et vingt-sixième sessions.

15. Des informations générales sur la question figuraient également dans les documents suivants: Travaux futurs possibles sur le droit de l'insolvabilité: Note du Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.50); Rapports du Secrétaire général (A/CN.9/WG.V/WP.54 et Add.1 et 2; A/CN.9/WG.V/WP.55; A/CN.9/WG.V/WP.57; A/CN.9/WG.V/WP.58; A/CN.9/WG.V/WP.59; A/CN.9/WG.V/WP.61 et Add.1 et 2); Rapport sur le Colloque CNUDCI/INSOL/IBA sur l'insolvabilité internationale (2000) (A/CN.9/495); Rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa trente-quatrième session (2001) (A/56/17) et de sa trente-cinquième session (2002) (A/57/17); Rapport du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité sur les travaux de sa vingt-deuxième session (1999) (A/CN.9/469); de sa vingt-quatrième session (juillet/août 2001) (A/CN.9/504); de sa vingt-cinquième session (décembre 2001) (A/CN.9/507); et de sa vingt-sixième session (mai 2002) (A/CN.9/511).

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

1. Déroulement de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Élaboration d'un guide législatif sur le droit de l'insolvabilité.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. RÉSUMÉ DES DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

17. Le Groupe de travail a examiné le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité en commençant par le document A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 et est allé jusqu'à la recommandation 76 du document A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9. Il est rendu compte ci-après de ses décisions et délibérations au sujet des divers additifs. Le Groupe de travail a noté qu'il ne serait peut-être pas possible, faute de temps, d'établir une version révisée des documents examinés à la session en cours, en vue de la poursuite de leur examen à sa vingt-huitième session, qui se tiendra à New York du 24 au 28 février 2003. En réponse à la demande de la Commission de faire le point en ce qui concerne l'achèvement du *Guide législatif*, le Groupe de travail a insisté sur la nécessité de finaliser ce dernier le plus rapidement possible et a recommandé que, même s'il se pouvait que le projet de guide ne soit prêt pour adoption finale par la Commission en 2003, un texte devrait néanmoins être présenté en 2003 à la Commission pour examen préliminaire et évaluation des principes sur lesquels repose le *Guide législatif*. Une telle démarche faciliterait l'utilisation du *Guide* comme outil de référence avant son adoption finale en 2004 et donnerait aux pays qui n'ont pas participé au Groupe de travail l'occasion de suivre la mise au point du *Guide*. Il a été noté que le Groupe de travail pourrait avoir besoin d'autres sessions au deuxième semestre de 2003 et peut-être même au premier semestre de 2004 pour affiner le texte en vue de son adoption finale.

IV. ÉLABORATION D'UN PROJET DE GUIDE LÉGISLATIF SUR LE DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

1. Deuxième partie. Chapitre II. Demande d'ouverture et ouverture

A. Admissibilité et compétence (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3)

Paragraphes 1 et 2 — Admissibilité: débiteurs auxquels doit s'appliquer une législation sur l'insolvabilité

18. De l'avis général, il ne fallait pas modifier les paragraphes 1 et 2 quant au fond.

Paragraphes 3 et 4 — Personnes physiques exerçant une activité commerciale

19. On a avancé que, puisque l'insolvabilité des personnes physiques faisait jouer des considérations sociales et de politique générale différentes de celles applicables aux entités commerciales, il faudrait soit supprimer le commentaire concernant ces personnes, soit en faire une section distincte et étoffer les développements concernant les diverses considérations. À l'issue d'un débat, l'avis général a toutefois été qu'il fallait conserver tels quels les développements concernant les personnes physiques exerçant une activité commerciale et l'applicabilité de la loi type à ces personnes. On a fait observer que dans de nombreux pays le commerce était le fait de personnes physiques, et en passant celles-ci sous silence, on compromettrait fortement le fonctionnement et l'efficacité de la loi sur l'insolvabilité.

Paragraphes 5 et 6 — Entreprises publiques

20. On s'est demandé si les organismes publics, communes et autres entités analogues entraient, ou devaient entrer, dans le champ d'application du *Guide*. De l'avis général, celui-ci ne devait s'appliquer qu'aux entreprises commerciales, à l'exclusion des entités publiques sauf dans la mesure où elles correspondaient à la définition de

l'entreprise publique et menaient des activités commerciales. Afin de clarifier le texte actuel, le secrétariat a été prié d'ajouter que le *Guide* n'était pas censé s'appliquer aux États, aux collectivités territoriales et autres entités analogues.

21. Le paragraphe 6 a été jugé acceptable quant au fond.

Paragraphes 7 à 9 — Compétence: centre des intérêts principaux

22. On a suggéré — et cette suggestion a été appuyée — de modifier ces paragraphes dans le sens de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, et en particulier de son article 28 qui faisait de la présence de biens le critère d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité autre que la procédure principale.

23. On a proposé que le *Guide* parle uniquement du siège statutaire du débiteur et n'établisse pas de présomption concernant le centre des intérêts principaux. À l'issue d'un débat, cependant, l'avis général a été que la présomption devait être maintenue, en particulier pour tenir compte des situations dans lesquelles le centre des intérêts principaux du débiteur ne coïncidait pas avec le siège statutaire, situation qui se présentait souvent dans la pratique.

24. S'agissant de la note 1 concernant le paragraphe 9 du *Guide*, l'avis général au sein du Groupe de travail a été que la Loi type et le Guide pour son incorporation devaient être insérés dans un chapitre supplémentaire du *Guide*. On a reconnu qu'un régime moderne de l'insolvabilité devait absolument intégrer une perspective internationale et que l'inclusion de la Loi type et du Guide pour son incorporation aiderait les lecteurs du *Guide*. On a relevé la nécessité d'assurer la conformité entre ce dernier et la Loi type et indiqué que quelques modifications mineures devraient sans doute être apportées au *Guide* afin d'actualiser certaines références.

Paragraphes 10 à 13 — Établissement et présence de biens

25. Le Groupe de travail a jugé ces paragraphes acceptables quant au fond.

Recommandations

26. On a émis l'avis que le mot "générale" figurant entre crochets aux alinéas *a* et *b* de la clause relative à l'objet des dispositions était inutile et pourrait être supprimé. De nombreux participants se sont toutefois prononcés pour le maintien de ce terme afin de lever toute ambiguïté, en particulier pour les États qui avaient des régimes d'insolvabilité spéciaux (distincts de la législation générale de l'insolvabilité) pour certains types d'entreprise. On a noté que si ce terme devait être maintenu, il faudrait qu'il soit utilisé tout au long du *Guide*.

27. On a émis l'avis que l'interprétation pourrait être plus aisée si le terme "tribunaux" était qualifié à l'alinéa *d* de la partie consacrée à l'objet des dispositions. On a aussi suggéré de supprimer cet alinéa au motif que la question des tribunaux compétents devait être réglée par le droit de chaque pays. En réponse, on a fait valoir qu'il fallait spécifier où pouvait se dérouler la procédure d'insolvabilité afin de faciliter la demande d'ouverture. À l'issue d'un débat, de nombreux participants se sont prononcés pour le maintien de l'alinéa *d*. On a suggéré que le *Guide* aille plus loin et indique quels tribunaux auraient compétence *ratione loci* et *ratione materiae* pour ouvrir une procédure. Cette suggestion a bénéficié d'un certain appui.

28. On a demandé si les organismes à but non lucratif qui menaient des activités commerciales, tels que les hôpitaux, seraient englobés dans les débiteurs potentiels exerçant une "activité commerciale". Pour préciser ce point, il a été suggéré d'ajouter à la fin de la recommandation 11 ", que ce soit ou non dans un but lucratif". Il a été convenu que la recommandation 12 était acceptable quant au fond.

29. On a suggéré d'ajouter dans la recommandation 13 le critère de la "présence de biens". On a toutefois objecté que la recommandation cherchait à ménager une certaine souplesse et suggérait uniquement des motifs minimaux et non exclusifs, comme le Groupe de travail en était convenu à sa vingt-sixième session. On a noté qu'une référence expresse à la Loi type et au Guide pour son incorporation pourrait être ajoutée, ce qui renverrait à la présence de biens comme base pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

30. On a suggéré, par souci de clarté, de supprimer les mots "d'opérations" dans la recommandation 15. On a néanmoins fait observer que le libellé de cette recommandation était fondé sur la Loi type sur l'insolvabilité internationale et devait donc être maintenu tel quel.

31. On a également suggéré de modifier la recommandation 16 comme suit: "La législation sur l'insolvabilité devrait indiquer clairement quel type de tribunal est compétent pour connaître des procédures d'insolvabilité et quel tribunal en particulier pour connaître des questions liées au déroulement d'une telle procédure". Cette suggestion a bénéficié d'un certain appui. On a aussi suggéré de supprimer la référence à la "législation sur l'insolvabilité" car les règles de compétence n'étaient pas nécessairement énoncées dans cette législation.

B. Demande d'ouverture et ouverture: critères applicables (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.4)

Paragraphes 14 à 16 — Introduction

32. Le Groupe de travail est convenu que ces paragraphes étaient acceptables quant au fond.

Paragraphes 17 à 22 — Critères de demande

33. Des doutes ont été exprimés au sujet de l'opportunité de présenter le critère de liquidité et celui du bilan comme deux solutions entre lesquelles pouvait choisir le législateur (approche qui était adoptée dans un certain nombre de paragraphes). On a émis l'avis que le *Guide* devrait clairement indiquer que le législateur pouvait inclure les deux critères et qu'une procédure d'insolvabilité pourrait être

ouverte lorsque le débiteur satisferait à l'un ou l'autre d'entre eux. S'agissant du critère du bilan, on a fait observer qu'il risquait d'être trompeur car il tournait autour d'une question qui était essentiellement comptable, à savoir la façon dont les biens seraient évalués, et pouvait faire intervenir des questions concernant la fiabilité du bilan. On a proposé qu'à la place le *Guide* se concentre sur le point de savoir si les biens du débiteur (quelle que soit la façon dont ils étaient évalués) étaient suffisants pour couvrir les dettes de ce dernier, ce qu'il serait plus juste d'appeler le critère des biens. On a déclaré que les idées exprimées aux paragraphes 17 à 21 étaient acceptables, mais qu'il faudrait sans doute revoir l'économie et la rédaction du commentaire afin que celui-ci soit plus clair et reflète mieux les débats du Groupe de travail sur le critère du bilan. On a également indiqué que le *Guide* pourrait utilement inclure certains indicateurs permettant de conclure que le débiteur était en état de cessation générale des paiements, tels que le fait qu'il avait cessé de payer son loyer, les salaires, les charges sociales et d'autres dépenses d'exploitation essentielles.

Paragraphe 23 — Liquidation: parties pouvant présenter une demande

34. On a fait observer que dans certaines législations sur l'insolvabilité, un tribunal pouvait ouvrir d'office une procédure d'insolvabilité et que cette possibilité devait être mentionnée dans le *Guide*. On a répondu qu'il fallait bien faire la distinction entre le fait pour un tribunal de demander l'ouverture d'une procédure et le fait de prendre la décision d'ouvrir une procédure à la demande d'une autre partie. Permettre au tribunal de faire les deux créerait un conflit ou un biais potentiel et n'irait pas dans le sens d'un régime de l'insolvabilité clair, prévisible et transparent tel que celui que préconisait le *Guide*. Le Groupe de travail est convenu que le tribunal ne devrait pouvoir engager une procédure qu'à la demande d'une autre partie, et non pas d'office.

Paragraphes 24 à 26 — Liquidation: demande présentée par le débiteur

35. On a fait observer que la deuxième partie de la première phrase du paragraphe 24 donnait à penser que le tribunal pouvait ouvrir une procédure même si le débiteur ne satisfaisait à aucun critère d'insolvabilité. On a répondu que s'il se pouvait qu'on se montre moins strict dans la pratique concernant la demande d'un débiteur, cela ne signifiait pas qu'une procédure pouvait être ouverte à la demande d'un débiteur si des créanciers y étaient opposés ou lorsque cela constituerait un abus de procédure. On a déclaré qu'il fallait faire une distinction entre le fait d'accepter les dires du débiteur concernant sa situation financière en l'absence d'objections de la part des créanciers par exemple et le fait de ne pas demander de justifications à un débiteur concernant sa situation financière lorsque celle-ci suscitait des doutes ou lorsque des créanciers étaient opposés à l'ouverture d'une procédure. On a fait observer que dans certaines législations sur l'insolvabilité une déclaration d'insolvabilité de la part du débiteur valait bel et bien présomption d'insolvabilité ou était considérée comme une preuve d'insolvabilité suffisante pour qu'une procédure soit ouverte sans autre vérification. On s'est demandé si cette dernière approche était souhaitable et s'il ne faudrait pas exiger une autre preuve ou donner aux créanciers la possibilité d'en exiger une. On a noté que cette approche était actuellement à l'étude dans un pays qui avait en chantier une réforme de sa législation sur l'insolvabilité. Sur un point de rédaction, on a proposé, afin de lever toute ambiguïté, de dire simplement à la fin de la deuxième phrase du paragraphe 24 que le débiteur "n'est pas en mesure de rembourser ses dettes" et de supprimer le membre de phrase entre parenthèses. Le Groupe de travail est convenu que ces questions devaient être précisées et devaient faire l'objet de plus amples développements dans le *Guide.*

Paragraphes 27 à 31 — Liquidation: demande présentée par des créanciers

36. S'agissant de la condition de dettes non contestées mentionnée au paragraphe 27, on a émis l'avis qu'il n'était pas nécessaire que la dette soit dans son intégralité non contestée mais qu'il fallait simplement qu'une part substantielle soit non contestée ou exempte de tout droit à compensation. Il a été convenu que cette question devrait être étudiée plus avant.

37. On a fait observer, tout en reconnaissant que les créanciers qui détenaient des créances non échues pouvaient avoir un intérêt légitime à réclamer l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, que dans certaines législations, on ne pouvait se prévaloir d'une créance avant qu'elle n'arrive à échéance. Dans d'autres législations sur l'insolvabilité, le fait qu'un remboursement n'avait pas été effectué à l'échéance pouvait autoriser le détenteur d'une créance à long terme à demander l'ouverture d'une procédure. On a suggéré d'inclure ces exemples dans le commentaire.

38. Le Groupe de travail s'est penché sur la question de savoir si un seul créancier pouvait demander l'ouverture d'une procédure et sur le rapport entre le nombre de créanciers requis et la valeur de leurs créances. On a indiqué que des problèmes pourraient se poser par exemple lorsqu'un débiteur avait un certain nombre de petits créanciers qu'il pouvait rembourser et un seul gros créancier qu'il ne pouvait désintéresser; dans ce cas, seul le gros créancier devait pouvoir demander l'ouverture d'une procédure. On a déclaré qu'une distinction pouvait être établie entre le nombre de créanciers requis pour que l'ouverture d'une procédure puisse être valablement demandée et ce qui devait être prouvé — que le débiteur n'était pas en mesure de rembourser une partie, la totalité ou la majorité de ses dettes. Selon un autre point de vue encore, un seul créancier devait pouvoir demander l'ouverture s'il avait suivi la procédure indiquée au paragraphe 27 et mis sans succès le débiteur en demeure de payer. À l'issue d'un débat, il a été convenu que le *Guide* exposait convenablement les diverses options concernant les demandes présentées par des créanciers et que le texte correspondant pouvait rester tel quel.

39. Sur un point de rédaction, on a suggéré de remplacer, au paragraphe 28, les mots "peu coûteux" par "d'un bon rapport coût/efficacité". Cette modification a été appuyée.

40. Le Groupe de travail est convenu que les paragraphes 29 à 31 étaient acceptables quant au fond.

Paragraphes 32 et 33 — Demande présentée par une autorité publique

41. On a demandé si le paragraphe 32 visait la situation dans laquelle l'autorité publique était elle-même le créancier et le paragraphe 33 celles dans lesquelles tel n'était pas le cas et la procédure d'insolvabilité n'était pas motivée par la cessation des paiements mais, par exemple, par des opérations frauduleuses ou d'autres infractions pénales. Le Groupe de travail est convenu que cette interprétation était la bonne et qu'il fallait faire apparaître plus clairement la distinction dans le texte.

Paragraphes 34 et 35 — Redressement: demande présentée par le débiteur

42. Un facteur supplémentaire suggéré à l'appui de l'assouplissement des critères d'ouverture d'une procédure de redressement, qu'il a été proposé d'inclure au paragraphe 35, a été la nécessité d'encourager les débiteurs à présenter une demande à un stade précoce de leurs difficultés financières, par exemple lorsque le paiement de dettes échues les mettait dans une position difficile, mais n'entraînait pas nécessairement l'insolvabilité. Il a été noté que cette situation pourrait relever de l'incapacité future de payer dans la recommandation 18 *a*.

Paragraphes 36 à 40 — Demande présentée par les créanciers

43. On a indiqué qu'il serait peut-être possible d'améliorer cette section en modifiant le texte pour séparer deux idées fondamentales: l'adoption d'une approche souple afin de fixer pour les créanciers des critères d'ouverture permettant de surmonter les difficultés pratiques rencontrées, comme la nécessité pour les créanciers de présenter une demande d'ouverture lorsque le débiteur ne le ferait pas ou ne pourrait pas le faire (par exemple parce que la direction avait disparu) et le découragement probable des demandes émanant des créanciers si un créancier proposant un redressement était tenu de montrer qu'il y avait suffisamment de moyens disponibles pour que ce redressement soit mené à bien.

44. On a également indiqué qu'il fallait bien faire la distinction entre les demandes émanant du débiteur et les demandes émanant des créanciers, distinction que le *Guide* pourrait mieux faciliter en introduisant des règles communes pour les deux puis en examinant chaque procédure séparément.

45. Il a également été suggéré de modifier, à la deuxième phrase du paragraphe 36, la référence à la possibilité pour les créanciers d'accroître la valeur de leurs créances pour parler d'augmentation de la valeur des biens et des taux de recouvrement accru des créances des créanciers.

46. Il a été noté que les premiers mots du paragraphe 40, "pour les raisons susmentionnées", n'avaient pas nécessairement un lien avec le paragraphe précédent et que leur emploi devrait être expliqué.

Paragraphes 41 à 43 — Questions procédurales

47. Une proposition a été de modifier le titre du paragraphe 41 en "Demande d'ouverture de la procédure" pour indiquer avec plus de fidélité son contenu. Selon une autre proposition, le paragraphe devrait simplement noter que la procédure pourrait être engagée par une demande adressée à un tribunal compétent, sans entrer dans les détails. Il a été répondu que du fait que certains pays prévoyaient l'engagement d'une procédure sans l'intervention d'un tribunal, le texte actuel devrait être conservé, ou bien la première phrase modifiée comme suit: "La législation sur l'insolvabilité devrait spécifier les modalités d'ouverture de la procédure d'insolvabilité". On a également fait observer qu'un autre droit applicable pourrait influer sur la manière dont la procédure était engagée.

48. On a reconnu dans l'ensemble qu'il fallait peut-être apporter quelques modifications mineures à la section pour reconnaître que l'intervention d'un tribunal n'était peut-être pas nécessaire pour engager la procédure, comme cela a été dit à propos du paragraphe 41. Il a été suggéré d'expliquer dans le *Guide* les raisons d'exiger une décision d'un tribunal, car elle offrait une protection contre l'abus de la procédure de la part des créanciers.

49. Une observation, s'appliquant de manière générale aux paragraphes 42 et 43, a été qu'il faudrait faire une distinction plus nette entre procédure volontaire et procédure involontaire. En outre, on a suggéré que, du fait que la section mettait actuellement l'accent sur la procédure involontaire, cela devrait être énoncé expressément dans le *Guide.*

50. Une suggestion, qui a été appuyée, a été que le *Guide* devrait noter la tendance de plusieurs lois sur l'insolvabilité à accorder au débiteur un droit fondamental à être entendu par le tribunal ou l'organisme qui déciderait de la demande d'ouverture.

51. Il a été proposé de supprimer les mots "pour échapper à ses créanciers" à la deuxième phrase du paragraphe 43, car il existait d'autres formes d'abus qu'il n'était pas nécessaire d'indiquer en détail dans le *Guide.* Il a été proposé de modifier le texte de la dernière phrase du paragraphe 43 pour insister sur la nécessité d'énoncer des règles claires concernant l'application de l'arrêt à cette période d'interrègne et d'y inclure un renvoi au chapitre III.

52. Il a également été suggéré d'ajouter un autre renvoi à l'examen dans le *Guide* de la responsabilité qui incombe au conseil d'administration ou à la direction du débiteur de demander une procédure d'insolvabilité (par. 229 et 230, chap. IV, A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10).

53. Plusieurs suggestions d'ordre rédactionnel ont été faites en ce qui concerne la version anglaise: à la première phrase du paragraphe 38, supprimer le mot *"composite"* et au paragraphe 41, remplacer les termes *"application for insolvency"*, par une référence plus appropriée à d'autres mesures ou à l'ouverture.

Paragraphes 44 et 45 — Fixation d'un délai pour la décision d'ouverture

54. Ces paragraphes ont été jugés acceptables quant au fond.

Paragraphe 46 — Questions de procédure: rejet de la demande d'ouverture

55. La proposition de remanier la section pour qu'elle s'applique aux procédures tant volontaires qu'involontaires et de modifier le titre comme suit: "Rejet de la demande d'ouverture ou refus de la procédure" a été appuyée. Il a été rappelé que cette question avait été examinée à la vingt-sixième session du Groupe de travail (voir document A/CN.9/511, par. 37). Le secrétariat a été prié d'ajouter un commentaire et des recommandations (voir également paragraphe 80) au *Guide* sur le refus de la procédure. Il a été suggéré que toute révision couvre tous les arrangements possibles en vertu des lois actuelles, y compris celles qui permettaient une ouverture automatique.

56. Une autre suggestion a été que, s'il fallait maintenir à un minimum les motifs de rejet de la demande du débiteur et fixer à ce dernier un délai pour remédier à tous vices dans sa demande, les exigences imposées aux créanciers devraient être appliquées de façon plus stricte.

57. Un certain nombre de suggestions ont été faites pour modifier les motifs de rejet de la demande d'ouverture énoncés au paragraphe 46. On a fait observer que, en revoyant la liste actuelle, le Groupe de travail ne devrait pas confondre les motifs de rejet avec les cas d'abus de la procédure ultérieure, qui pourraient être traités dans le cadre d'un refus. On s'est déclaré favorable au maintien dans la liste, sous une forme ou sous une autre, de l'obtention de paiements préférentiels par le débiteur, car il a été noté qu'il n'était pas rare, en cas de demande involontaire, que des pressions soient exercées sur le débiteur pour qu'il fasse de tels paiements et toute forme de contrainte à cette fin pourrait être un usage inapproprié de la procédure d'insolvabilité. Selon un avis contraire, il serait inapproprié qu'un tribunal prenne une telle décision, car l'enquête sur de tels paiements était une fonction fondamentale de la procédure d'insolvabilité.

58. Il a été suggéré de supprimer de la liste l'utilisation d'une procédure d'insolvabilité en lieu et place d'une procédure de recouvrement de créances au motif que, bien qu'il s'agisse peut-être d'une utilisation inappropriée de l'insolvabilité, elle ne devrait pas, en soi, constituer un motif de rejet d'une demande. Il a été proposé d'ajouter aux motifs de rejet l'insuffisance d'actifs (avec un renvoi à l'examen de l'absence de biens aux paragraphes 52 et 53 et une note au paragraphe 46 pour indiquer que ce motif de rejet n'était pas reconnu dans tous les États) et la fraude ou la participation à une autre activité criminelle.

59. Plusieurs propositions de remaniement de la troisième phrase du paragraphe 46 ont été faites: adjonction de l'expression "de manière injustifiable" après "priver"; suppression des termes "de l'intégralité de leurs créances" (l'exemple se lirait alors: "le débiteur utilise la procédure d'insolvabilité pour temporiser et priver de manière *injustifiable* les créanciers d'un paiement rapide ou pour *être libéré* d'obligations onéreuses"); adjonction des mots "plus appropriée" entre "procédure" et "de recouvrement" dans le quatrième exemple.

Paragraphes 47 à 51 — Questions procédurales: notification d'ouverture

60. Il a été proposé de faire une nette distinction dans le *Guide* entre la notification de la demande et la notification de l'ouverture, dès lors qu'il en résultait des conséquences différentes. Le paragraphe 47 devrait expressément viser la notification de l'ouverture.

61. On a fermement appuyé l'idée de souligner, au paragraphe 49, que le débiteur avait le droit fondamental d'être avisé (en le rapprochant des droits du débiteur examinés aux paragraphes 218 à 220, chapitre IV, A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10) et qu'il n'était possible de se passer de cette formalité que dans des circonstances très exceptionnelles, par exemple lorsque le débiteur risquait d'agir au détriment des créanciers ou qu'il avait disparu. On a fait valoir en réponse que, si le débiteur n'était pas avisé, il pourrait continuer à agir au détriment de la masse. On a également fait observer que la question des agissements du débiteur au détriment des créanciers justifierait peut-être mieux l'application de mesures provisoires ou conservatoires. L'idée de maintenir l'exigence de la notification, même en cas de disparition du débiteur, a été fortement appuyée. Lorsque le débiteur tentait de se soustraire à une notification individuelle, une notification publique pouvait suffire, ou la notification pouvait être effectuée à la dernière adresse connue du débiteur.

62. En cas de demande volontaire, et lorsqu'un délai séparait le dépôt de la demande de l'ouverture de la procédure, il a été suggéré de prévoir que les créanciers devraient être avisés de la demande pour être en mesure de décider en connaissance de cause de continuer ou non à fournir des services au débiteur, compte tenu de la création possible de nouvelles dettes pendant cet intervalle.

63. Plusieurs solutions permettant une notification efficace ont été proposées (voir par. 74).

64. On a fait observer que les expressions visant une demande "involontaire" ou une demande "émanant d'un créancier", à la première phrase du paragraphe 49, pouvaient être source de confusion dès lors que des demandes involontaires n'étaient pas nécessairement limitées à des demandes émanant d'un créancier et qu'il convenait de clarifier la terminologie.

65. Il a été proposé d'ajouter à la liste des parties devant être avisées de l'ouverture de la procédure, figurant au paragraphe 50, les syndicats et représentants des salariés.

Paragraphes 52 à 54 — Questions procédurales: absence de biens

66. L'idée a été appuyée de mentionner l'opportunité de réhabiliter les entrepreneurs et autres personnes physiques

exerçant des activités commerciales et d'encourager la prise de risque économique par ces mêmes personnes, en tant que motifs supplémentaires de traiter de l'administration des débiteurs dépourvus de biens. Il a été également proposé de viser en outre les revenus par référence aux débiteurs qui, ne possédant pas de biens mais disposant d'une source régulière de revenus, ne devaient pas être traités dans le cadre de "l'absence de biens".

Paragraphes 55 et 56 — Coûts de la procédure d'insolvabilité

67. Il a été observé que le paragraphe, tel que libellé, témoignait d'une prise de conscience de l'importance de la notion de rentabilité dans la conception d'un régime d'insolvabilité, sans toutefois qu'une conclusion efficace en soit tirée. Il a été proposé d'indiquer, par une déclaration très ferme, que le coût élevé d'un régime découragerait l'ouverture et l'utilisation d'une procédure d'insolvabilité.

68. Le paragraphe 56 a été jugé acceptable quant au fond.

Recommandations

69. On s'est déclaré favorable à la suppression de l'alinéa *b* de la clause relative à l'objet des dispositions, car ces termes figurent déjà dans la clause relative à l'objet des dispositions au chapitre II.A. Il a été suggéré de placer l'alinéa *f* avant l'alinéa *e*, ce qui serait une séquence plus logique.

70. Les critères concernant l'ouverture de la procédure énoncés dans la recommandation 18 ont suscité une certaine inquiétude, et un certain nombre d'ajouts et de modifications ont été proposés. Pour rendre compte de l'accord du Groupe de travail à propos de ces critères (voir par. 33), il faudrait supprimer les mots "à défaut"; la conclusion de la discussion du Groupe de travail sur la nécessité d'exiger que la dette ne soit pas contestée devrait apparaître, et il faudrait ajouter les mots "la totalité de", avant "dettes", pour préciser qu'une partie mais non la totalité de la dette pourrait être contestée (la même modification devait être apportée à la recommandation 19); il faudrait ajouter le mot "générale" à la référence à la cessation de paiement pour aligner les alinéas *a* et *b* de la recommandation 18 sur les paragraphes 17 et 18 du commentaire; il faudrait, dans la recommandation 18 *b*, insérer les mots "ou sera" avant les mots "dans l'incapacité de payer ses dettes" pour couvrir les cas d'insolvabilité future. En réponse à cette dernière suggestion, l'avis a été exprimé que l'insolvabilité future ne devrait s'appliquer qu'aux demandes émanant du débiteur et non aux demandes émanant de créanciers. Il a été dit aussi que la recommandation 18 *a* devrait adopter une approche plus souple pour inciter les débiteurs à présenter une demande à un stade précoce et encourager le redressement, et qu'une distinction nécessaire soit faite entre les critères d'ouverture de la procédure, selon qu'il s'agissait d'une liquidation ou d'un redressement.

71. Bien que la variante 2 de la recommandation 19 ait recueilli un certain appui, l'avis qui a prévalu, après discussion, a été qu'il faudrait retenir la variante 1 et qu'elle incorpore les notes 5 et 6.

72. En ce qui concerne la recommandation 20, il a été suggéré que le choix entre les alinéas *a* et *b* soit exprimé plus clairement.

73. Pour traiter de l'ouverture d'une procédure par une autorité publique, dont il a été question dans le commentaire, il faudrait ajouter, à la recommandation 21, les mots "ou d'une autorité publique" après le mot "créancier", en apportant toutes modifications nécessaires pour tenir compte de l'ouverture de la procédure par une autorité publique pour des raisons d'intérêt général plutôt que pour cause d'insolvabilité. Pour rendre compte de la discussion du Groupe de travail sur les exceptions à la notification du débiteur, il a été suggéré d'ajouter l'adverbe "généralement" dans le chapeau après "devrait".

74. Les recommandations 22 à 24 relatives à la notification de l'ouverture d'une procédure ont suscité quelques inquiétudes. Selon un avis, il faudrait faire une distinction claire entre la signification à des parties déterminées et l'information générale du public. Pour ce qui est de la publication, on a émis l'avis que la publication dans un journal officiel n'était généralement qu'une formalité et qu'il ne faudrait pas s'y fier pour que la notification soit effective, et l'on a suggéré que la référence à un journal national soit supprimée et remplacée par une référence à des journaux locaux du lieu de situation de l'entreprise du débiteur. Au lieu de préciser les types de publications dans lesquelles la notification pourrait être faite, il a été proposé d'adopter une formulation telle que "une publication qui était généralement susceptible de venir à l'attention des parties intéressées". Il a également été proposé d'inclure la possibilité de recourir aux communications électroniques pour aviser les particuliers. Pour préciser la nature procédurale de la recommandation 22, il a été suggéré de mentionner au début du texte la nécessité d'établir une procédure uniforme de notification. Quant à la partie chargée de faire la notification, il a été proposé de remplacer, dans la dernière phrase de la recommandation 22, le verbe "peut" par "devrait". Le secrétariat a été prié de tenir compte de ces suggestions lorsqu'il réviserait les recommandations.

75. S'agissant de la recommandation 23, il a été suggéré que la partie chargée d'établir la liste des créanciers à aviser soit précisée. Les mots "[pouvant être identifié dans les livres et pièces comptables du débiteur]" ont été jugés inutiles et peut-être restrictifs, car il pourrait y avoir d'autres créanciers connus qui ne pourraient pas être identifiés de cette manière.

76. Il a été proposé d'ajouter d'autres exigences à la recommandation 24, notamment des informations relatives à la vérification des créances et aux délais dans lesquels cela pourrait être fait, ainsi qu'à l'application d'un arrêt des poursuites et à son effet.

77. Certaines préoccupations ont été exprimées à propos du libellé et de la teneur de la recommandation 25. Il a été souligné que l'alinéa *b* de cette recommandation était trop restreint, car il ne visait pas le cas où la demande était présentée par des créanciers multiples. Si la créance de l'un de ces créanciers faisait l'objet d'une contestation, la demande ne devait pas pour autant être rejetée. Selon un avis, les critères mentionnés dans la recommandation

étaient trop étroits et il convenait d'y ajouter, par exemple, l'inobservation des délais, les questions relatives à la capacité des parties, et le non-paiement des frais de procédure. Il convenait en outre d'ajouter dans la phrase liminaire les mots "entre autres". Selon une autre proposition, dès lors que l'alinéa *c* devait s'appliquer aussi bien à la liquidation qu'au redressement, il convenait de supprimer les premiers mots de cet alinéa. S'agissant de la présentation formelle, il a été proposé de reporter à la fin de la liste l'alinéa *a*.

78. Il a été observé que le refus d'ouvrir la procédure (qui peut être nécessaire, par exemple, lorsque l'ouverture automatique peut être déclenchée par une demande du débiteur) ainsi que la question des frais et sanctions n'étaient pas visés dans les recommandations. Dans le cas où une demande déclenchait l'ouverture automatique (qui aurait donné lieu à notification) et que la procédure faisait ultérieurement l'objet d'un refus, il a été proposé de prévoir l'obligation de notifier ce refus afin de protéger l'entreprise du débiteur. Ces propositions ont été appuyées.

79. Selon une proposition, la recommandation 26 devait faire une distinction selon que le débiteur était une personne physique ou morale. Compte tenu des paragraphes 52 à 54 du commentaire, il a été proposé que la recommandation 26 ne s'applique qu'aux situations dans lesquelles le débiteur n'était pas une personne physique pouvant prétendre à une remise de dettes, puisque dans ce cas la demande ne devait pas être rejetée. Il a été observé que la première phrase devait viser l'absence de biens "non grevés" et non de biens en général.

80. À l'issue d'un débat, les projets de recommandations suivantes relatives au refus et aux frais et sanctions ont été proposés pour examen ultérieur par le Groupe de travail.

Clôture et refus d'une procédure d'insolvabilité

26A) La législation sur l'insolvabilité peut prévoir que le tribunal peut clôturer ou refuser une procédure qui a été ouverte s'il détermine, par exemple:

a) Que la procédure représente un recours abusif à la législation sur l'insolvabilité;

b) Que le débiteur ne s'est pas conformé aux décisions du tribunal ou aux dispositions de la législation sur l'insolvabilité;

c) Que le débiteur n'a pas coopéré avec le représentant de l'insolvabilité; ou

d) Qu'il y a eu dans la procédure un retard [déraisonnable] [qui a été préjudiciable aux créanciers].

[*Note: Les motifs ci-dessus seraient valables dans le cas d'une procédure de liquidation comme dans celui d'une procédure de redressement. Bien que le chapitre V.A.14) traite des motifs potentiels de conversion d'une procédure de liquidation en procédure de redressement, il n'existe aucune recommandation sur ce sujet. D'autres motifs de conversion pourraient être les suivants: l'entreprise continue d'accumuler des pertes pendant la période de redressement; le plan de redressement n'est pas confirmé dans [un délai raisonnable de] [le délai prescrit par la loi]. Il peut être nécessaire de faire une distinction entre les motifs de refus et les motifs de conversion.*]

26B) La législation sur l'insolvabilité devrait prévoir la notification aux créanciers d'une décision de clôturer ou de refuser une procédure d'insolvabilité.

[*Note: Il peut être nécessaire d'insérer la même disposition pour la conversion d'une procédure de redressement en procédure de liquidation.*]

Frais et sanctions

26C) La législation sur l'insolvabilité devrait imposer un droit raisonnable pour le privilège de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

26D) La législation sur l'insolvabilité peut prévoir que le tribunal devrait avoir le pouvoir de déterminer si une demande d'ouverture constitue un recours abusif à la législation sur l'insolvabilité. S'il constate que tel est le cas, il peut permettre le recouvrement de frais ou l'imposition de sanctions à l'encontre du demandeur.

[*Note: Le demandeur pourrait être un débiteur dans le cas d'une demande volontaire ou des créanciers dans le cas d'une demande involontaire.*]

2. Chapitre III. Régime applicable aux biens à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

A. Biens visés (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5)

81. Il a été proposé soit de supprimer le membre de phrase entre parenthèses à la fin du paragraphe 57, qui était source de confusion, soit de le modifier pour viser le remplacement du débiteur, ou l'exercice des pouvoirs de celui-ci, par le représentant de l'insolvabilité.

Paragraphes 59 à 65 — Biens entrant dans la masse de l'insolvabilité

82. S'agissant de la terminologie, il a été proposé que le *Guide* vise constamment les "biens et droits" du débiteur qui constituent la masse.

83. Il a été observé que la note 1 relative au paragraphe 59 ne s'appliquerait qu'à un débiteur individuel et que, dans le cadre d'une législation sur l'insolvabilité au moins, le débiteur conserverait le droit d'agir pour obtenir réparation d'un dommage corporel et d'une atteinte à la réputation, mais non d'un éventuel manque à gagner qui y serait associé.

84. Selon un avis, il convenait de reconnaître clairement, au paragraphe 60, qu'il fallait nécessairement toucher aux droits des créanciers garantis pour réaliser l'objectif du redressement. De même, le paragraphe 62 devrait viser la nécessité de définir clairement les droits des créanciers garantis afin de permettre l'évaluation du risque de crédit, suivant une formule telle que: "La législation sur l'insolvabilité devrait énoncer clairement les droits des

créanciers garantis quant au traitement de leur sûreté." Cette proposition a été appuyée.

85. Le paragraphe 61 a été jugé acceptable quant au fond.

86. On a fait observer que, le paragraphe 63 ne concernant que les débiteurs individuels, il serait plus clair de le déplacer au paragraphe 68. Il a été par ailleurs proposé de compléter le texte par un examen de la pertinence du droit commun pour traiter des biens communs en cas d'insolvabilité et de donner des exemples de biens communs susceptibles d'être touchés en cas d'insolvabilité. Cette proposition a été appuyée.

87. On s'est demandé si des biens appartenant à des tiers devaient être inclus dans la masse de l'insolvabilité et dans quelles circonstances ces biens pourraient être utilisés dans le cadre de la procédure d'insolvabilité (s'ils faisaient ou non partie de la masse). Tout en remarquant que la question de l'utilisation était traitée au chapitre III.C, il a été convenu que le texte du paragraphe 64 méritait d'être clarifié.

Paragraphes 66 à 68 — Biens exclus de la masse de l'insolvabilité

88. Il a été rappelé qu'un autre exemple d'exclusion était celui des biens susceptibles de faire l'objet, en vertu de certaines législations, d'une réclamation comme les biens fournis avant l'ouverture de la procédure mais pas encore payés et susceptibles d'être récupérés par le fournisseur (sous réserve de leur identification et du respect d'autres conditions applicables).

89. Le paragraphe 66 a été jugé généralement acceptable quant au fond.

90. L'idée que le paragraphe 67 ne devait pas figurer dans la section relative aux exclusions, mais dans une section distincte, a été appuyée, de même que la proposition tendant à ce qu'il indique clairement l'opportunité d'inclure dans la masse tous les biens du débiteur où qu'ils se trouvent. Il a été noté en particulier que l'exclusion des biens étrangers pourrait affecter la capacité de redressement d'un débiteur.

Paragraphes 69 et 70 — Biens récupérés

91. Il a été convenu de manière générale qu'il faudrait aligner le paragraphe 69 sur le texte figurant au chapitre III.E relatif à la procédure d'annulation et aux catégories d'opérations susceptibles d'annulation. Il a été proposé de compléter la première phrase de plusieurs manières: par l'adjonction du mot "grevé" après "irrégulièrement"; par une référence aux opérations ayant entraîné l'insolvabilité, et non pas simplement aux opérations effectuées "alors que le débiteur était déjà insolvable"; par une référence à des cadeaux offerts à des parties autres que des créanciers, par exemple à une épouse à un moment où le débiteur était insolvable, ou est devenu insolvable par suite de ce cadeau. On a fait observer que, dans un contexte transnational, les systèmes nationaux qui ne prévoyaient pas l'annulation de certains types de transferts risquaient de se heurter à des difficultés concernant la reconnaissance et la coopération.

92. Il a été convenu qu'il faudrait renvoyer au paragraphe 70, aux autres sections du *Guide* relatives aux opérations non agréées.

Recommandations

93. En ce qui concerne la clause relative à l'objet des dispositions, on a émis l'avis qu'il fallait rétablir l'alinéa *d* compte tenu du débat sur les créanciers garantis et les biens appartenant à des tiers et en modifier le libellé ainsi que celui de la phrase liminaire de façon qu'il reflète la question traitée dans cette section, à savoir la composition de la masse, et non l'incidence de l'ouverture de la procédure.

94. Le Groupe de travail a examiné deux propositions concernant les recommandations 27 et 28. La première était d'ajouter les mots "où qu'ils se trouvent" à la fin du premier membre de phrase de l'alinéa *a* de la recommandation 27 et de supprimer la recommandation 28, et la seconde de modifier la recommandation 28 comme suit: "... la législation sur l'insolvabilité devrait spécifier que la masse de l'insolvabilité engloberait tous les biens où qu'ils se trouvent". Chacune de ces deux propositions a bénéficié d'un certain appui, et l'opinion qui l'a emporté a été que, à la lumière de la décision du Groupe de travail d'incorporer la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale dans le *Guide*, il valait mieux que le *Guide* se prononce nettement en faveur de l'approche universelle. On a déclaré que si un pays devait adopter une approche universaliste, il fallait que le *Guide* insiste bien sur la nécessité d'une législation sur l'insolvabilité énonçant des règles claires afin que les créanciers sachent à quoi s'attendre, et qu'il traite la question de la reconnaissance (et comporte un renvoi à la Loi type sur l'insolvabilité internationale). Il a en outre été décidé que le commentaire devrait indiquer que certains pays voudraient peut-être adopter une approche différente.

95. Deux modifications ont été proposées en ce qui concerne la recommandation 29: le rétablissement de la référence aux personnes physiques dans l'intitulé et la suppression des mots "qui pourront inclure des biens acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité".

B. Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6)

96. Après un débat sur la méthode de travail à adopter, le Groupe de travail a décidé de se concentrer sur les recommandations et a prié le secrétariat d'apporter au commentaire les modifications voulues compte tenu des débats sur les recommandations et d'aligner les textes.

Recommandations

97. On s'est prononcé en faveur de la deuxième variante figurant entre crochets à l'alinéa *a* de la clause relative à l'objet des dispositions, qui avait le mérite d'être plus précise. Par ailleurs, la section a été jugée acceptable quant au fond.

98. On a suggéré — et cette suggestion a bénéficié d'un certain appui — d'insérer dans cette section des

recommandations fondées sur les débats qui avaient eu lieu antérieurement au sein du Groupe de travail concernant la possibilité de ne pas adresser au débiteur de notification dans des circonstances exceptionnelles, lesdites recommandations devant avoir pour objet de réduire au minimum le préjudice potentiel.

99. Il a été proposé d'apporter au libellé du texte liminaire de la recommandation 30 les modifications suivantes: remplacer les mots "de toute partie intéressée" figurant à la deuxième ligne par les mots "du débiteur, de créanciers ou de tiers" compte tenu de la décision prise concernant la clause relative à l'objet des dispositions; remplacer, à la troisième ligne, les mots "les biens du débiteur" par "les biens et les droits du débiteur"; enfin, remplacer dans le membre de phrase entre crochets les mots "il est urgent de" par "il faut" et supprimer les crochets. Ces modifications ont été appuyées.

100. Il a été suggéré d'ajouter les mots "sur demande" au début de l'alinéa *a* de la recommandation 30.

101. On a émis la crainte que les pouvoirs qu'il était préconisé, à l'alinéa *b* de la recommandation 30, de donner au représentant de l'insolvabilité ne soient trop étendus pour tous les cas; ils devaient être modulés selon que le représentant de l'insolvabilité était nommé pour superviser l'entreprise débitrice ou en prendre la direction. On a déclaré que la faculté de vendre donnée au représentant de l'insolvabilité devait être plus réduite afin d'éviter les abus, tels que la vente de tous les biens. On a toutefois fait observer — et cette position a été appuyée — que le membre de phrase "dans le cours normal des activités" et les mots "y compris" (qui pourraient être remplacés par "y compris peut-être") étaient suffisants pour répondre à ces préoccupations. On a aussi noté que certaines législations exigeaient le dépôt par le représentant de l'insolvabilité d'une caution qui devait servir d'assurance contre les détournements. On a suggéré de faire clairement ressortir que les mots "ou à une autre personne" ne pouvaient renvoyer au débiteur. On a suggéré — suggestion qui a bénéficié d'un certain appui — de supprimer les deux séries de crochets à l'alinéa *b*, quoiqu'on ait aussi fait observer que le deuxième membre de phrase figurant entre crochets n'était sans doute pas nécessaire puisqu'il apparaissait déjà dans le texte liminaire.

102. On a proposé de remplacer le renvoi à l'alinéa *d* de la recommandation 35 figurant à l'alinéa *d* de la recommandation 30 par un renvoi à l'ensemble de la recommandation 35.

103. On a émis l'avis que la première phrase de la recommandation 31 devrait parler de la personne ou de l'organe autorisé à mettre en œuvre les mesures provisoires ou conservatoires et non de la répartition des responsabilités entre le débiteur et le représentant provisoire de l'insolvabilité. À propos de la deuxième phrase, on a déclaré que le pouvoir du débiteur de continuer à gérer son entreprise devait pouvoir être limité même si un représentant provisoire de l'insolvabilité n'était pas nommé. Sur des points de rédaction, il a été suggéré de remplacer, dans la deuxième phrase, les mots "à moins que ... n'aient été" par "sauf dans la mesure où ... ont été"; il a aussi été suggéré de remplacer le mot "pouvoirs" par les mots "pouvoirs et droits" ou "droits et obligations".

104. S'agissant de la recommandation 32, il a été convenu de remplacer le mot "peut" par "devrait" et de commencer la première phrase par les mots "S'il y a lieu", ce qui permettrait de prendre en compte, en conjonction avec la recommandation 33, les situations dans lesquelles il n'était pas adressé de notification au débiteur. On a émis l'avis que cette approche n'était peut-être pas nécessaire, car la notification des mesures provisoires ou conservatoires pouvait être distinguée de celle de l'ouverture de la procédure.

105. Il a été convenu d'ajouter le membre de phrase ci-après à la recommandation 33: "lorsque le débiteur n'a pas préalablement reçu notification de la mesure accordée, le tribunal ordonne qu'il puisse faire valoir ses arguments à l'encontre de la totalité ou d'une partie de celle-ci [dans un délai de ... jours] [s'il en fait la demande d'urgence] [dans un délai raisonnable] [sans tarder]". L'accent devrait être mis sur la limitation de la durée afin d'empêcher que l'entreprise ne perde toute sa valeur, ce qui pourrait être expliqué dans une note de bas de page. On a suggéré que le *Guide* précise que les mesures provisoires ou conservatoires devraient en tout état de cause faire périodiquement l'objet d'un réexamen et éventuellement être renouvelées. On a suggéré d'ajouter, aux fins de la sanction des abus, la phrase ci-après: "S'il estime qu'une mesure provisoire ou conservatoire a été abusivement obtenue, le tribunal devrait être habilité à apprécier les frais qui en ont résulté". Sur un point de rédaction, il a été suggéré d'ajouter les mots "du débiteur" après les mots "du représentant de l'insolvabilité". Il a aussi été suggéré de remplacer les mots "soit d'office" par un texte indiquant que le débiteur pourrait toujours être entendu par le tribunal et que la décision de modifier les mesures devait être notifiée. À défaut, on pourrait ajouter après les mots "soit d'office" les mots "après due notification".

106. On a suggéré d'ajouter à la fin de la recommandation 34 les mots "ou que la demande d'ouverture d'une procédure ne soit rejetée ou refusée". Il a été convenu qu'on pourrait indiquer, dans l'analyse des questions de compétence, si le tribunal procédant au réexamen de mesures provisoires ou conservatoires pourrait avoir la même composition que celui qui avait accordé ces mesures.

107. On a noté que l'alinéa *a* de la recommandation 35 était inspiré de l'article 23 de la Loi type sur l'insolvabilité internationale mais n'en reprenait pas le libellé. Afin de traiter la question de la préservation des créances, il a été convenu d'incorporer, dans la recommandation, sous une forme ou sous une autre, les termes de la Loi type et du *Guide* pour son incorporation. Il a été suggéré de supprimer la référence à la quantification des créances figurant à l'alinéa *a* de la recommandation 35 et d'indiquer dans le commentaire que le tribunal pourrait toujours accorder la mainlevée de l'arrêt ou de la suspension des poursuites sur cette question. On a émis l'avis — et cette position a été appuyée — que l'alinéa *c* de la recommandation 35 ne devrait pas avoir pour effet d'interdire qu'il soit mis fin à un contrat si celui-ci prévoyait qu'il devait arriver à expiration à une date postérieure à celle de l'ouverture de la procédure.

108. On a émis l'avis qu'il serait sans doute utile d'ajouter dans le *Guide* une liste de cas dans lesquels il pourrait être dérogé à la règle de l'arrêt ou de la suspension automatiques des poursuites, y compris, par exemple, celui de poursuites contre le débiteur liées à un préjudice corporel ou à une question relevant du droit de la famille. Il a été convenu que ces cas ne devraient pas englober les actions collectives en responsabilité civile, mais que les demandeurs pourraient avoir le droit de chercher à obtenir, à titre individuel, la mainlevée de l'arrêt ou de la suspension. À l'issue d'un débat, le Groupe de travail est convenu que le *Guide* devrait préciser que la législation sur l'insolvabilité peut prévoir des dérogations à la règle de suspension ou de l'arrêt des poursuites et que celles-ci devraient alors être clairement indiquées.

109. Il a été proposé d'apporter les modifications ci-après au libellé de la recommandation 35: à la deuxième ligne de l'alinéa *a*, remplacer les mots "les biens de la masse de l'insolvabilité" par "les biens et les droits de la masse de l'insolvabilité"; toujours à l'alinéa *a*, remplacer les mots "sont jugées nécessaires par le tribunal" figurant entre crochets par "sont jugées urgentes et nécessaires par le tribunal". On a aussi émis l'avis que la deuxième partie de l'alinéa *a*, à partir des mots "sauf dans la mesure", n'était peut-être pas nécessaire et que le membre de phrase "y compris la perfection ou la réalisation de sûretés" pourrait être supprimé, la question étant traitée dans la recommandation 40 qui comportait un renvoi à la recommandation 35.

110. Il a été suggéré d'indiquer dans la recommandation 36 certaines limitations ou restrictions concernant les mesures que celle-ci envisageait.

111. Il a été convenu de remplacer, dans la recommandation 37, les mots "peut prévoir" par "devrait prévoir" et d'ajouter les mots "après l'ouverture de la procédure" après le mot "tribunal".

112. À l'issue d'un débat, il a été convenu qu'il fallait indiquer dans la recommandation 38 à quel moment et pour combien de temps les mesures provisoires ou conservatoires (y compris celles visées dans la recommandation 36) prendraient effet. S'agissant des mesures automatiquement applicables à l'ouverture de la procédure, il a été suggéré de préciser dans la recommandation qu'elles seraient applicables à partir du moment où serait prise la décision d'ouvrir la procédure.

113. La recommandation 39 a été jugée acceptable quant au fond.

114. À l'issue d'un débat, le Groupe de travail a décidé que le membre de phrase "pendant toute la durée de la procédure" figurant à l'alinéa *a* de la recommandation 40 ne convenait pas car il donnait l'impression que l'arrêt ou la suspension des poursuites pouvaient s'appliquer pendant une durée indéterminée. Les membres du Groupe de travail ne sont pas parvenus à se mettre d'accord sur un autre libellé, mais il a été convenu qu'il fallait faire clairement ressortir que la durée n'était pas indéterminée. On a notamment suggéré que l'arrêt ou la suspension soient maintenus jusqu'à la formulation ou l'approbation d'un plan de redressement, ou: i) jusqu'à ce que le plan prenne effet ou jusqu'à l'expiration de la durée maximale qui pourrait être stipulée concernant les mesures automatiquement applicables, selon ce qui interviendrait en premier; ii) jusqu'à la clôture de la procédure; ou iii) jusqu'à ce que le tribunal ait prononcé, en faveur du créancier, la mainlevée des mesures automatiquement applicables. Cette dernière formulation a bénéficié d'un certain appui. Le Groupe de travail est convenu que la référence au nombre de jours figurant à l'alinéa *b* de la recommandation 30 devait être modifiée et pourrait être déplacée du corps même de la recommandation dans une note de bas de page qui préciserait qu'il s'agissait d'une durée indicative. Il a été suggéré que le *Guide* précise que, si les biens grevés de sûretés étaient exclus de la masse de l'insolvabilité, les mesures visées dans la recommandation 40 ne s'appliqueraient pas aux créanciers garantis.

115. Il a aussi été convenu de remplacer la référence, dans la recommandation 40 *b* ii, à la notion de préjudice par une référence à celle de protection insuffisante du créancier garanti, cette dernière notion devant être expliquée dans le commentaire.

116. Des inquiétudes ont été exprimées à propos du champ d'application de la recommandation 41 *a*. En particulier, on s'est demandé si elle devait s'appliquer à la fois à la liquidation et au redressement. Après un débat, il a été convenu qu'elle devrait s'appliquer aux deux types de procédures et que cela devrait être précisé de manière appropriée dans le texte. Un certain nombre de suggestions préliminaires ont été faites sur le plan rédactionnel: remplacer les termes "pour certains motifs, dont les suivants" par "sur une décision du tribunal"; supprimer, à l'alinéa *a* ii, "en vue de la poursuite de l'activité" et ajouter, à l'alinéa *a*, les mots "et le représentant de l'insolvabilité démontre qu'il" avant "n'est pas nécessaire".

117. On s'est inquiété aussi de l'interprétation des alinéas *a* à *c* de la recommandation 41 et on s'est interrogé en particulier sur le point de savoir si les alinéas *a* et *b* étaient cumulatifs ou exclusifs. Après un débat, l'opinion qui a prévalu a été que, pour empêcher la levée de l'arrêt, il faudrait montrer que le bien avait une valeur pour la masse et qu'il était nécessaire soit pour un redressement, soit pour la cession de l'entreprise. Pour que cela apparaisse plus clairement, il a été suggéré de scinder en deux l'alinéa *a* pour traiter séparément les questions de la valeur et de la nécessité de conserver le bien. On a fait valoir par ailleurs que l'on pourrait obtenir un critère plus approprié en reliant plus étroitement les recommandations 40 et 41 et en adoptant le critère de la maximisation de la valeur plutôt que celui de la nécessité pour une cession envisagée. On a fait observer que, s'agissant des motifs, le chapeau disait seulement "dont les suivants", ce qui n'indiquait pas des exigences exclusives et devrait être suffisamment souple pour apaiser les inquiétudes évoquées. On a fait valoir que la difficulté rencontrée dans la discussion était peut-être due en partie à des interprétations différentes de l'expression "sans valeur". Comme elle pouvait signifier littéralement que le bien n'avait pas de valeur, ou bien que le créancier garanti ne l'était pas suffisamment et que la valeur de sa créance excédait la valeur du bien garanti, cette question devrait être clarifiée dans le texte.

118. En ce qui concerne l'alinéa *b* de la recommandation 41, on a suggéré de remplacer la référence à "[…] jours" par une référence moins précise à une date limite ou à un délai fixé par la législation sur l'insolvabilité ou par le tribunal. On a rappelé qu'il fallait apporter une modification similaire à l'alinéa *b* de la recommandation 40.

119. Sur le plan rédactionnel, il a été indiqué que la deuxième occurrence du mot "bien", à l'alinéa *c* de la recommandation 41, devrait être remplacée par "créancier garanti". On a aussi demandé si l'emploi de l'expression *"secured asset"*, dans la version anglaise, était approprié et il a été convenu que cet usage devait être examiné dans le contexte du *Guide* dans son ensemble.

120. En réponse à une préoccupation concernant le point de savoir comment la recommandation 42 serait invoquée, en d'autres termes quand une dépréciation des biens grevés serait prise en compte et par rapport à quels facteurs elle serait appréciée, on a indiqué qu'elle ne serait pertinente qu'au cas où l'assouplissement demandé en vertu de la recommandation 41 ne serait pas accordé; la recommandation portait à proprement parler sur la protection des créanciers garantis et non sur la dépréciation. On a fait observer que, s'il ressortait clairement de la recommandation 41 que le créancier avait besoin de rechercher la mainlevée de la suspension des poursuites, il n'apparaissait pas clairement, en revanche, dans la recommandation 42, quelle partie pouvait soumettre la demande à un tribunal.

121. Il a été proposé de préciser le texte de la recommandation 42 comme suit: "Une législation sur l'insolvabilité devrait prévoir que le tribunal répond à l'assertion du créancier garanti selon laquelle les biens grevés se sont dépréciés et envisage des mesures de protection appropriées." La deuxième phrase et la première partie de la troisième phrase devraient rester telles quelles, et il faudrait, dans cette troisième phrase, ajouter les mots "par suite de l'imposition de mesures automatiques ou de l'utilisation des biens grevés par la masse" après le verbe "se déprécient". Les alinéas *a* à *c* resteraient inchangés. Cette proposition a reçu un certain appui, bien que quelques réserves aient été faites en attendant un examen plus approfondi du libellé proposé. La crainte a été exprimée que l'arrêt des poursuites, en soi, ne soit pas un motif suffisant pour considérer qu'il y a dépréciation, car il pourrait y avoir une perte incidente de valeur pour laquelle le créancier ne serait pas dédommagé. On a répondu en soulignant que la proposition n'imposait pas de mesure de protection et certains exemples ont été examinés dans lesquels il apparaissait clairement que la dépréciation pouvait en fait résulter de l'application de l'arrêt des poursuites sans utilisation du bien.

122. Une autre proposition a été de rédiger la recommandation comme un principe général énonçant qu'un équilibre devait être réalisé entre les objectifs de l'insolvabilité et la protection des créanciers garantis et que des garanties appropriées devraient être fournies lorsque c'était nécessaire.

123. On a dit qu'en plus des recommandations 41 et 42 il pourrait être utile de prévoir une disposition autorisant le créancier garanti à demander au représentant de l'insolvabilité de dégager le bien grevé dans certaines circonstances (en particulier lorsque le bien était sans valeur pour la masse) sans avoir à solliciter officiellement un assouplissement de l'arrêt des poursuites, et habilitant le représentant de l'insolvabilité à cet effet.

124. À l'issue d'un débat, la version révisée suivante du projet de recommandation 42 a été proposée pour examen ultérieur par le Groupe de travail.

> 42) La législation sur l'insolvabilité devrait prévoir que lorsque la valeur des biens grevés n'est pas supérieure au montant de la créance garantie ou sera insuffisante pour le remboursement de cette créance si les biens se déprécient du fait de l'application de mesures automatiques ou de l'utilisation de ces biens par la masse, le créancier garanti peut bénéficier d'une protection. Elle devrait [également] prévoir que le tribunal réponde à une assertion du créancier garanti selon laquelle la valeur des biens grevés aurait diminué et envisage des mesures de protection appropriées comme:
>
> *a)* Des versements en espèces effectués par la masse;
>
> *b)* La constitution de sûretés supplémentaires; ou
>
> *c)* D'autres moyens qui, de l'avis du tribunal, sont de nature à apporter une protection appropriée.
>
> [*Note: Le commentaire indiquera, dans la mesure où il ne le fait pas déjà, que lorsque la valeur des biens grevés est supérieure au montant de la créance garantie et serait suffisante pour le remboursement de cette créance, des mesures de protection ne seront sans doute pas nécessaires.*]

C. Utilisation et disposition des biens (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.7)

Recommandations

125. La clause relative à l'objet des dispositions a été généralement jugée acceptable quant au fond.

126. S'agissant de la phrase liminaire de la recommandation 43, on a fait observer que le libellé selon lequel la poursuite de l'activité de l'entreprise était "autorisée" n'était peut-être pas approprié et une formule du type "Lorsque l'activité de l'entreprise doit se poursuivre…" a été suggérée. Cette proposition a été appuyée. Il a été par ailleurs souligné que si, dans le cadre de la liquidation, le débiteur perdait généralement la faculté d'utiliser les biens, il en allait différemment dans le cadre d'un redressement; peut-être fallait-il donc diviser la recommandation pour mieux tenir compte de ces différences. Cette proposition a reçu un certain appui.

127. On a fait observer que le représentant de l'insolvabilité n'avait pas toujours, dans tous les systèmes juridiques, le droit de vendre les biens, mais qu'il pouvait n'être qu'un administrateur ou un contrôleur, auquel cas les termes de l'alinéa *a* de la recommandation 43 ne pouvaient s'appliquer. De même, on a fait observer que la recommandation n'envisageait que les cas où un représentant de

l'insolvabilité était nommé et qu'il n'était peut-être pas approprié de conférer les mêmes pouvoirs à un débiteur resté en possession. Il a été répondu que certaines législations sur l'insolvabilité autorisaient effectivement le débiteur resté en possession à conserver ces pouvoirs. Selon un autre point de vue, l'alinéa *a* pouvait viser le débiteur agissant sous la supervision ou le contrôle du représentant de l'insolvabilité. Cette approche a bénéficié d'un certain appui. Après un débat, il a été convenu qu'il était peut-être nécessaire de mentionner plusieurs possibilités.

128. Il a été dit que la formule "d'utiliser, de vendre ou de louer" était trop étroite et qu'il convenait de l'élargir pour viser d'autres moyens de détacher certains biens de la masse, par exemple en les grevant d'une charge, en constituant une sûreté sur eux, ou en effectuant tout acte de disposition.

129. On a appuyé l'idée de conserver entre crochets, à l'alinéa *b* de la recommandation 43, le libellé visant le tribunal ainsi que les recommandations concernant l'utilisation des biens grevés de sûretés et des biens appartenant à des tiers, mais de substituer à la mention de l'approbation des "créanciers" celle du "comité des créanciers", et en présentant cette solution comme susceptible de remplacer l'approbation du tribunal. Selon un point de vue opposé, il pouvait être trop lourd d'exiger l'approbation des créanciers ou du comité des créanciers, et il suffisait de prévoir la nécessité d'aviser les créanciers et de leur donner la possibilité de contester l'acte proposé. Selon un point de vue différent, qui a reçu un certain appui, il fallait mettre l'accent sur le comité des créanciers, l'approbation du tribunal ne devant pas être exigée. En réponse à une préoccupation quant à la signification de l'expression "dans le cours normal des activités", il a été indiqué que cette formule était couramment employée dans le contexte de l'insolvabilité, mais que de plus amples explications pourraient être données dans le commentaire.

130. À l'issue d'un débat, la version suivante révisée du projet de recommandation 43 a été proposée pour examen ultérieur par le Groupe de travail.

> 43) Lorsque l'activité de l'entreprise débitrice doit se poursuivre dans le cadre d'une procédure de redressement, la législation sur l'insolvabilité devrait:
>
> *a)* Permettre au débiteur, sous la supervision du représentant de l'insolvabilité, d'utiliser, de vendre, de grever d'une charge ou de louer des biens compris dans la masse de l'insolvabilité ou d'effectuer tout autre acte de disposition ou de constituer une sûreté sur ces biens dans le cours normal des activités;
>
> *b)* Permettre au représentant de l'insolvabilité d'utiliser, de vendre, de grever d'une charge ou de louer des biens compris dans la masse de l'insolvabilité ou d'effectuer tout autre acte de disposition ou de constituer une sûreté sur ces biens autrement que dans le cours normal des activités, sous réserve de l'approbation du tribunal, à moins que les créanciers concernés y consentent, [et conformément aux recommandations concernant l'utilisation des biens grevés de sûretés et des biens appartenant à des tiers].
>
> 43A) Lorsque l'activité de l'entreprise débitrice doit se poursuivre dans le cadre d'une procédure de liquidation, la législation sur l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité d'utiliser, de vendre, de louer ou de grever d'une charge des biens compris dans la masse de l'insolvabilité ou d'effectuer tout autre acte de disposition ou de constituer une sûreté sur ces biens dans le cours normal des activités, mais exiger l'approbation du tribunal si les biens doivent être utilisés, vendus ou loués en dehors du cours normal des activités.

131. S'agissant des recommandations 44 et 45, il a été dit que ces dispositions reprenaient des points traités dans les recommandations 41 et 42 et qu'elles pourraient être remplacées par une recommandation générale indiquant que les biens grevés pouvaient être utilisés au cours de la procédure sous réserve des mesures de protection prévues dans ces recommandations précédentes. À l'appui de cette proposition, on a fait observer que si les biens grevés devaient être inclus dans la masse comme indiqué dans la recommandation 27, il ne serait pas nécessaire de prévoir une autre disposition telle que la recommandation 44. On a appuyé l'idée d'inclure une référence générale aux recommandations 41 et 42, suivant une formule du type: "Les biens grevés d'une sûreté peuvent être utilisés mais les droits et intérêts des créanciers garantis [ou du propriétaire] doivent être protégés comme indiqué dans les recommandations 40 à 42", en alignant le texte sur la recommandation 43.

132. Dans la mesure où la recommandation 46 visait des biens se trouvant en la possession du débiteur dans le cadre d'accords, il a été dit que ces biens relevaient plutôt du chapitre III.D, Traitement des contrats. Il a été par ailleurs proposé de restreindre le libellé en indiquant que des biens appartenant à un tiers qui n'étaient pas compris dans la masse de l'insolvabilité mais qui étaient en la possession ou sous le contrôle du débiteur et que celui-ci pouvait légitimement utiliser (moyennant, éventuellement, le consentement du tiers) pouvaient être utilisés par le représentant de l'insolvabilité.

133. S'agissant de la recommandation 47, il a été dit qu'elle ne faisait que répéter les mesures de protection à accorder aux créanciers garantis et qu'une référence aux autres recommandations serait peut-être suffisante. Après un débat, certains membres ont appuyé la suppression des deux recommandations 46 et 47 du chapitre III.C et leur remplacement par une référence aux chapitres III.B ou III.D, sous réserve que les questions y soient dûment traitées.

134. On a émis l'avis que l'approbation des créanciers n'était pas appropriée dans le cadre de la recommandation 48 et qu'une notification ainsi que la possibilité de s'opposer à l'action proposée étaient les seules conditions requises. On a fait observer qu'il ne serait peut-être pas indiqué de conférer de tels pouvoirs à un débiteur en possession lorsqu'il n'y avait pas eu désignation d'un représentant de l'insolvabilité.

135. On a fait observer que la référence, dans la recommandation 49, au fait que l'on pouvait être raisonnablement en droit de s'attendre à ce que le créancier garanti puisse

vendre les biens plus facilement que le représentant de l'insolvabilité était un critère trop subjectif, et un large soutien a été exprimé en faveur de l'adoption d'une approche plus objective. Pour ce qui est de l'emploi des mots "sans valeur", on a noté qu'ils étaient employés ailleurs dans le *Guide*, et il a été proposé de les remplacer par les mots "lorsque la valeur de la créance garantie excède la valeur du bien". On a également suggéré d'ajouter un renvoi au traitement des créances, plus précisément à la restriction devant être imposée à la créance d'un créancier garanti lorsqu'un bien lui était restitué. Parmi les mots placés entre crochets, à la deuxième phrase, il a été convenu que le verbe "peut" était plus approprié.

136. Après examen de la recommandation 50, le Groupe de travail est convenu: i) que parmi les mots entre crochets, à la dernière phrase, c'est l'expression "l'approbation du tribunal" qui devrait être retenue; ii) qu'il faudrait, s'agissant de "l'approbation des créanciers" parler de l'approbation du comité des créanciers ou d'un autre ensemble de créanciers et d'énoncer l'approbation des créanciers comme une autre possibilité; iii) que la disposition devrait mettre l'accent sur la vente en dehors du cours normal des activités; et iv) que l'on fasse un ajout au commentaire concernant les obligations de notification et de publicité en cas d'enchère publique. La proposition de mentionner la notification des créanciers au lieu de leur approbation, à condition qu'ils aient la possibilité de contester une vente en justice s'ils n'étaient pas d'accord, a recueilli un certain soutien. L'idée que la recommandation 50 devrait porter uniquement sur les méthodes de vente a, elle aussi, bénéficié d'un certain soutien.

137. Diverses modifications rédactionnelles ont été faites: insérer les mots "en dehors du cours normal des activités" après les mots "avertis de toute vente", ainsi qu'après les mots "ventes privées", et supprimer les deux séries de termes figurant entre crochets à la première phrase. Une autre suggestion a été de supprimer les crochets entourant les mots "en dehors du cours normal des activités" et de placer ceux-ci après "méthode de vente", ainsi que de supprimer les crochets entourant les mots "que ce soit dans le cadre d'une liquidation ou d'un redressement".

138. On a appuyé l'idée d'indiquer que dans des circonstances où une vente urgente de biens était nécessaire, par exemple lorsque les biens pourraient subir une dépréciation rapide, la notification et/ou l'approbation des créanciers ou du tribunal ne seraient peut-être pas nécessaires ou bien que cette approbation pourrait être donnée après la vente. Il a été suggéré d'ajouter à la recommandation 50 que la vente proposée à des proches soit examinée attentivement avant d'être autorisée. Il a également été proposé de modifier l'ordre des recommandations, de manière que la recommandation 50 soit placée soit avant, soit après les recommandations 48, 49 et 51.

139. De l'avis général, la note 5 relative à la recommandation 51 devrait être supprimée, car elle limitait inutilement les motifs pour lesquels un créancier garanti pourrait s'opposer à une vente, et il faudrait ajouter une nouvelle disposition à cette recommandation pour indiquer que si le produit de la vente excédait la valeur d'une créance garantie aucune mesure de protection n'était requise pour le créancier garanti. En ce qui concerne l'alinéa *b* de cette recommandation, des avis divergents ont été exprimés au sujet de la partie à laquelle le créancier devrait faire connaître son opposition, la proposition de modifier la phrase pour qu'elle devienne "s'opposer [en s'adressant au tribunal ou au représentant de l'insolvabilité en ce qui concerne]" ayant recueilli un certain soutien.

140. On a fait observer que quelques précisions étaient nécessaires en ce qui concerne la procédure d'évaluation du bien à vendre et qu'elles pourraient être incluses dans le commentaire. Il a été proposé d'ajouter une clause à la recommandation 51 pour indiquer que, même lorsque le tribunal approuvait une vente, si l'offre qui était faite pour le bien était insuffisante, le créancier garanti conservait le droit de neutraliser cette offre pour protéger ses intérêts.

D. Traitement des contrats (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.8)

Recommandations

141. Il a été convenu que les termes "et par qui" qui figuraient entre crochets au paragraphe *b* de la clause relative à l'objet des dispositions seraient conservés et que les crochets seraient supprimés.

142. La recommandation 52 a été jugé acceptable quant au fond.

143. Le Groupe de travail est convenu des modifications suivantes à apporter à la recommandation 53: le verbe "devrait" était préférable à "peut"; les termes "le droit de résilier le" devraient être remplacés par "la résiliation automatique du" pour ne pas donner l'impression que cette recommandation pourrait également faire référence au choix de résilier; le contenu des alinéas *c* et *d* devrait être transféré dans le commentaire. Il a également été convenu que le commentaire devrait noter que la recommandation 53 s'appliquait uniquement aux cas où les contrats pouvaient être annulés et que ses dispositions étaient non exclusives. Il a été proposé que le commentaire explique que le tribunal pouvait examiner des types similaires de clauses contractuelles qui auraient un effet résolutoire dans de tels cas.

144. Il a été noté que la recommandation 53, telle qu'elle était rédigée, s'appliquait à tous les types de contrats, mais que certains d'entre eux, tels que les contrats de prêt d'argent, devraient être exclus. Les modifications rédactionnelles suivantes ont été proposées: ajouter au début de la recommandation les mots "lors de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité"; supprimer les crochets entourant les mots "au représentant de l'insolvabilité" et ajouter les mots "et au débiteur"; et supprimer les mots "ou assimilant l'un des cas suivants à un défaut d'exécution".

145. Le Groupe de travail est convenu que la recommandation 54 était acceptable quant au fond si la question de l'effet sur l'autre partie contractante et des droits de cette autre partie était traitée dans les recommandations 53 et 56. Il s'agissait notamment de la notification de la décision du représentant de l'insolvabilité à la partie contractante et de

la faculté pour cette dernière de contester cette décision. On a également noté qu'il y avait des opinions divergentes en ce qui concerne la nécessité de l'approbation du tribunal dans de telles circonstances, qui pourraient être examinées dans le commentaire.

146. S'agissant de l'exception placée entre parenthèses dans la recommandation 55, il a été proposé de la supprimer étant donné que, dès lors qu'un contrat était poursuivi, toutes ses clauses devaient être exécutées. Considérant que le représentant de l'insolvabilité ne devait pas être responsable de l'inexécution d'une clause de résiliation automatique, il a été proposé de déplacer l'exception entre les mots "et" et "que les dommages-intérêts" pour la relier expressément aux dommages-intérêts plutôt qu'à l'exécution. Certaines préoccupations ont été exprimées quant à l'éventuelle responsabilité du représentant de l'insolvabilité pouvant résulter du membre de phrase "inexécution ultérieure du contrat par le représentant de l'insolvabilité" à l'avant-dernière ligne et, après un débat, il a été convenu de supprimer la référence au représentant de l'insolvabilité et de supprimer également l'exception. S'agissant de l'emploi des mots "est poursuivi", il a été proposé d'employer un terme différent, tel que "est adopté" ou "est repris" pour indiquer clairement que des dommages-intérêts ne seraient pertinents que pour les contrats que le représentant de l'insolvabilité aurait expressément décidé de poursuivre. On s'est inquiété du sort des contrats dont le représentant n'était pas informé et qui n'étaient pas visés dans la recommandation. Il a été dit en particulier que l'inaction du représentant de l'insolvabilité à l'égard de tels contrats ne devait pas être considérée comme une décision d'en poursuivre l'exécution.

147. Les propositions de remaniement de la recommandation 56 ont été les suivantes: l'expression "au moment de l'ouverture de la procédure" devrait être remplacée par "avant l'ouverture de la procédure"; à l'alinéa *a*, il faudrait viser la capacité "de la masse de l'insolvabilité"; la notion de poursuite du contrat devrait être remplacée par celle de poursuite de l'exécution, tant dans la recommandation 56 que dans l'ensemble du *Guide;* dans tout le *Guide* également, il faudrait constamment employer le verbe "décider" ou une formule différente permettant de viser les contrats dont le représentant de l'insolvabilité a expressément décidé de poursuivre l'exécution; et à l'alinéa *b* de la recommandation 56, il conviendrait de conserver le mot "détiendra".

148. Il a été convenu que, la formule "puisse être remédié", à l'alinéa *a* de la recommandation 56, étant trop large et pouvant faire l'objet d'abus, il convenait de la supprimer. Il a été toutefois noté qu'une obligation de remédier au manquement ne devait pas être absolue et qu'il fallait ajouter le mot "substantiellement" après "retrouve". À une question concernant l'emploi de l'expression "assurances appropriées", il a été répondu que ce qui était visé était une garantie d'exécution de la part du représentant de l'insolvabilité. Il a été convenu qu'il pouvait être nécessaire de viser les contrats, quelle qu'en soit la forme, relatifs à la fourniture de services essentiels comme l'eau et l'électricité, mais que le libellé entre crochets à l'alinéa *b* n'était pas satisfaisant. L'accès à ces services doit être assuré au débiteur, en particulier en cas de demande involontaire d'ouverture de la procédure et, étant donné qu'il doit pouvoir exécuter ses obligations postérieures à l'ouverture, ces services doivent continuer à lui être fournis. Il a été proposé que quelques exemples des types de contrats envisagés soient ajoutés dans le commentaire.

149. S'agissant du rejet, il a été observé que, dans certains systèmes juridiques, la possibilité de rejeter des contrats n'était pas prévue, l'exécution d'un contrat cessant purement et simplement sauf si ce contrat était repris par le représentant de l'insolvabilité. Pour tenir compte de ce fait, il a été proposé d'examiner une telle éventualité dans le commentaire et de remplacer le verbe "devrait" par "peut" au début de la recommandation 57. Après un débat, le contenu de la recommandation a été jugé acceptable sous réserve de la modification proposée.

150. Le contenu des recommandations 58 et 59 telles que libellées a été jugé acceptable. Le contenu de la recommandation 60 a été jugé acceptable sous réserve que l'on supprime les crochets et que l'on conserve les deux textes.

151. Des craintes ayant été exprimées à propos de l'éventuel effet rétroactif résultant de la détermination du moment auquel le rejet prend effet selon la recommandation 61, il a été répondu que le fait que ce moment doive être fixé par la législation sur l'insolvabilité devait permettre de surmonter ce problème. Toute question relative à l'opportunité éventuelle d'un effet rétroactif devait être traitée dans le *Guide*.

152. S'agissant de la recommandation 62, il a été notamment proposé d'ajouter le mot "expressément" avant "décider" et de supprimer les parenthèses; de remplacer le verbe "peut" par "devrait" dans la première et dans la deuxième phrase; et de remplacer le mot "délai" par "période". S'agissant du texte entre parenthèses, il a été dit que la législation sur l'insolvabilité devrait dans ce cas fixer des délais spécifiques dans lesquels une décision devait être prise. À propos de la deuxième phrase de la recommandation 62, il a été proposé que les conséquences d'une absence de décision du représentant de l'insolvabilité soient examinées dans le commentaire. Il a été dit par exemple que le contrat lui serait inopposable et il a été proposé que toute disposition susceptible d'être ajoutée quant aux conséquences d'une absence de décision tienne compte des différences éventuelles entre liquidation et redressement. L'idée a été exprimée, et appuyée, que le paragraphe 140 du commentaire traitait peut-être de manière adéquate de cette question. Selon une autre proposition, une référence à la fourniture d'une liste de contrats pourrait être ajoutée à l'alinéa *d* de la recommandation 92.

153. Le Groupe de travail est convenu qu'il fallait conserver les mots entre crochets au début de la recommandation 63, en supprimant les crochets, et employer en outre une formule du type "prendre une décision rapide". Il a été dit, et cette proposition a été appuyée, qu'une demande tendant à ce que le représentant de l'insolvabilité prenne une décision ne devait jamais être subordonnée à l'éventualité d'un préjudice et qu'il convenait de supprimer les mots "concernant un contrat". Afin d'envisager ce qui pourrait se passer si le représentant de l'insolvabilité ne prenait pas de décision, il a été proposé de remanier le texte ainsi: "la

législation sur l'insolvabilité devrait autoriser un cocontractant à demander au représentant de l'insolvabilité, ou au tribunal en cas d'inaction de celui-ci, que le représentant de l'insolvabilité prenne une décision rapide". Cela permettrait au cocontractant, en cas d'inaction du représentant de l'insolvabilité, de demander au tribunal d'enjoindre à celui-ci de prendre une décision.

154. Après un débat, il a été convenu que la recommandation 64 n'était pas nécessaire et qu'elle pouvait être supprimée, tout comme le premier membre de phrase de la recommandation 65 jusqu'à la virgule, et qu'il convenait de conserver dans cette recommandation les mots "pourrait prévoir". Il a été également convenu que l'alinéa *c* de la recommandation 66 relevait plutôt de la recommandation 65 en tant que condition préalable de la cession. À l'alinéa *a* de la recommandation 66, il a été proposé d'ajouter l'expression "postérieures à l'ouverture de la procédure" après "contractuelles" pour rendre le libellé plus clair. Il a été convenu qu'il fallait conserver les mots placés entre crochets à l'alinéa *c* et compléter le libellé pour qu'il se lise "soit nécessaire ou bénéfique pour la masse", ce qui couvrirait tant le redressement que la liquidation. Le reste de la phrase pourrait alors être supprimé. Une proposition tendant à ajouter une phrase à la recommandation 66 du type: "La législation sur l'insolvabilité peut en outre prévoir qu'en cas de cession du contrat le cessionnaire est substitué au débiteur en tant que partie contractante dès la date de la cession" a reçu un certain appui. S'agissant du libellé relatif à un préjudice, ou un désavantage, déraisonnable, il a été décidé après un débat qu'il convenait de maintenir les deux variantes en tant qu'alternatives possibles. En réponse à une question concernant la nécessité de remédier aux manquements avant la cession d'un contrat, il a été convenu que cette question devrait être traitée dans le commentaire.

155. Certaines préoccupations ont été exprimées quant à l'objet de la recommandation 67 et aux contrats qu'il faudrait y inclure. Il a été généralement convenu que les contrats de travail devraient être visés compte tenu des régimes internationaux applicables. À l'issue d'un débat, le Groupe de travail est convenu de la nécessité d'une disposition générale portant sur le traitement spécial de certains types de contrats, avec l'addition de quelques exemples, tels que des contrats de travail.

156. Le Groupe de travail est convenu de supprimer, dans la recommandation 68, la référence au "cours normal des activités". Il a été suggéré d'ajouter un renvoi concernant les contrats postérieurs à l'ouverture de la procédure susceptibles d'être annulés ou non autorisés.

E. Procédure d'annulation (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9)

Recommandations

157. Pour ce qui est de la clause relative à l'objet des dispositions, le Groupe de travail est convenu d'employer les mots "reconstituer" et "équitable" aux alinéas *a* et *b*, de maintenir tous les mots entre crochets et de remplacer "ou" par "et".

158. S'agissant de la recommandation 69, le Groupe de travail est convenu de remplacer "valeur nette" par "valeur de la masse de l'insolvabilité" et de retenir le mot "équitable" plutôt que le mot "juste". Les mots entre crochets "[ou les opérations non agréées, ayant pris naissance après [la demande d'ouverture] l'ouverture de la procédure]" devraient être modifiés à la lumière du libellé adopté dans la clause relative à l'objet des dispositions.

159. Le Groupe de travail a examiné un certain nombre d'aspects liés aux critères évoqués dans la recommandation 70 applicables pour l'annulation des opérations et est convenu, en ce qui concerne l'alinéa *a*, de supprimer les mots "par exemple en transférant des biens à un tiers" et de retenir le texte souligné. Pour ce qui est de la question de la connaissance de l'intention par un tiers, la majorité s'est prononcée en faveur de la modification suivante "lorsque le tiers connaissait ou aurait dû connaître" l'intention du débiteur. Les moyens de défense dont dispose le tiers devraient être traités plus avant dans le contexte des recommandations 79 et 80 sur les questions de preuve. Pour répondre à une autre suggestion selon laquelle les catégories d'opérations mentionnées à l'alinéa *a* pourraient être susceptibles d'annulation lorsque le débiteur était insolvable, auquel cas l'exigence de connaissance par le tiers porterait sur le fait de l'insolvabilité, on pourrait inclure dans le *Guide* une analyse plus poussée. Il a été en outre convenu que dans les alinéas *b* et *c*, il faudrait retenir le mot "insolvable" et supprimer "avait cessé ses paiements", le mot insolvable devant être défini compte tenu du débat antérieur du Groupe de travail au sujet des critères d'ouverture de la procédure et précisé à la fois dans le commentaire et dans le glossaire.

160. Le Groupe de travail est convenu que la recommandation 71 contenait deux idées qui devraient être retenues dans le *Guide*: i) lorsqu'une sûreté était valable ou efficace et réalisable en vertu d'une législation autre que la législation sur l'insolvabilité, cette dernière devrait reconnaître ces caractéristiques; et ii) même si une sûreté pouvait être valable ou avoir effet et force exécutoire en vertu d'une autre législation, elle pouvait rester soumise aux dispositions de la législation sur l'insolvabilité ayant trait à l'annulation. Le Groupe de travail n'a pas décidé de la place du premier principe dans le *Guide*. Pour ce qui est du second principe, l'idée d'incorporer le contenu de la note 3 dans la recommandation 69 pour mieux expliquer l'objet de cette recommandation a bénéficié d'un appui.

161. Plusieurs changements ont été proposés concernant la recommandation 72. On a fait valoir que l'alinéa *a* n'était pas nécessaire et qu'il fallait le supprimer. En réponse à une suggestion visant à remplacer "peut" par "devrait" à l'alinéa *b*, l'avis a été exprimé que, du fait qu'aucune période particulière n'était recommandée, il était difficile de voir comment ou pourquoi la période devrait être plus longue pour les personnes ayant des liens privilégiés avec les débiteurs, si la période suspecte applicable dans le cas où aucune personne ayant des liens avec le débiteur n'était mise en cause était déjà longue, et qu'il fallait retenir le mot "peut". Il a été proposé que l'alinéa *c* soit scindé en deux alinéas, l'un traitant de la question des présomptions et l'autre du renversement de la charge de la preuve nécessaire pour aider à éviter les opérations

préjudiciables à la masse de l'insolvabilité. Il a été noté que du fait que le terme "personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur" pouvait se rapporter à diverses personnes, physiques ou morales, il devrait être défini dans le glossaire.

162. Le contenu des recommandations 73 et 74 a été jugé acceptable.

163. S'agissant de la recommandation 75, le Groupe de travail est convenu que la période suspecte devrait être "calculée rétrospectivement à partir de" la date de la demande d'ouverture ou bien la date de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, les deux options devant être retenues dans la recommandation et expliquées plus avant dans le commentaire.

164. Diverses opinions ont été exprimées quant à savoir s'il était souhaitable que les créanciers puissent engager des actions en annulation et si cette faculté devrait s'ajouter ou se substituer à celle du représentant de l'insolvabilité et si l'accord du tribunal serait nécessaire. Selon un avis, les créanciers ne pouvaient engager une action en annulation que dans les cas où le représentant de l'insolvabilité décidait de ne pas le faire ou bien il était d'accord pour que les créanciers le fassent. La nécessité de respecter le rôle central et les responsabilités du représentant de l'insolvabilité dans l'administration de la masse a été indiquée à l'appui de ce point de vue. En tout état de cause, on a fait observer que la législation sur l'insolvabilité devrait souligner que l'objet des actions en annulation était de restituer de la valeur ou des biens à la masse et non de procurer un avantage à une autre partie. Dans une approche différente, il a été noté que certaines législations sur l'insolvabilité prévoyaient que l'accord des créanciers ou de la majorité des créanciers était nécessaire pour que le représentant de l'insolvabilité engage une action en annulation. Les créanciers qui n'étaient pas d'accord pour que le représentant de l'insolvabilité engage une telle action pouvaient le faire eux-mêmes à leurs risques et périls.

165. Selon un autre point de vue, lorsque les créanciers étaient autorisés à engager une action en annulation, ce pouvoir devait être soumis à l'approbation du tribunal, encore que l'on ait aussi indiqué que, dans certains pays, il pourrait être problématique de demander l'approbation du tribunal pour engager une telle action; lorsqu'il pourrait y avoir un problème si les créanciers étaient libres d'engager des actions en annulation, des sanctions pourraient être imposées au créancier concerné ou bien ce dernier pourrait être tenu de verser les frais de l'action. Il a été également avancé que l'accord du tribunal ne devrait pas être exigé automatiquement, mais que le pouvoir des créanciers d'engager une telle action devrait dépendre en premier lieu de l'approbation du représentant de l'insolvabilité. Si ce dernier ne donnait pas son accord, les créanciers pourraient alors demander l'approbation du tribunal et le représentant de l'insolvabilité aurait le droit d'être entendu quant à la raison pour laquelle l'action en annulation ne devrait pas être poursuivie. Il a été noté que cette méthode était souhaitable aussi pour prévenir d'éventuels marchés entre les diverses parties. À l'issue d'un débat, l'avis qui a prévalu a été que les créanciers pouvaient avoir le pouvoir de poursuivre des actions en annulation, mais qu'ils devaient d'abord consulter le représentant de l'insolvabilité, et lorsque ce dernier n'était pas d'accord, les créanciers pouvaient chercher à obtenir l'approbation du tribunal (qui pourrait autoriser l'ouverture de l'action ou juger l'affaire sur le fond).

B. Document de travail présenté au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-septième session: Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité: note du secrétariat

(A/CN.9/WG.V/WP.63 et Add. 3 à 15) [Original: anglais]

REMARQUES GÉNÉRALES

1. 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 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. Toujours dans cette proposition, 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. 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. Il avait été 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 sur les travaux qu'il serait possible d'entreprendre, proposition qui devait lui être soumise à sa trente-troisième session. Le Groupe de travail a tenu cette session exploratoire 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 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, dans lequel 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[1].

5. 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 (FMI), la Banque asiatique de développement (BAsD), l'Association internationale des praticiens 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'IBA, 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 avait été saisie du rapport du Colloque (A/CN.9/495).

7. La Commission avait pris note du rapport avec satisfaction et s'était 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 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. Elle avait confirmé que ce mandat devait être interprété de manière large pour permettre au Groupe de fournir 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 fournir les lignes directrices requises, la Commission avait estimé que le Groupe de travail devrait toujours veiller à être aussi précis que possible dans ses travaux, et qu'à cette fin il devrait autant que possible élaborer des dispositions législatives types, même si celles-ci ne portaient que sur certaines des questions devant être traitées dans le *Guide*[2].

8. À sa vingt-quatrième session, qui s'est tenue à New York du 23 juillet au 3 août 2001, le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité avait commencé à examiner le premier 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. Les travaux se sont poursuivis aux vingt-cinquième et vingt-sixième sessions du Groupe de travail, tenues respectivement à Vienne du 3 au 14 décembre 2001 et à New York du 13 au 17 mai 2002. Les rapports de ces réunions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/507 et A/CN.9/511, respectivement.

9. À sa trente-cinquième session en 2002, la Commission était saisie des rapports des vingt-quatrième, vingt-cinquième et vingt-sixième sessions du Groupe de travail. Elle a noté que ce dernier, 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 faire une recommandation à la Commission après sa vingt-septième session (Vienne 9-13 décembre 2002), au cours de laquelle il aurait l'occasion de revoir un nouveau projet du guide législatif. La Commission a prié le Groupe de continuer d'élaborer le *Guide législatif* et de faire le point en ce qui concerne l'achèvement de ses travaux à sa vingt-septième session[3].

10. La présente note et les additifs qui l'accompagnent ont trait au projet de guide législatif révisé sur le droit de l'insolvabilité. Les documents A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 à 15 seront disponibles pour examen à la vingt-septième session du Groupe de travail; les documents A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1, 2, 16 et 17 seront disponibles pour examen à la vingt-huitième session du Groupe de travail (24-28 février 2003, New York). Le document A/CN.9/WG.V/WP.64 a pour objet de faciliter les délibérations des Groupes de travail V et VI lors de leur session conjointe le 16 décembre 2002; il renferme les paragraphes et recommandations du projet de guide sur le droit de l'insolvabilité qui ont trait au traitement des créanciers garantis dans le cadre de l'insolvabilité.

11. Les chapitres du projet de guide sont publiés dans les additifs suivants:

Première partie

Add.1 Glossaire et préambule (Principaux objectifs)

Deuxième partie

Chapitre I. Introduction aux procédures d'insolvabilité

Add.2 A (Caractéristiques générales du régime de l'insolvabilité)

B (Types de procédures d'insolvabilité)

C (Structure du régime de l'insolvabilité)

Chapitre II. Demande d'ouverture et ouverture

Add.3 A (Admissibilité et compétence)

Add.4 B (Critères applicables)

Chapitre III. Régime applicable aux biens à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

Add.5 A (Biens visés)

Add.6 B (Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité)

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément nº 17*, A/55/17, par. 400 à 409.

[2] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément nº 17*, A/56/17, par. 296 à 308.

[3] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément nº 17*, A/57/17, par. 194.

Add.7 C (Utilisation et disposition des biens)
Add.8 D (Traitement des contrats)
Add.9 E (Procédure d'annulation)
F (Compensation, compensation globale et contrats financiers)

Chapitre IV. Participants et institutions

Add.10 A (Débiteur)
B (Représentant de l'insolvabilité)
Add.11 C (Créanciers)
D (Institutions)

Chapitre V. Redressement

Add.12 A (Redressement)
B (Procédure de redressement accélérée)

Chapitre VI. Administration de la procédure

Add.13 A (Créances des créanciers)
Add.14 B (Financement postérieur à l'ouverture de la procédure)
C (Priorités et répartition)
Add.16 D (Protection des créanciers et des débiteurs)
E (Jonction des procédures) [nouvelles sections]

Chapitre VII. Règlement de la procédure

Add.15 A (Remise de dette)
B (Conclusion de la procédure)
Add.17 Choix de la loi [nouvelle section]

12. Les commentaires et recommandations figurant dans ces additifs ont été révisés à l'issue des débats précédemment tenus par le Groupe de travail. Les numéros de paragraphes entre crochets sont ceux des paragraphes de la précédente version du *Guide* publiée sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.58. Les numéros de recommandations entre crochets sont ceux des recommandations qui avaient été publiées sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.61 et A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1. Les ajouts aux recommandations sont indiqués par un texte souligné et les suppressions par un texte barré. La version du glossaire, du préambule et de la première partie du projet de guide dont sera saisi le Groupe de travail est publiée sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.57.

Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

Note du secrétariat

(A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

[*L'introduction et la première partie du projet de guide sont publiées sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63; le chapitre premier de la deuxième partie sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 et Add.2; la section B du chapitre II sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.4; et les chapitres III à VII dans les additifs suivants*]

	Paragraphes	*Pages*
Deuxième partie (suite)		
II. DEMANDE D'OUVERTURE ET OUVERTURE	1-13	196
A. Admissibilité et compétence	1-13	196
1. Admissibilité: débiteurs auxquels doit s'appliquer une législation sur l'insolvabilité	1-6	196
2. Compétence	7-13	198
Recommandations	(11)-(16)	199

Les numéros de paragraphe entre crochets sont ceux des paragraphes de la précédente version du Guide *publiée sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.58.*

Les numéros de recommandation entre crochets sont ceux des recommandations qui avaient été publiées sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.61 et A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1. Dans le présent document, les ajouts aux recommandations sont indiqués par un texte souligné et les suppressions par un texte barré.

Deuxième partie *(suite)*

II. DEMANDE D'OUVERTURE ET OUVERTURE

A. Admissibilité et compétence

1. Admissibilité: débiteurs auxquels doit s'appliquer une législation sur l'insolvabilité

1. Avant d'élaborer une législation générale sur l'insolvabilité des commerçants, il importe de déterminer et de définir clairement ceux auxquels elle s'appliquera, en sachant que ceux qui en seront exclus ne bénéficieront pas des protections qu'elle offre mais ne seront pas non plus soumis à la discipline qu'elle impose. D'où l'intérêt de concevoir une législation prévoyant peu d'exceptions. Deux questions se posent pour l'élaboration des dispositions qui énonceront les catégories de débiteurs pouvant faire l'objet d'une procédure de liquidation ou de redressement ainsi que les débiteurs devant être exclus du champ d'application de la législation. Il faut d'une part déterminer si cette législation devra établir une distinction entre les

personnes physiques et les entités prenant la forme d'entreprises ou de sociétés avec responsabilité limitée des associés, car pour chacune de ces catégories l'insolvabilité est associée non seulement à des considérations de politique générale mais aussi à des comportements sociaux et autres différents. Il faut d'autre part déterminer quelles catégories de débiteurs (qu'il s'agisse d'entités ou de personnes physiques) devront éventuellement être exclues.

2. Les pays adoptent différentes approches quant au champ d'application de leur législation sur l'insolvabilité. Certains choisissent d'appliquer la même législation à l'ensemble des débiteurs, à certaines exceptions près, telles que celles examinées ci-dessous. D'autres distinguent entre personnes physiques et personnes morales et prévoient une législation différente pour chaque catégorie. D'autres encore font une distinction entre entités et personnes physiques selon qu'elles ont une activité de commerce ou de consommation. Parmi ces derniers, certains ont une législation sur l'insolvabilité des "commerçants", définis comme des personnes exerçant une activité commerciale à titre professionnel ou des sociétés constituées conformément à la législation commerciale et d'autres entités exerçant régulièrement une activité commerciale. Enfin, des pays prévoient aussi dans leur législation des procédures différentes selon le montant des dettes et plusieurs ont élaboré des régimes d'insolvabilité spéciaux pour différents secteurs économiques, en particulier l'agriculture.

a) *Personnes physiques exerçant une activité commerciale*

3. [1] Les politiques concernant l'endettement et l'insolvabilité des particuliers dénotent souvent des comportements culturels qui ne jouent pas autant lorsqu'il s'agit de commerçants. On peut citer, par exemple, la façon dont l'endettement personnel est perçu; la possibilité de bénéficier d'une aide en cas de surendettement; les effets sur le statut social des particuliers faillis; la nécessité de conseiller et d'éduquer les particuliers endettés; et le fait de leur accorder l'effacement des dettes pour permettre un nouveau départ. En revanche, les politiques applicables à l'insolvabilité des commerçants se limitent généralement à des considérations économiques et commerciales, telles que l'importance du rôle joué par l'entreprise dans l'économie; le besoin de préserver et d'encourager l'activité commerciale et entrepreneuriale; et la nécessité de favoriser l'offre de crédits et de protéger ceux qui les octroient.

4. [2] La principale question à régler a donc trait à l'inclusion des personnes physiques exerçant une activité commerciale (y compris, par exemple, les sociétés en participation et les entreprises individuelles) dans le champ d'application d'une législation sur l'insolvabilité commerciale. Les intérêts des commerçants diffèrent de ceux des consommateurs, du moins en ce qui concerne certains aspects de leur endettement. Cependant, il est souvent difficile de distinguer entre endettement privé et endettement commercial d'une personne physique pour déterminer le régime à appliquer à celle-ci en cas d'insolvabilité. On peut se fonder sur différents critères pour faciliter la distinction, par exemple sur la nature de l'activité exercée, le montant des dettes et le lien entre ces derniers et l'activité commerciale. Certains éléments dénotent une activité commerciale, comme l'immatriculation en tant que commerçant ou une autre forme d'entité commerciale; "l'incorporation" conformément à la législation commerciale; la nature des activités habituelles; les informations concernant le chiffre d'affaires ainsi que l'actif et le passif et [...]. De nombreux pays appliquent leur législation sur l'insolvabilité commerciale aux personnes physiques exerçant une activité commerciale. L'expérience d'autres pays montre que, si les activités commerciales des personnes physiques font partie intégrante de l'activité commerciale générale, il est souvent préférable de les soumettre au régime de l'insolvabilité personnelle car, en définitive, le dirigeant d'une entreprise individuelle exercera son activité sans aucune limitation de responsabilité et demeurera personnellement et indéfiniment tenu des dettes de son entreprise. Dans ces cas se posent également de délicates questions concernant l'extinction des dettes (effacement de tout ou partie de certaines dettes après la clôture de la procédure), notamment celle du délai d'attente exigé pour la libération du débiteur et celle des obligations pouvant ou non être éteintes. Les dettes inextinguibles sont généralement liées à des problèmes personnels, tels que des règlements dans des procédures de divorce ou des obligations d'entretien vis-à-vis d'enfants. En outre, le fait de soumettre les personnes physiques au régime d'insolvabilité commerciale risque, dans certains pays, d'en gêner l'application en raison de la façon dont la société perçoit leur insolvabilité, qu'elle ait ou non un rapport avec une activité commerciale. Il est donc souhaitable de tenir compte de ces différents points pour l'élaboration d'une législation traitant de l'insolvabilité commerciale. En conséquence, le présent *Guide* se concentre sur la conduite d'activités commerciales, quel que soit le cadre choisi à cette fin, et indique les cas dans lesquels des dispositions supplémentaires ou différentes seront nécessaires si la législation sur l'insolvabilité doit s'appliquer aux personnes physiques.

b) *Entreprises publiques*

5. [3] Une législation générale sur l'insolvabilité peut s'appliquer à toutes les catégories d'entités, de droit privé et de droit public, exerçant une activité commerciale, 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 du champ d'application de la législation sur l'insolvabilité, bien qu'un certain nombre de pays adoptent effectivement cette approche. Lorsque l'État joue différents rôles à l'égard de l'entreprise, non seulement en tant que propriétaire mais également en tant que prêteur et principal créancier, les incitations normales ne joueront pas, les solutions de compromis seront sans doute difficiles à trouver et la probabilité d'un conflit d'intérêts est très forte. L'application du régime d'insolvabilité à ces entreprises a donc l'avantage de les soumettre à la discipline de ce régime, de montrer clairement que le soutien financier de l'État ne sera pas illimité et de contribuer à réduire les conflits d'intérêts au minimum. Des exceptions à la règle générale sont parfois nécessaires lorsque l'État a adopté une politique visant à

garantir explicitement les engagements de ces entreprises et lorsque le traitement des entreprises publiques s'inscrit dans le cadre d'un changement de politique macroéconomique, par exemple l'instauration d'un vaste programme de privatisation. Dans ces cas, une législation indépendante régissant les questions pertinentes, y compris l'insolvabilité, peut se justifier. Le *Guide* n'aborde pas les questions se rapportant spécifiquement à ce type de législation.

c) *Entités exigeant un traitement particulier*

6. [4] Bien qu'il puisse être souhaitable d'étendre la protection et la discipline d'une législation sur l'insolvabilité au plus grand nombre possible d'entités, un traitement distinct peut être accordé à certaines d'entre elles ayant un caractère spécialisé, comme les banques et les compagnies d'assurance, les entreprises de services publics et les sociétés de courtage en valeurs mobilières ou en produits de base. Ces catégories d'entités font très fréquemment l'objet, dans les lois sur l'insolvabilité, d'exceptions qui se justifient généralement par la réglementation détaillée à laquelle elles sont souvent soumises en temps normal et qui contient en principe des dispositions concernant leur insolvabilité. Le *Guide* n'examine pas expressément les considérations particulières associées à l'insolvabilité de ces entités ni à celle des consommateurs.

2. Compétence

7. [5] Le débiteur doit non seulement avoir les attributs d'un commerçant mais aussi un lien suffisant avec l'État pour être soumis à sa législation sur l'insolvabilité. La plupart du temps, le problème de l'applicabilité de sa législation ne se posera pas car le débiteur sera un national ou un résident de l'État et y exercera son activité commerciale par le biais d'une entité immatriculée ou incorporée sur son territoire. Mais lorsque le lien entre le débiteur et l'État doit être établi, les législations sur l'insolvabilité prévoient différents critères, dont la présence, sur le territoire, du centre des intérêts principaux d'un établissement ou de biens du débiteur.

a) *Centre des intérêts principaux*

8. [6] Bien que certaines législations sur l'insolvabilité appliquent des critères tels que l'établissement principal, la CNUDCI a adopté, dans sa Loi type sur l'insolvabilité internationale (ci-après appelée la "Loi type de la CNUDCI"), celui de "centre des intérêts principaux" du débiteur pour déterminer où doit avoir lieu la "procédure principale" pour ce débiteur. Même si la Loi type traite de l'insolvabilité internationale, ce critère vaut également pour l'insolvabilité nationale. Le terme est aussi employé dans la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international et dans le règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (ci-après appelé le "règlement de la CE"). La Loi type de la CNUDCI ne le définit pas; le Règlement de la CE (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 de la CE, 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 à la législation sur l'insolvabilité de ce dernier.

9. [7] Nonobstant l'adoption du critère du "centre des intérêts principaux", il peut arriver qu'un débiteur ayant des biens dans plus d'un État satisfasse aux conditions requises pour être soumis à la législation sur l'insolvabilité de plusieurs États, en raison des différents critères d'admissibilité ou des différentes interprétations du même critère, d'où la possibilité de procédures d'insolvabilité 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 (voir deuxième partie, chap. VIII)[1].

b) *Établissement*

10. [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 de la CE 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. Cette définition, tout comme celle du "centre des intérêts principaux", est importante pour la structure générale de la Loi type de la CNUDCI et pour le traitement des cas d'insolvabilité internationale car elle sert de critère pour la reconnaissance des procédures étrangères et l'application des mesures disponibles. Elle est donc utile pour un régime d'insolvabilité nationale et pour l'ouverture d'une procédure visant les biens d'un établissement du débiteur situé dans un État particulier. Dans de nombreux pays, les dirigeants d'un établissement insolvable seront personnellement responsables envers les créanciers à moins qu'ils n'engagent une procédure d'insolvabilité. L'établissement est donc un critère nécessaire pour permettre l'ouverture d'une procédure conformément à la législation de l'État sur l'insolvabilité.

11. [8] Le règlement de la CE dispose également qu'une procédure d'insolvabilité secondaire peut être ouverte dans un État où le débiteur a un établissement. En règle générale, cette procédure se limitera à la liquidation des biens du débiteur qui sont situés sur le territoire de cet État. Selon la nature de l'activité du débiteur et les biens concernés,

[1] Il a été proposé que la Loi type et son Guide pour l'incorporation dans le droit interne (revu compte tenu de l'évolution de la pratique en matière d'insolvabilité internationale depuis l'adoption de la Loi) soient insérés dans le présent *Guide* sous forme de chapitre supplémentaire.

l'établissement pourrait dans un nombre limité de cas servir de critère pour l'ouverture d'une procédure de redressement.

c) *Présence de biens*

12. [9] Certaines lois prévoient qu'une procédure d'insolvabilité peut être ouverte par ou contre un débiteur qui a ou avait des biens sur le territoire de l'État sans exiger que ce débiteur y ait un établissement ou le centre de ses intérêts principaux. La Loi type de la CNUDCI ne prévoit pas la reconnaissance des procédures étrangères ouvertes dans ce cas. Elle prévoit en revanche que, lorsqu'une procédure ouverte dans l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux a été reconnue par un autre État où le débiteur a des biens, une procédure locale peut être engagée dans ce dernier pour les biens en question[2].

13. [9] On peut sans doute faire une distinction entre une procédure de liquidation et une procédure de redressement ouverte dans un État où le débiteur a des biens; si la présence de biens peut être un motif approprié pour ouvrir une procédure de liquidation de certains biens situés dans un État, elle n'est peut-être pas suffisante pour justifier l'ouverture d'une procédure de redressement, en particulier lorsque la procédure entamée dans le centre des intérêts principaux du débiteur vise la liquidation. Même si un pays prévoit effectivement que la présence de biens est un motif suffisant pour ouvrir une procédure de redressement (applicable aux biens du débiteur où qu'ils se trouvent), une coordination sera nécessaire entre ce pays et d'autres États où le débiteur aura le centre de ses intérêts principaux et, éventuellement, des établissements. En tant que critère, la présence de biens risque en conséquence de poser des problèmes de conflit de juridictions, à savoir l'ouverture de procédures multiples, et des questions de coordination entre ces procédures et de coopération entre les États qui pourraient faire entrer en jeu la Loi type de la CNUDCI (voir deuxième partie, chap. VIII).

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant l'admissibilité et la compétence est de déterminer:

a) les catégories de débiteurs qui pourront être soumis à la législation [générale] sur l'insolvabilité;

b) les catégories de débiteurs qui pourront être exclus de la législation [générale] sur l'insolvabilité;

c) les débiteurs qui ont un lien suffisant avec un État pour être soumis à sa législation sur l'insolvabilité; et

d) les tribunaux compétents pour connaître des questions d'insolvabilité.

Contenu des dispositions législatives

Admissibilité

11) La législation sur l'insolvabilité devrait régir les procédures d'insolvabilité de tous les débiteurs, y compris les personnes physiques et les entreprises publiques, exerçant une activité commerciale.

12) Les exclusions du champ d'application de la législation [générale] sur l'insolvabilité devraient être limitées et clairement indiquées dans cette dernière[3].

Compétence

13) La législation sur l'insolvabilité devrait préciser quels débiteurs ont un lien suffisant avec un État pour être soumis à ses lois sur l'insolvabilité. Différentes approches peuvent être adoptées quant aux facteurs de rattachement à appliquer, mais les motifs pour lesquels un débiteur peut être soumis à la législation sur l'insolvabilité devraient être les suivants:

a) le centre de ses intérêts principaux est situé dans cet État; ou

b) il a un établissement dans cet État.

14) Aux fins de l'interprétation du terme "centre des intérêts principaux", la législation sur l'insolvabilité devrait disposer que, sauf preuve contraire, 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 celui d'une personne physique, dans l'État dans lequel celle-ci a sa résidence habituelle.

15) La législation sur l'insolvabilité devrait définir le terme "établissement" 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"[4].

16) [15)] La législation sur l'insolvabilité devrait indiquer clairement quel tribunal est compétent pour connaître de la procédure d'insolvabilité et des questions liées au déroulement de celle-ci.

[2]Loi type de la CNUDCI, art. 28.

[3]Il se peut que des entités étroitement réglementées comme les banques et les compagnies d'assurance nécessitent un traitement particulier qu'on pourrait leur accorder en les faisant relever d'un régime d'insolvabilité distinct ou de dispositions spéciales insérées dans la législation générale sur l'insolvabilité. Là où un régime spécial ou des dispositions spéciales ont été élaborés, ces entités peuvent être exclues du champ d'application des dispositions du régime général de l'insolvabilité.

[4]Loi type de la CNUDCI, art. 2 f.

A/CN.9/WG.V/WP.63.Add.4

TABLE DES MATIÈRES

[*L'introduction et la première partie du projet de guide sont publiées sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63; le chapitre premier de la deuxième partie sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 et Add.2; la section A du chapitre II sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3; et les chapitres III à VII dans les additifs suivants*]

		Paragraphes	*Pages*
Deuxième partie (suite)			
II.	DEMANDE D'OUVERTURE ET OUVERTURE	14-56	200
	B. Critères applicables	14-56	200
	1. Introduction	14-16	200
	2. Critères de demande	17-22	200
	3. Liquidation	23-33	202
	4. Redressement	34-40	203
	5. Questions procédurales	41-54	205
	6. Coût de la procédure d'insolvabilité	55-56	207
Recommandations		(17)-(26)	207

Les numéros de paragraphe entre crochets sont ceux des paragraphes de la précédente version du Guide *publiée sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.58.*

Les numéros de recommandation entre crochets sont ceux des recommandations qui avaient été publiées sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.61 et A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1. Dans le présent document, les ajouts aux recommandations sont indiqués par un texte souligné et les suppressions par un texte barré.

Deuxième partie *(suite)*

II. DEMANDE D'OUVERTURE ET OUVERTURE

B. Critères applicables

1. Introduction

14. [10] Il est essentiel, lorsque l'on élabore une législation sur l'insolvabilité, de définir des critères pour la demande d'ouverture et l'ouverture d'une procédure. Étant donné qu'ils servent de base pour la présentation d'une demande d'ouverture, ces critères permettent de déterminer à quelles entités peuvent s'appliquer les mécanismes de protection et de discipline de la procédure et qui — débiteur, créanciers ou autres parties — peut former une telle demande.

15. [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 (liquidation et redressement), 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 biens 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, par exemple la demande d'ouverture d'une procédure par un débiteur qui n'a pas de difficultés financières mais cherche à tirer parti des mesures de protection prévues par la loi, telles que l'arrêt automatique des poursuites, à retarder le remboursement de ses créanciers ou à y échapper ou encore l'utilisation de la procédure pour des créanciers concurrents du débiteur pour déstabiliser l'entreprise de ce dernier et ainsi prendre un avantage sur lui[1].

16. [12] Les critères spécifiques à remplir avant qu'une procédure d'insolvabilité puisse être ouverte varient selon les législations. Un certain nombre d'entre elles prévoient plusieurs critères différents et font une distinction entre liquidation et redressement, de même qu'entre les demandes présentées par un débiteur et celles présentées par les créanciers.

2. Critères de demande

a) *Critère de liquidités ou de flux de trésorerie*

17. [14] Un critère fréquemment retenu pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est celui de liquidités, de

[1]Ce point est examiné plus avant dans la partie consacrée au rejet de la demande d'ouverture et à l'abandon de la procédure.

flux de trésorerie ou de cessation générale des paiements, qui suppose que le débiteur ne paie plus ses créanciers et qu'il n'aura pas suffisamment de trésorerie pour honorer ses obligations à leur échéance dans le cours normal de ses activités. Ce critère vise à déclencher la procédure à un stade suffisamment précoce des difficultés financières du débiteur pour limiter autant que possible la dispersion de ses biens et éviter une course aux biens entre les créanciers qui provoquerait le démembrement de son entreprise 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 sont plus graves (lorsque son bilan fait apparaître un passif supérieur à l'actif; voir ci-dessous), ne fera que retarder l'inévitable et diminuer les sommes recouvrées.

18. [15] Un des inconvénients du critère de cessation générale des paiements est que l'incapacité de payer des dettes à leur échéance peut être simplement due à un problème passager de trésorerie ou de liquidités dans une entreprise par ailleurs viable. Dans le contexte concurrentiel actuel, où la recherche de compétitivité peut contraindre les intervenants du marché à accepter des bénéfices toujours plus bas, voire des pertes, la notion d'incapacité de paiement et la façon dont elle est incorporée dans la législation sur l'insolvabilité comme critère d'ouverture doivent sans doute être considérées avec prudence.

b) *Méthode comptable*

19. [17] Une solution autre que le critère de cessation générale des paiements serait celle de la méthode comptable, dans laquelle un excédent du passif sur l'actif est le signe de difficultés financières. Un inconvénient pratique avec cette méthode est que la situation financière réelle du débiteur peut être rarement établie par les autres parties si ce n'est lorsque le mal est fait et qu'il est souvent irréparable. Aussi les créanciers ne peuvent-ils pas y recourir aisément pour former leur demande. Cette méthode présente plusieurs autres inconvénients. Elle 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[2] des biens du débiteur ou lorsque les marchés ne sont pas suffisamment développés ou stables pour établir cette valeur — le même problème pouvant se poser avec les entreprises de services qui, selon cette méthode, peuvent paraître techniquement insolvables même si en fait elles sont viables. Elle peut également 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[3] 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. La méthode comptable conduit donc souvent à ouvrir une procédure une fois qu'un redressement n'est plus possible et prive le débiteur de la possibilité qu'il aurait de désintéresser collectivement ses créanciers s'il poursuivait son activité. Elle risque ainsi de compromettre l'objectif de maximisation de la valeur des biens. La méthode comptable 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.

c) *Définition du critère d'ouverture*

20. Les lois sur l'insolvabilité combinent de différentes manières le critère de cessation générale des paiements et la méthode comptable pour établir un critère d'ouverture. Certaines appliquent le critère de cessation générale des paiements pur et simple, à savoir l'incapacité du débiteur d'honorer ses obligations à leur échéance. D'autres y ajoutent d'autres exigences: par exemple que la cessation des paiements traduise des difficultés financières durables, que la solvabilité du débiteur soit menacée et qu'il soit juste et équitable de liquider son entreprise. D'autres encore exigent, outre la cessation des paiements, que le débiteur soit surendetté, à savoir, par exemple, qu'il ne puisse pas rembourser ses dettes à échéance du fait que son passif est supérieur à son actif.

i) Insolvabilité imminente (pénurie prévisible de liquidités)

21. Certaines lois qui ont retenu le critère de cessation des paiements prévoient également qu'un débiteur peut demander l'ouverture d'une procédure en cas d'insolvabilité imminente ou d'impossibilité prévisible de paiement, s'il prévoit qu'il ne sera pas en mesure d'honorer ses obligations futures à leur échéance. Il peut s'agir, dans certains cas, d'une impossibilité dans un futur proche mais également, parfois, dans un avenir bien plus lointain selon la nature de l'obligation à remplir. Cette impossibilité prévisible pourrait être établie à partir d'éléments concrets comme le fait pour le débiteur d'avoir à rembourser sur le long terme une obligation dont il sait qu'il ne pourra pas assurer le paiement ou d'être assigné dans une action collective en responsabilité civile tout en sachant qu'il n'aura pas gain de cause et qu'il ne sera pas en mesure de payer les dommages-intérêts demandés.

ii) Types de procédures pouvant être ouverts

22. [16] Un deuxième aspect du critère d'ouverture est le type de procédure susceptible d'être ouvert. Dans certaines lois, le critère d'ouverture retenu, qu'il s'agisse de la cessation générale des paiements ou de la méthode comptable, est le point de départ soit d'une procédure de liquidation, soit d'une procédure de redressement. Lorsque la procédure de liquidation est demandée par les créanciers, la législation sur l'insolvabilité peut autoriser le débiteur à demander la conversion de cette procédure en redressement. Dans d'autres lois privilégiant le redressement, ce type de procédure doit être obligatoirement ouvert mais peut être converti en liquidation si l'impossibilité de

[2]La juste valeur marchande désigne généralement la valeur que l'on peut raisonnablement espérer obtenir d'une vente aux conditions du marché, dans laquelle le vendeur n'est pas contraint de vendre ni l'acheteur d'acheter. En l'absence de vente effective, la valeur sera quelque peu spéculative car établie à partir de suppositions concernant les conditions de vente des biens en question. Pour réduire la spéculation, on a mis au point des techniques consistant à déterminer approximativement cette valeur par référence au montant tiré de la vente d'entreprises et de biens comparables ou à partir d'un multiple de la capacité bénéficiaire des entreprises. Lorsque les biens ne peuvent être facilement vendus, faute de marché ou en raison de la saturation du marché existant, cette valeur est difficile à déterminer.

[3]Valeur comptable — *à compléter*.

redresser l'entreprise du débiteur est établie. Dans d'autres lois encore, l'effet de la demande est neutre et le choix entre liquidation et redressement ne sera fait qu'après une période d'évaluation de la situation financière du débiteur.

3. Liquidation

a) *Parties pouvant présenter une demande*

23. [13] Les lois sur l'insolvabilité prévoient généralement qu'une procédure de liquidation peut être demandée par le débiteur (procédure souvent dite "volontaire"), par un ou plusieurs créanciers (procédure souvent dite "involontaire"), par une autorité publique ou encore de plein droit lorsque l'inexécution par le débiteur d'une obligation légale (telle que le maintien d'un certain montant d'actif) déclenche automatiquement une telle procédure (également dite "involontaire").

b) *Demande présentée par le débiteur*

24. [18] De nombreuses lois sur l'insolvabilité appliquent le critère de cessation générale des paiements à la demande de liquidation formée par le débiteur. Dans la pratique, un débiteur présentera généralement une demande en dernier recours, quand il n'est plus à même de payer ses dettes et, en l'absence d'opposition, le respect de ce critère ne sera pas strictement vérifié. C'est pourquoi certaines lois autorisent le débiteur à former une demande soit en cas de cessation du remboursement de ses dettes à leur échéance, soit sur simple déclaration de sa situation financière indiquant par exemple qu'il n'est pas en mesure ou n'a pas l'intention de rembourser ses dettes (dans le cas d'une personne morale, cette déclaration peut être faite par les administrateurs ou d'autres membres d'un organe directeur). Au moins une législation sur l'insolvabilité dispense le débiteur de présenter une déclaration de sa situation financière.

i) Imposition au débiteur de l'obligation de présenter une demande

25. [19] Lorsque c'est le débiteur qui demande l'ouverture d'une procédure, se pose la question de savoir s'il doit ou non être tenu de le faire à un stade déterminé de ses difficultés financières. Il n'y a pas d'accord unanime sur ce point. Certaines lois sur l'insolvabilité ou sur la gouvernance d'entreprise prévoient des dispositions obligeant, par exemple, le débiteur à présenter une demande dans un délai de deux semaines à 60 jours à compter du moment où il n'est plus en mesure de payer ses dettes à l'échéance ou après avoir constaté son surendettement à la lecture de son bilan. Certaines lois précisent comment établir la cessation des paiements — par exemple sur la base de documents bancaires montrant qu'un pourcentage donné du montant total des dettes reste impayé depuis un certain temps (deux mois par exemple). L'imposition d'une telle obligation peut permettre, dans le cas d'une liquidation, de protéger les intérêts des créanciers en empêchant que les biens du débiteur soient davantage dispersés et, dans le cas d'un redressement, d'accroître les chances de réussite en favorisant des mesures précoces. Elle peut être importante dans les pays qui ne peuvent compter sur un groupe actif de créanciers pour présenter une demande. L'expérience, dans certains pays, montre toutefois que l'imposition au débiteur de l'obligation de former une demande après un certain nombre de jours ou de semaines d'incapacité ou de cessation de paiement ne fait qu'inciter les débiteurs à former des demandes alors qu'ils ne sont pas vraiment insolvables (et donc qu'une liquidation ou un redressement ne sont pas véritablement nécessaires). Dans plusieurs pays, une telle contrainte a également alourdi la charge de travail des autorités chargées du traitement de l'insolvabilité alors qu'elles n'étaient peut-être pas suffisamment développées pour faire face à un nombre important de demandes.

26. [19] Elle peut aussi poser des problèmes pratiques difficiles à résoudre, à savoir quand et comment l'obligation doit s'appliquer, 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. En outre, une obligation de présenter une demande sera sans effet si elle n'est pas assortie de sanctions applicables (et appliquées) en cas d'inexécution. L'adoption de mesures incitatives — (telles que l'arrêt des poursuites pour protéger le débiteur contre des actions en recouvrement et autres; voir deuxième partie, chapitre III.B) — peut être un moyen plus efficace d'encourager les débiteurs à engager rapidement une procédure.

c) *Demande présentée par les créanciers*

27. [20] De nombreuses lois sur l'insolvabilité appliquent également le critère de cessation des paiements aux demandes de liquidation présentées par les créanciers mais exigent souvent aussi que la dette ne soit pas contestée. Quelques-unes prévoient que la dette doit être établie par une décision judiciaire. 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 échue dans un délai spécifié après présentation d'une demande écrite de paiement ou après échéance de ladite créance. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité prévoient des dispositions dans ce sens, le délai allant de 8 jours à 24 semaines dans les cas où une demande formelle est exigée. D'autres prévoient que la demande ne peut être déposée qu'à l'expiration d'un délai donné — par exemple trois mois — après l'engagement d'une action en recouvrement infructueuse.

28. [20] Les créanciers détenant des créances non échues ont eux aussi un intérêt légitime dans l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Mais un problème particulier peut se poser dans leur cas, par exemple lorsqu'ils ont des créances à long terme. En effet, si le critère retenu est l'échéance de la dette, ils ne pourront peut-être jamais prétendre à l'ouverture d'une telle procédure même s'il est évident que le débiteur ne pourra pas s'acquitter de son obligation le moment venu. Néanmoins, l'établissement d'un critère qui permettrait 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 législation 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.

29. [21] Outre la cessation des paiements, l'échéance de la dette et l'absence de contestation, certaines lois sur l'insolvabilité exigent aussi, par exemple, que la demande soit présentée par plusieurs créanciers (voire parfois par des créanciers chirographaires détenant des créances non contestées) et que ces derniers à la fois 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 lois enfin exigent (dans le cas d'une demande présentée par un créancier unique) que le débiteur fournisse 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.

30. [22] Si certaines lois exigent que la demande soit présentée par plusieurs créanciers, c'est souvent dans un souci 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 cette préoccupation avec la nécessité d'assurer un accès rapide et commode à la procédure. En outre, on peut régler le problème 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 du cours des monnaies qui peuvent rendre nécessaire une modification de la loi) ou en adoptant une solution comme celle qui est décrite au paragraphe précédent, 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 — non seulement pour les frais et dépenses supportés par celui-ci mais également pour la désorganisation de son entreprise —, lorsque la demande du créancier constitue un abus de procédure.

31. [23] Il se peut aussi que, dans des circonstances exceptionnelles, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité se justifie même si les créances ne sont pas échues, à savoir, par exemple, lorsqu'il est prouvé que le débiteur accorde un traitement préférentiel à certains créanciers ou lorsqu'il agit de manière frauduleuse en ce qui concerne sa situation financière. La législation sur les fraudes serait peut-être un cadre plus approprié que la législation sur l'insolvabilité pour régler certaines de ces situations lorsque l'insolvabilité du débiteur n'est pas établie.

d) *Demande présentée par une autorité publique*

32. [24] Une loi sur l'insolvabilité peut donner à un organisme public (normalement le ministère public ou l'équivalent) ou à une autre autorité de contrôle le pouvoir non exclusif d'engager une procédure de liquidation contre toute entité qui cesse ses paiements, auquel cas devraient généralement s'appliquer les mêmes critères d'ouverture que pour les demandes présentées par d'autres créanciers.

33. [24] Certains pays octroient aux autorités publiques ou autres un droit plus large d'engager une procédure d'insolvabilité, si celle-ci est jugée d'intérêt général. Dans ce 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. Un tel pouvoir de police ne se justifie que dans certaines circonstances donnant vraiment à penser que le débiteur est insolvable et il est évidemment souhaitable de l'exercer uniquement en dernier ressort, lorsque aucune mesure appropriée n'est prévue dans d'autres lois. Il se peut qu'un examen préliminaire des affaires du débiteur soit exigé avant l'ouverture d'une procédure ou que des mesures provisoires, telles que l'arrêt des poursuites et la nomination d'un représentant provisoire de l'insolvabilité, soient prises pour une certaine période à l'expiration de laquelle le tribunal doit se prononcer sur l'ouverture de la procédure. En règle générale, l'autorité publique serait seulement habilitée à engager une procédure de liquidation, bien que, dans des cas particuliers, elle puisse la convertir 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.

4. Redressement

a) *Demande présentée par le débiteur*

34. [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 optique, 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 le faire lorsque leur situation financière est telle qu'ils deviendront insolvables si rien n'est fait pour y remédier. Les lois sur l'insolvabilité traitent diversement les demandes de redressement présentées par les débiteurs. Certaines ne subordonnent pas l'ouverture de la procédure à un critère de fond. En d'autres termes, le débiteur peut présenter une demande quand il le souhaite à condition seulement de déposer une simple requête auprès du tribunal compétent. D'autres, y compris celles qui ont

une approche unitaire (voir deuxième partie, chapitre premier), disposent 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 (insolvabilité imminente ou pénurie prévisible de liquidités). Un certain nombre de lois sur le redressement exigent également la preuve que le débiteur a des chances réelles ou raisonnables de survie ou que son entreprise est économiquement viable.

35. [26] On peut penser 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, de renégocier sa dette ou encore 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 requises pour l'élaboration du plan de redressement, le contrôle que le débiteur exerce sur son entreprise une fois la procédure ouverte et les sanctions prévues en cas d'abus. Un moyen de se prémunir contre le risque d'abus de la part du débiteur pourrait être de prévoir des dispositions autorisant le tribunal compétent à rejeter la demande et rendant, dans ce cas, le débiteur responsable envers les créanciers des frais liés à la contestation de la demande et de tout préjudice causé par cette dernière.

b) *Demande présentée par les créanciers*

36. [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, un certain nombre de lois n'accordant cette possibilité qu'au débiteur. Puisqu'une telle procédure a notamment pour objectif de donner aux créanciers la possibilité d'accroître la valeur de leurs créances grâce à la poursuite de l'activité et au redressement de l'entité, 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 deuxième partie, chap. V). 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 ce raisonnement, il semble raisonnable de prévoir que les créanciers puissent présenter eux aussi une demande de procédure de redressement.

37. [28] Mais même lorsque les créanciers peuvent demander le redressement de l'entreprise débitrice, les approches diffèrent quant aux critères d'ouverture. Ainsi, certaines lois sur l'insolvabilité appliquent le même critère de pénurie prévisible de liquidités que pour les demandes de redressement émanant des débiteurs. Selon une autre approche, l'adoption d'un tel critère est difficile à justifier, car non seulement les créanciers auront du mal à prouver que l'entreprise y satisfait, 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. Pour résoudre ces difficultés, on pourrait exiger que, pour pouvoir engager une procédure, les créanciers démontrent, par exemple, que des liquidités seront disponibles pour financer la gestion de l'entreprise au jour le jour, que la valeur des biens sera suffisante pour son redressement et que le taux de recouvrement des créances sera probablement 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 législation 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, ce qui compromettrait la maximisation de la valeur des biens et les chances de succès du redressement.

38. [31] Certaines lois appliquent une variante du critère de cessation des paiements et exigent que la demande soit introduite par un nombre spécifié de créanciers ou par des créanciers détenant un montant total spécifié de créances échues, ou les deux. D'autres exigent que les créanciers, lorsqu'ils présentent leur demande, versent une caution ou une somme pour couvrir les frais d'ouverture de la procédure[4].

39. [29] La complexité ou la simplicité des critères d'ouverture est étroitement liée aux conséquences de l'ouverture et à la conduite de la procédure d'insolvabilité. Par exemple, dans les lois sur l'insolvabilité appliquant automatiquement un arrêt des poursuites lors de l'ouverture, l'aptitude de l'entreprise à poursuivre son activité et à être redressée avec succès peut être évaluée après l'ouverture (et, lorsque la loi le permet, la procédure peut être convertie en liquidation si le redressement est jugé inapproprié). Dans d'autres systèmes, cette évaluation 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.

40. [30] Pour les raisons susmentionnées, il serait peut-être indiqué d'appliquer le même critère d'ouverture aux demandes de liquidation et à celles de redressement présentées par les créanciers (à savoir la cessation générale des paiements). Ce critère semblerait convenir aussi bien dans les cas de dualité des procédures que de procédure unitaire (voir deuxième partie, chap. I.C), car l'application d'un critère différent ne dépend pas tant du type de procédure engagé que de l'auteur de la demande (débiteur ou créancier). Il y aurait exception dans les systèmes où

[4]Cette somme peut également servir à financer la rémunération du représentant de l'insolvabilité (voir chap. V.B ainsi que les développements sur le coût de la procédure d'insolvabilité, chap. II.B.7).

le redressement est privilégié et où tant le débiteur que les créanciers ne seraient autorisés 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.

5. Questions procédurales

a) *Ouverture de la procédure*

41. La législation sur l'insolvabilité devrait spécifier les modalités de dépôt d'une demande. De nombreuses lois sur l'insolvabilité exigent que la demande soit déposée auprès d'un tribunal déterminé. Il existe toutefois d'autres approches. Par exemple, une loi exige que le débiteur engage la procédure en déposant une déclaration auprès de l'organisme de réglementation des entreprises. Se pose dans ce cas la question de la participation du tribunal à la procédure d'insolvabilité, qui est examinée dans la première partie.

b) *Décision d'ouvrir une procédure d'insolvabilité*

42. [32] Une première question de procédure a trait aux modalités d'ouverture de la procédure d'insolvabilité une fois la demande déposée. 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 pour l'ouverture ont été remplies. Dans certains, cette décision peut également être prise par l'organisme 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 que ce qu'il faut faire pour parvenir à cette 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 à accroître la transparence et la prévisibilité. La question du coût peut revêtir une importance particulière dans le cas de l'insolvabilité de petites et moyennes entités commerciales.

43. [33] Dans les conditions à remplir pour l'ouverture d'une procédure, plusieurs lois sur l'insolvabilité font une distinction entre demandes volontaires et demandes involontaires. Selon certaines, une demande volontaire émanant d'un débiteur fait office de reconnaissance de l'insolvabilité et conduit 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. En revanche, 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 de déterminer si le type de procédure demandé est approprié en l'espèce. Si l'évaluation que doit effectuer le tribunal est complexe et si un certain laps de temps peut s'écouler entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure, il y a également un risque que de nouvelles dettes soient contractées entre-temps — du fait que le débiteur poursuit son activité et laisse les dettes commerciales s'accumuler pour préserver sa trésorerie — et que les biens soient dissipés par les créanciers. Lorsque cette approche est adoptée, un moyen de réduire la complexité potentielle de la tâche est, premièrement, d'exiger que l'évaluation soit faite après l'ouverture, le tribunal pouvant alors bénéficier de l'assistance du représentant de l'insolvabilité et d'autres experts et, deuxièmement, de prévoir la possibilité d'une conversion entre liquidation et redressement. En outre, la législation sur l'insolvabilité devra peut-être énoncer des règles claires concernant l'ordre de remboursement des créances nées pendant la période d'évaluation, le droit du débiteur de disposer de biens durant cette période et la possibilité d'annuler des opérations non autorisées effectuées à ce moment-là.

c) *Fixation d'un délai pour la décision d'ouverture*

44. [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. Certaines lois sur l'insolvabilité fixent des délais précis à compter du dépôt d'une demande dans lesquels doit être prise la décision d'ouverture. Elles font généralement une distinction entre demandes volontaires et demandes involontaires, la décision concernant les premières étant souvent prise plus rapidement. Des délais supplémentaires sont prévus pour les secondes afin que le débiteur puisse être notifié rapidement et ait la possibilité de répondre à la demande.

45. [34] Bien que la fixation de délais puisse apporter certitude et transparence tant au débiteur qu'aux créanciers, elle peut également comporter des inconvénients. Par exemple, il se peut qu'un délai imposé ne soit pas suffisamment souple pour prendre en considération les circonstances de l'espèce, qu'il soit fixé arbitrairement, sans tenir compte des ressources dont dispose l'organe de contrôle de la procédure d'insolvabilité ou de ses priorités locales (en particulier lorsque les procédures d'insolvabilité ne représentent qu'une partie de son travail), et qu'il soit difficile de le faire respecter par l'organe de décision et de prévoir les conséquences en cas de non-respect. Le délai entre le dépôt d'une demande et la décision d'ouverture doit aussi tenir compte du type de procédure demandé, des formalités à remplir pour présenter la demande et des conséquences de l'ouverture dans un régime particulier. Par exemple, des délais différents devront être prévus d'un régime à l'autre selon que la notification des parties intéressées et la collecte d'informations doivent être effectuées ou non avant l'ouverture. Pour ces raisons, il est souhaitable qu'une législation 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.

d) Rejet de la demande d'ouverture

46. [15] Les paragraphes qui précèdent indiquent un certain nombre de cas — comportant à la fois des demandes

volontaires et des demandes involontaires — où il est souhaitable que le tribunal ait le pouvoir de rejeter la demande d'ouverture, soit pour des questions d'abus de procédure soit pour des raisons techniques liées au respect des critères d'ouverture. Les principaux motifs de rejet sont les suivants: le débiteur ne satisfait pas aux critères d'ouverture; la dette fait l'objet d'une contestation légitime ou d'un droit à compensation d'un montant supérieur ou égal; le débiteur utilise la procédure d'insolvabilité pour temporiser et priver les créanciers du paiement rapide de l'intégralité de leurs créances ou pour être libéré d'obligations onéreuses, comme celles découlant des contrats de travail; 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. Se pose aussi la question connexe de la conversion de la demande ou de la procédure, par exemple, de liquidation en demande ou procédure de redressement (cette question est examinée aux chapitres I.C et V.A.14 de la deuxième partie). S'il est prouvé que le débiteur ou des créanciers ont abusé de la procédure, la législation sur l'insolvabilité peut prévoir des sanctions à leur encontre ou leur imposer l'obligation de payer des frais et éventuellement des dommages-intérêts à la partie lésée. Des mesures peuvent également être prévues dans d'autres lois.

e) *Notification d'ouverture*

47. [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.

i) Notification des créanciers

48. [36] Dans le cas d'une demande volontaire — autrement dit émanant d'un débiteur —, les créanciers et d'autres parties concernées ont un intérêt direct à recevoir notification de la procédure et à se voir donner 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, s'il y a notification, qu'il soit inutilement porté préjudice au débiteur en cas de rejet de la demande ou que les créanciers ne soient tentés de prendre des mesures de dernière minute pour recouvrer leur créances. Une solution possible serait de prévoir que les créanciers seront avisés de l'ouverture de la procédure.

ii) Notification du débiteur

49. [37] Dans le cas d'une demande involontaire ou d'une demande 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 situation financière (voir deuxième partie, chap. IV.A) [35]. Il peut toutefois y avoir des circonstances exceptionnelles dans lesquelles il peut être prévu, avec l'accord du tribunal, de ne pas notifier le débiteur parce que cela est impossible ou que la notification risque d'aller à l'encontre de l'objet d'une demande particulière. Ces circonstances peuvent notamment être lorsque le débiteur ou les dirigeants de l'entreprise débitrice ont disparu ou lorsqu'une notification risque d'inciter le débiteur à mettre ses biens hors de portée des créanciers ou du représentant de l'insolvabilité. Lorsque le tribunal décide de ne pas notifier la demande et entame la procédure, le débiteur devrait néanmoins être avisé aussi rapidement que possible de cette décision.

iii) Notification de parties autres que les créanciers

50. Il faudra peut-être aviser un certain nombre de parties autres que les créanciers de l'ouverture de la procédure, à savoir la poste (en particulier si le courrier destiné au débiteur doit être remis au représentant de l'insolvabilité), l'administration fiscale, les services de sécurité sociale et les organismes de réglementation des entreprises.

iv) Modalités et contenu de la notification

51. [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 à la fois 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. Par exemple, s'il est possible d'aviser directement les créanciers connus, la nécessité d'informer les créanciers non connus a conduit le législateur à exiger 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 l'article 14 de Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale). Il faut sans doute examiner si cette exigence sera toujours économiquement rationnelle. Les informations à faire figurer dans la notification peuvent être les suivantes: l'effet de l'ouverture de la procédure (en ce qui concerne tout particulièrement l'application de la suspension des poursuites, voir le chapitre III); quand, comment et où les créanciers doivent déclarer leurs créances; la procédure et toute formalité requise pour déclarer les créances; quels créanciers doivent déclarer leurs créances (la question étant de savoir si les créanciers garantis ont besoin de faire une telle déclaration — voir deuxième partie, chap. VI.A); les conséquences d'un défaut de déclaration; et des indications concernant les réunions de créanciers.

f) *Absence de biens*

52. [175] Nombre de débiteurs qui satisferaient aux critères d'ouverture ne font jamais l'objet d'une procédure de liquidation formelle parce que les créanciers s'aperçoivent qu'il n'y a pas de biens pour financer l'administration d'une telle procédure et parce que les débiteurs dans cette situation font rarement le nécessaire pour demander la

liquidation. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient le rejet de la demande d'ouverture si le tribunal constate l'absence de biens, tandis que d'autres prévoient un mécanisme de nomination et de rémunération d'un représentant de l'insolvabilité (voir deuxième partie, chap. IV.B). D'autres encore prévoient l'imposition de frais supplémentaires aux créanciers pour le financement de l'administration de la masse (voir le point 6 ci-après, Coût de la procédure).

53. La conception d'un mécanisme permettant d'administrer, dans le cadre d'une procédure formelle, des entreprises débitrices n'ayant apparemment aucun bien se justifie pour plusieurs raisons, notamment d'intérêt général. Lorsqu'elle ne prévoit pas d'enquête sur les sociétés insolvables dépourvues de biens, une législation sur l'insolvabilité ne contribue guère à la promotion d'une conduite commerciale équitable ni au respect des règles de bonne gouvernance des entités commerciales. Des biens peuvent être soustraits d'une société ou être transférés dans des sociétés ayant un lien avec celle-ci avant la liquidation sans que le débiteur ait à craindre une enquête ou l'application de mesures d'annulation ou d'autres dispositions législatives de nature civile ou pénale. Un mécanisme d'administration aidera à dissiper le sentiment d'impunité, peut permettre aux créanciers de recouvrer leurs créances lorsque des opérations antérieures sont susceptibles d'annulation et peut constituer un moyen d'enquêter sur le comportement des dirigeants de telles entreprises débitrices.

54. Les mécanismes permettant de continuer à administrer des entreprises débitrices dépourvues de biens peuvent prendre diverses formes telles que, comme indiqué ci-dessus, l'imposition de frais supplémentaires aux créanciers pour financer les dépenses d'administration; la création d'un service public ou l'utilisation d'un service existant pour l'administration des débiteurs insolvables; la constitution d'un fonds à partir duquel les frais pourront être financés; [176] la nomination d'un professionnel de l'insolvabilité choisi sur une liste ou par roulement, cela afin d'assurer une répartition équitable et ordonnée de toutes les affaires d'insolvabilité, qu'il y ait ou non absence de biens, auquel cas le représentant de l'insolvabilité recevra de l'État une rémunération déterminée ou supportera directement les frais qu'il répercutera ensuite sur l'ensemble de ses clients (ses tarifs pouvant être adaptés compte tenu du travail non rémunérateur). Lorsqu'un mécanisme de ce type est prévu dans une législation sur l'insolvabilité, il faut peut-être aussi envisager de déterminer à quels débiteurs il s'appliquera, par exemple aux débiteurs ayant moins d'un certain montant de biens non grevés permettant normalement de procéder à la liquidation.

6. Coût de la procédure d'insolvabilité

55. Le coût constitue, outre la rapidité et l'efficacité, un aspect important d'un régime d'insolvabilité performant, qui a des répercussions sur toutes les étapes de la procédure. Il est donc indispensable, lorsqu'on élabore un tel régime, d'éviter que la procédure n'entraîne des frais trop lourds qui dissuaderont les créanciers et iront à l'encontre des principaux buts recherchés, tout particulièrement quand il s'agit de petites et moyennes entreprises mais également, par exemple, lorsque le débiteur a peu de biens ou a contracté une dette importante auprès de plusieurs petits créanciers dont la créance respective ne suffira probablement pas à financer les frais de demande.

56. [39] Les demandes d'ouverture émanant tant des débiteurs que des créanciers peuvent donner lieu au paiement de droits. Différentes approches peuvent être adoptées pour ce qui est de leur montant comme celle consistant, par exemple, à fixer un montant pouvant servir à couvrir une partie des dépenses de fonctionnement du système d'insolvabilité [39]. Toutefois, lorsque ce montant est trop élevé, il peut avoir un effet dissuasif et aller à l'encontre de l'objectif d'un accès commode, économiquement rationnel 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. Plusieurs lois sur l'insolvabilité exigent que les créanciers présentant une demande garantissent le paiement des frais de procédure jusqu'à un montant donné ou encore qu'ils versent, à titre de garantie, un certain pourcentage du total des créances ou une somme déterminée. Dans certaines lois exigeant un paiement à titre de garantie, celui-ci peut être remboursé sur la masse si les biens sont suffisants et certains créanciers, comme les salariés, en sont dispensés. D'autres lois exigent, pour l'ouverture d'une procédure, que le débiteur ait suffisamment de biens non grevés pour couvrir les frais, généralement sous peine de voir la demande rejetée ou traitée conformément aux dispositions applicables en cas d'absence de biens (voir ci-dessus).

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant la demande d'ouverture et l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est:

a) de faciliter l'accès des débiteurs et des créanciers aux mesures prévues par la législation sur l'insolvabilité;

b) de déterminer le tribunal qui sera compétent pour connaître de la procédure d'insolvabilité et de toute question se posant durant son déroulement;

c) d'établir pour la demande d'ouverture et l'ouverture d'une procédure des critères qui soient transparents et sûrs;

d) de permettre aux demandes de procédure d'insolvabilité d'être déposées et traitées de manière rapide, efficace et économiquement rationnelle ~~peu coûteuse~~;

e) d'établir des conditions effectives pour la notification de l'ouverture d'une procédure;

f) 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.

Contenu des dispositions législatives

Conditions à remplir pour pouvoir déposer une demande d'ouverture

17) [16)] La législation sur l'insolvabilité devrait disposer que la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité doit être déposée auprès du tribunal spécifié et indiquer clairement qui peut déposer une telle demande — à savoir, entre autres, le débiteur et les créanciers.

Critères concernant l'ouverture de la procédure

18) [17)] La législation sur l'insolvabilité devrait disposer que les critères pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, en vue tant d'une liquidation que d'un redressement, 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 échues [ou, à défaut, que son passif dépasse la valeur de son actif].

Présomption de l'incapacité de paiement du débiteur

Variante 1

19) [18)] La législation sur l'insolvabilité ~~devrait~~ peut disposer que s'il ne paie pas une ou plusieurs de ses dettes échues et si la dette ne fait pas l'objet d'une contestation légitime ou d'un droit à compensation d'un montant supérieur ou égal, le débiteur est présumé être dans l'incapacité de payer ses dettes[5].

Variante 2

19) [18)] La législation sur l'insolvabilité pourrait prévoir que le débiteur est présumé incapable de payer ses dettes dans certains cas précis pour faciliter l'ouverture d'une procédure par un ou plusieurs créanciers[6]. Ces cas pourraient être les suivants:

a) lorsque le débiteur n'a pas payé un nombre spécifié de créanciers, soit par référence à un nombre de créances échues (une ou plusieurs), à un montant particulier de créances échues (par exemple...) ou aux deux; et

b) lorsque les dettes échues ne font pas l'objet d'une contestation légitime ou d'un droit à compensation d'un montant supérieur ou égal.

Ouverture sur demande émanant du débiteur

20) [19)] Lorsque la demande d'ouverture émane du débiteur, la législation sur l'insolvabilité devrait disposer que la procédure ~~devrait être~~ sera ouverte soit:

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

21) [20)] Lorsque la demande d'ouverture émane d'un créancier, la législation sur 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

22) [21)] La législation sur l'insolvabilité devrait disposer que la notification de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité doit être portée à la connaissance du grand public [dans une publication telle que le *Journal officiel* ou un journal national largement diffusé, selon qu'il convient et si cela est économiquement rationnel, ou être accessible sur les registres publics [appropriés] [pertinents] [électroniques ou non]. La législation sur l'insolvabilité peut indiquer qui est tenu de faire une telle notification.

23) [22)] La législation sur l'insolvabilité devrait exiger qu'une notification soit adressée individuellement à tous les créanciers connus [pouvant être identifiés dans les livres et pièces comptables du débiteur], sauf si le tribunal considère qu'en l'espèce une autre forme ou une forme supplémentaire de notification serait plus appropriée.

24) [22)] La législation sur l'insolvabilité devrait exiger que la notification de l'ouverture de la procédure ~~aux créanciers devrait spécifier~~ indique:

a) tout délai applicable pour la déclaration de 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;

c) les conséquences d'un défaut de déclaration; et

[*d)* des informations concernant les réunions des créanciers].

---

[5]Lorsque le débiteur n'a pas payé une dette échue et que le créancier a obtenu contre lui un jugement la concernant, une telle présomption ne serait pas nécessaire pour établir que le débiteur est dans l'incapacité de payer ses dettes.

[6]Le débiteur pourrait réfuter cette présomption en démontrant, par exemple, qu'il était en mesure de payer; que les dettes faisaient l'objet d'une contestation légitime; ou qu'elles n'étaient pas échues. Les recommandations concernant la notification de l'ouverture prévoient la protection du débiteur en exigeant que la demande d'ouverture lui soit notifiée et en lui donnant la possibilité de réfuter cette présomption.

Rejet d'une demande d'ouverture

25) [23)] Lorsque la décision d'ouvrir une procédure est prise par le tribunal (que ce soit à la demande du débiteur ou des créanciers)[7], la législation sur l'insolvabilité devrait permettre à celui-ci de rejeter la demande ~~ou de refuser l'ouverture d'une procédure~~ s'il détermine[8]:

a) qu'elle représente un recours abusif à la législation sur l'insolvabilité;

b) si elle émane d'un créancier, que la dette fait l'objet d'une contestation légitime ou d'un droit à compensation d'un montant supérieur ou égal; ou

c) s'il s'agit d'une demande de liquidation, ~~[que le débiteur est solvable]~~ que les critères d'ouverture ne sont pas remplis.

Absence de biens

26) La législation sur l'insolvabilité devrait aborder le traitement des cas où il n'y a pas de biens. Différentes approches peuvent être adoptées, telles que le rejet de la demande après constatation par le tribunal de l'absence de biens ou l'ouverture de la procédure et la nomination d'un représentant de l'insolvabilité chargé d'administrer la masse, auquel cas différents mécanismes de nomination et de rémunération de ce représentant peuvent être prévus [voir chap. IV.B].

[7]Voir recommandations 20 et 21.

[8]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.

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5

TABLE DES MATIÈRES

[*L'introduction et la première partie du projet de guide sont publiées sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63; le chapitre premier de la deuxième partie sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 et Add.2; les sections A et B du chapitre II sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 et Add.4; et les sections B à F du chapitre III ainsi que les chapitres IV à VII dans des additifs postérieurs au présent additif.*]

	Paragraphes	*Pages*
Deuxième partie (suite)		
III. RÉGIME APPLICABLE AUX BIENS À L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ	57-70	209
A. Biens visés	57-70	209
1. Introduction	57-58	209
2. Biens entrant dans la masse de l'insolvabilité	59-65	210
3. Biens exclus de la masse de l'insolvabilité	66-68	211
4. Biens récupérés	69-70	212
Recommandations	(27)-(29)	212

Les numéros de paragraphe entre crochets renvoient aux paragraphes pertinents de la version précédente du projet de guide publiée sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.58.

Les numéros de recommandation figurant entre crochets sont ceux des recommandations qui avaient été publiées sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.61 et A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1. Dans le présent document, les ajouts aux recommandations sont indiqués par un texte souligné et les suppressions par un texte barré.

Deuxième partie *(suite)*

III. RÉGIME APPLICABLE AUX BIENS À L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ

A. Biens visés

1. Introduction

57. [40] Une étape fondamentale dans la procédure d'insolvabilité est l'identification, le recouvrement, la protection et la disposition des biens appartenant au débiteur. De nombreux systèmes d'insolvabilité soumettent les biens du débiteur insolvable à un régime spécial, l'ensemble des biens soumis à ce régime, sur lequel le représentant de l'insolvabilité aura des pouvoirs biens définis, étant parfois appelé la masse de l'insolvabilité. Dans le présent *Guide*, le terme "masse" est employé dans son sens fonctionnel pour désigner les biens appartenant au débiteur qui sont placés sous le contrôle du représentant de l'insolvabilité et soumis à la procédure d'insolvabilité. Le régime qui s'applique à la "masse de l'insolvabilité" varie

considérablement selon les pays. Dans certains pays, ce n'est plus le débiteur qui est propriétaire en droit des biens entrant dans la masse, mais le représentant de l'insolvabilité. Dans d'autres, le débiteur reste en droit propriétaire, mais ses pouvoirs en matière d'administration et de disposition des biens sont limités (il pourra en être totalement privé ou ne se voir reconnaître que des pouvoirs limités à ce qui entre dans le cours normal des activités, et la disposition, y compris sous forme de constitution de sûretés, nécessitera le consentement du représentant de l'insolvabilité ou du tribunal).

58. [41] Quelle que soit la tradition juridique applicable, la législation de l'insolvabilité devra indiquer clairement quels sont les biens qui seront soumis à la procédure d'insolvabilité (et partant inclus dans la "masse", là où ce terme a cours) et quelles seront sur eux les incidences de cette procédure; elle devra notamment préciser les pouvoirs des divers participants sur les biens. L'ampleur et la conduite de la procédure et, en particulier en cas de redressement, les chances de succès dépendront en grande partie de l'identification des biens et de leur traitement. Des dispositions claires sur ce point, en assurant la transparence et la sécurité juridique, serviront les intérêts à la fois des créanciers et du débiteur.

2. Biens entrant dans la masse de l'insolvabilité

a) *Définition générale de la masse de l'insolvabilité*

59. [43] La masse devrait en principe comprendre tous les biens corporels et incorporels sur lesquels le débiteur a un droit réel, qu'ils soient ou non en sa possession à la date de l'ouverture de la procédure. En général, les biens acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité par le débiteur ou par le représentant de l'insolvabilité sont également inclus. Les biens corporels (disponibilités, matériel, stocks, travaux en cours, comptes bancaires, effets à recevoir, biens immobiliers, etc.) devraient apparaître sur les bilans du débiteur. Quant aux biens incorporels à inclure, ils varieront selon les législations nationales, mais pourront englober les droits de propriété intellectuelle, les connaissements, les titres et instruments financiers, les politiques d'assurance, les droits contractuels (y compris ceux portant sur des biens appartenant à des tiers) et les droits d'action en réparation d'une faute non contractuelle[1]. Dans le cas des personnes physiques, la masse pourra également comprendre, par exemple, les droits sur une succession ou 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 grevés de sûretés*

60. La question de savoir s'il convient d'inclure les biens grevés d'une sûreté dans la masse de l'insolvabilité est une question importante. [46] Les approches adoptées par les législations de l'insolvabilité concernant les biens grevés de sûretés diffèrent. De nombreuses législations prévoient l'inclusion de ces biens dans la masse, l'ouverture de la procédure entraînant, selon les législations, des effets différents, tels que l'imposition de restrictions à l'exécution des sûretés détenues par des créanciers ou par des tiers (par le biais, par exemple, de la suspension des procédures d'exécution). Lorsqu'ils sont inclus dans la masse, les biens grevés de sûretés peuvent faire l'objet de certaines protections telles que celles visant à maintenir leur valeur ou consistant, dans certaines situations, à les distraire de la masse (voir, par exemple, chap. III.C). Lorsque les biens grevés de sûretés doivent être inclus dans la masse, la législation de l'insolvabilité devrait préciser que cela ne privera pas les créanciers garantis de leurs droits de propriété sur ces biens, même si l'exercice de ces droits s'en trouvera limité.

61. [46] Dans d'autres législations, l'insolvabilité est sans incidence sur les sûretés, et les créanciers garantis peuvent agir pour obtenir l'exécution de leurs droits légaux et contractuels. Certaines législations, bien qu'elles maintiennent les biens grevés de sûretés en dehors de la masse de l'insolvabilité, permettent au débiteur, avec l'assentiment du représentant de l'insolvabilité, de demander au tribunal d'interdire l'exécution si les biens sont nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise. [47] Exclure de la masse les biens grevés de sûretés peut présenter l'avantage d'accroître en général l'offre de crédit, car les créanciers garantis auront l'assurance que leurs intérêts ne seraient pas lésés par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Toutefois, il faut sans doute mettre en balance cet avantage qui vaut pour l'ensemble de l'économie et d'autres avantages qui découleraient dans des cas particuliers d'insolvabilité, notamment en cas de redressement ou dans celui d'une cession en vue de la poursuite de l'activité de l'entreprise, du fait que tous les biens du débiteur seraient soumis à la procédure d'insolvabilité dès l'ouverture de celle-ci. La restriction de l'exercice des droits des créanciers garantis peut non seulement contribuer à assurer l'égalité de traitement des créanciers, mais aussi s'avérer indispensable à la procédure de redressement lorsque le bien grevé est un élément essentiel de l'entreprise. Par exemple, lorsque du matériel de production ou des locaux pris à bail sont indispensables à l'activité de l'entreprise débitrice, le redressement ou la cession en vue de la poursuite de l'activité ne pourront avoir lieu que si le matériel ou le bail peuvent être conservés.

62. Les possibilités offertes aux créanciers garantis par les législations de l'insolvabilité sont variables: le créancier garanti peut, par exemple, réaliser sa sûreté et, si le montant résultant de la réalisation est inférieur à celui de la créance, déclarer, en tant que créancier chirographaire, une créance correspondant à la différence (si le montant résultant de la réalisation est supérieur à celui de la créance, le créancier garanti devra restituer le surplus au représentant de l'insolvabilité); faire évaluer le bien grevé et déclarer, en tant que créancier chirographaire, une créance correspondant à la différence entre la valeur estimée et la créance; et, moyennant le paiement de sa valeur, remettre le bien grevé au représentant de l'insolvabilité.

---

[1]Certains pays excluent les actions en réparation d'un préjudice personnel tel que celui découlant de la diffamation ou d'une atteinte au crédit ou à la réputation, le débiteur conservant alors le droit d'agir lui-même et de garder les dommages-intérêts accordés, l'idée étant que s'il n'en était pas ainsi, il n'aurait plus vraiment d'incitation à chercher à obtenir réparation. [Quelle est la position en ce qui concerne les dommages corporels?]

c) *Biens communs*

63. Lorsque le débiteur est une personne physique et que ses biens personnels sont aussi la propriété de son conjoint, les approches concernant le traitement de ces biens diffèrent selon les législations de l'insolvabilité. L'une de ces approches consiste à exclure totalement ces biens de la masse de l'insolvabilité. Une autre approche consiste, en cas d'ouverture d'une procédure contre les biens de l'un des conjoints, à inclure dans la masse de l'insolvabilité la part des biens communs revenant à ce conjoint si le droit commun autorise le démembrement de l'indivision aux fins d'exécution (dans ce cas, le partage de l'indivision ne sera pas régi par la législation de l'insolvabilité et se fera indépendamment de la procédure).

d) *Biens appartenant à des tiers*

64. [48] Des questions complexes risquent de se poser lorsqu'il s'agit de déterminer si un bien appartient au débiteur ou à une autre partie, et s'il convient d'inclure dans la masse de l'insolvabilité les biens d'un tiers qui, au moment de l'ouverture de la procédure, se trouvent en la possession du débiteur en vertu d'arrangements prévoyant leur utilisation ou d'un contrat de location ou de franchise. Dans certaines législations de l'insolvabilité, ces biens sont considérés comme entrant dans la masse. Dans d'autres, seront généralement considérés comme entrant dans la masse, comme indiqué plus haut dans la définition générale de la masse, tous droits que pourrait avoir le débiteur sur les biens appartenant à des tiers. [48] Il peut se faire que les biens appartenant à des tiers, à l'instar des biens grevés de sûretés, soient indispensables à la poursuite de l'activité de l'entreprise, que l'on se place dans l'optique d'un redressement ou d'une cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, et il serait donc avantageux que la législation de l'insolvabilité prévoie un mécanisme qui permette de soumettre ces biens à la procédure d'insolvabilité. Cette question est examinée plus en détail au chapitre III.C.

e) *Date de constitution de la masse*

65. [42] La législation de l'insolvabilité devrait spécifier la date à partir de laquelle les biens seront réputés faire partie de la masse afin qu'il n'y ait sur ce point aucun doute ni pour le débiteur ni pour les créanciers. La masse devrait inclure les biens du débiteur à la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ainsi que les biens acquis par le représentant de l'insolvabilité et le débiteur après cette date, que ce soit dans l'exercice de pouvoirs d'annulation (voir chap. III.F) ou dans le cours normal des activités de l'entreprise débitrice.

3. Biens exclus de la masse de l'insolvabilité

a) *Exclusions générales*

66. La législation de l'insolvabilité peut prescrire que certains biens seront exclus de la masse. Les approches adoptées sur ce point diffèrent suivant les législations. Peuvent être exclus de la masse certains biens appartenant à un tiers qui se trouvent en la possession du débiteur à l'ouverture de la procédure, tels que des biens placés en fiducie ou des biens qui se trouvent en la possession du débiteur en vertu d'un arrangement (contractuel ou autre) qui n'implique aucun transfert de propriété, mais prévoit uniquement l'utilisation des biens par le débiteur, à charge pour ce dernier de les restituer à leur propriétaire une fois atteintes les fins pour lesquelles ils ont été mis en sa possession[2]. Le traitement des biens utilisés par le débiteur en vertu d'un contrat de location dans lequel le bailleur conserve le droit de propriété mérite sans doute une attention particulière. Dans certains pays, les biens dont un créancier conserve la propriété (par exemple en cas de conservation du droit de propriété par le créancier garanti, ou dans le cadre d'un contrat de crédit-bail) peuvent être distraits de la masse de l'insolvabilité. Dans d'autres, s'il ressort des conditions économiques de l'opération (l'absence de transfert du droit de propriété au débiteur) que l'on a affaire à un procédé de financement de l'acquisition d'un bien, même si l'on est en présence d'un contrat de location, l'arrangement sera considéré comme un prêt assorti d'une sûreté et le bailleur recevra le même traitement que les autres créanciers garantis. Une opération sera considérée comme un procédé de financement lorsqu'à l'expiration du contrat de location soit le débiteur pourra conserver le bien moyennant le versement d'une somme symbolique, soit la valeur résiduelle du bien sera négligeable. Dans un cas comme dans l'autre, le bien pourra être utilisé par le représentant de l'insolvabilité sous réserve de certaines conditions comme indiqué au chapitre III.C.

[*On notera que, dans sa version actuelle, le projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties recommande que tous ces procédés soient regroupés avec d'autres formes de crédit garanti dans une catégorie générale de "sûretés" et qu'ils soient traités comme telles dans les procédures d'insolvabilité, mais cette approche n'a pas encore été définitivement arrêtée par le Groupe de travail VI.*]

b) *Biens étrangers*

67. Le point de savoir si les biens du débiteur situés en dehors du pays dans lequel a lieu la procédure entreront dans la masse de l'insolvabilité soulève des questions qui touchent à l'insolvabilité internationale. L'approche adoptée par certaines législations de l'insolvabilité est qu'il devrait n'y avoir qu'une seule procédure d'insolvabilité basée dans le pays où le débiteur a son siège social ou son lieu d'immatriculation ou d'incorporation (centre des intérêts principaux), laquelle procédure s'appliquera à tous les biens du débiteur où qu'ils se situent (approche universelle). D'autres législations de l'insolvabilité prévoient l'ouverture de procédures différentes dans les pays où l'entreprise a des biens ou des filiales ou établissements (approche territoriale). La diversité des approches fait que l'incertitude est considérable et compromet l'efficacité des législations nationales de l'insolvabilité. La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale établit un régime débouchant sur une coopération efficace en cas d'insolvabilité internationale grâce à la reconnaissance des décisions

[2]Un tel arrangement peut être connu sous le nom de dépôt, de consignation ou [...].

étrangères et à l'accès des représentants étrangers de l'insolvabilité aux juridictions locales. Le régime a été conçu de façon à être compatible avec tous les systèmes juridiques; il est examiné plus en détail au chapitre VIII.

c) Lorsque le débiteur est une personne physique

68. [45] En cas d'insolvabilité d'une personne physique, la législation de l'insolvabilité pourra exclure de la masse certains biens tels que les gains tirés de la prestation de services personnels postérieurement à la demande d'ouverture, les biens nécessaires au débiteur pour gagner sa vie et les biens personnels et biens du ménage, comme le mobilier, les biens d'équipement ménager, la literie, les vêtements et autres biens nécessaires à la satisfaction des besoins élémentaires du débiteur et de sa famille. Lorsqu'elle prévoit l'exclusion de biens d'une personne physique, la législation de l'insolvabilité doit bien préciser quels biens sont susceptibles d'être exclus et limiter les exclusions au minimum nécessaire pour sauvegarder les droits personnels du débiteur et permettre à celui-ci de mener une vie productive. Pour déterminer ces exclusions, il faudra prendre en considération les obligations en matière de droits de l'homme applicables, y compris les obligations internationales, qui sont destinées à protéger le débiteur et sa famille[3].

4. Biens récupérés

a) *Procédures d'annulation*

69. [50] Les biens qui seront soumis à la procédure d'insolvabilité incluront tout bien récupéré par le représentant de l'insolvabilité, qui avait été irrégulièrement transféré ou qui l'avait été alors que le débiteur était déjà insolvable, de sorte que le principe *pari passu* (c'est-à-dire le principe selon lequel les créanciers de la même catégorie doivent être placés sur un pied d'égalité et recevoir une part de la masse proportionnelle à leur créance) a été enfreint. La plupart des systèmes juridiques prévoient l'annulation des opérations qui ont permis à certains créanciers de bénéficier d'un traitement préférentiel, ou qui étaient de nature frauduleuse ou avaient pour objectif d'empêcher des créanciers d'exercer leurs droits, et la récupération des sommes correspondantes (voir deuxième partie, chap. III.F).

b) *Opérations non agréées*

70. De nombreuses législations de l'insolvabilité restreignent la liberté du débiteur de disposer comme il l'entend de ses biens sans obtenir l'agrément du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité. Ces restrictions entrent généralement en application après la demande d'ouverture d'une procédure (dans les cas où les pouvoirs sur les biens entrant dans la masse de l'insolvabilité ont été confiés à un représentant provisoire de l'insolvabilité) ou après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Dans certaines législations de l'insolvabilité, les opérations qui débouchent sur des transferts de biens non agréés sont considérées comme nulles et sont inopposables à la masse de l'insolvabilité, et les biens transférés peuvent être récupérés, sauf dans certains cas lorsque le cocontractant a versé une contrepartie ou peut prouver que l'opération n'a pas porté atteinte aux droits des créanciers. D'autres législations de l'insolvabilité parviennent au même résultat en prévoyant l'annulation des contrats non agréés. Certaines de ces législations précisent les types d'opérations qui peuvent être annulées dans de tels cas, y compris l'exécution d'obligations nées avant l'ouverture de la procédure, le paiement de créances antérieures à la demande d'ouverture, la constitution de sûretés sur des biens faisant partie de la masse et la disposition de tout droit ou bien entrant dans la masse de l'insolvabilité.

[3]En Europe, par exemple, la Commission européenne des droits de l'homme sera à prendre en considération.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

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~~;

b) 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~~.

Teneur des dispositions législatives

Biens constituant la masse de l'insolvabilité

27. [24)] La législation de l'insolvabilité devrait indiquer les biens à inclure dans la masse de l'insolvabilité. ~~Devraient être inclus dans la masse de l'insolvabilité:~~ Ces biens pourraient être:

a) les biens, corporels ou incorporels[4], 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 de la propriété et au droit des sûretés de l'État*];

b) les biens acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité; et

c) les biens récupérés à l'issue d'une action en annulation ou autre engagée par le représentant de l'insolvabilité, y compris en cas d'opérations non agréées.

28. Dans le cas d'une procédure d'insolvabilité ouverte au lieu où le débiteur a son centre des intérêts principaux, la

[4]La définition des biens incorporels variera selon les législations nationales, mais elle peut inclure les droits de propriété intellectuelle, les connaissements, les sûretés et instruments financiers, les politiques d'assurance, les droits contractuels (y compris ceux portant sur des biens appartenant à des tiers), et les droits d'action en réparation d'une faute non contractuelle.

législation de l'insolvabilité devrait spécifier si la masse de l'insolvabilité engloberait tous les biens où qu'ils soient situés.

Biens pouvant être exclus ~~personnes physiques~~

29. [25.] La législation de l'insolvabilité devrait spécifier les biens à exclure de la masse de l'insolvabilité. 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~~ seront exclus notamment les biens nécessaires à la sauvegarde des droits personnels du débiteur, qui pourront inclure des biens acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Il n'est généralement pas prévu d'exclusions lorsque le débiteur est une entité.

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6

TABLE DES MATIÈRES

[*L'introduction et la première partie du projet de guide sont publiées sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63; le chapitre premier de la deuxième partie sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 et Add.2; les sections A et B du chapitre II sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 et Add.4; la section A du chapitre III sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5; les sections C à F du chapitre III et les chapitres IV à VII dans les additifs suivants*]

	Paragraphes	*Pages*
Deuxième partie (suite)		
III. TRAITEMENT DES BIENS À L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ	71-104	213
B. Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité	71-104	213
1. Introduction	71	213
2. Protection de la masse grâce à l'arrêt des poursuites	72-76	213
3. Portée de l'arrêt des poursuites	77-83	214
4. Questions procédurales	84-95	215
5. Protection des créanciers garantis	96-102	217
6. Restrictions à la disposition des biens par le débiteur	103-104	218
Recommandations	(30)-(42)	218

Les numéros de paragraphe entre crochets sont ceux des paragraphes de la précédente version du Guide *publiée sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.58.*

Les numéros de recommandation entre crochets sont ceux des recommandations qui avaient été publiées sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.61 et A/CN.9/WG.V/WP.61/ Add.1. Dans le présent document, les ajouts aux recommandations sont indiqués par un texte souligné et les suppressions par un texte barré.

Deuxième partie *(suite)*

III. TRAITEMENT DES BIENS À L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ

B. Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité

1. Introduction

71. [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 biens de la masse de l'insolvabilité et que la procédure pourra être administrée d'une manière équitable et ordonnée. La masse doit surtout être protégée contre le débiteur et ses créanciers.

2. Protection de la masse grâce à l'arrêt des poursuites

72. [54] En ce qui concerne les créanciers, l'un des principes fondamentaux du droit de 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 nombreuses législations sur l'insolvabilité prévoient l'imposition d'un mécanisme visant non seulement à empêcher les créanciers de faire exécuter leurs droits en se prévalant des moyens prévus par la loi pendant tout ou partie de la procédure de liquidation ou de redressement, mais également à suspendre ou à interdire toute action. Selon l'effet qu'il produit, ce mécanisme est appelé moratoire, suspension ou arrêt. Le présent Guide emploie le terme "arrêt des poursuites" dans une acception large, désignant à la fois une suspension des poursuites et un moratoire visant à retarder l'engagement de poursuites.

73. [55] En règle générale, la liquidation consiste essentiellement à vendre tout ou partie des biens afin que les créanciers puissent être remboursés sur le produit de cette vente le plus rapidement possible. La maximisation de la valeur est un objectif prioritaire. L'arrêt des poursuites dans le cadre de la liquidation peut assurer une administration équitable et ordonnée de la procédure, car il donne au représentant de l'insolvabilité un délai suffisant pour éviter une vente forcée qui ne permet pas de maximiser la valeur des biens à liquider ainsi que la possibilité de voir si l'entreprise peut être cédée en vue de la poursuite de l'activité, le produit global d'une telle cession pouvant être supérieur à celui de la vente séparée des biens. La difficulté est de concilier les intérêts des créanciers garantis, qui détiennent souvent une sûreté sur certains des principaux biens de l'entreprise, et les intérêts des créanciers chirographaires.

74. [55] Dans le cadre d'une procédure de redressement, l'arrêt des poursuites laisse au débiteur un répit pour organiser ses affaires et du temps pour la préparation et l'approbation d'un plan de redressement ainsi que pour l'adoption des autres mesures nécessaires à sa bonne exécution, par exemple se défaire d'activités non rentables et de contrats onéreux. Compte tenu des objectifs du redressement, l'arrêt des poursuites 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 telle procédure. D'un autre côté, l'ouverture de la procédure de redressement et l'arrêt des poursuites avertissent 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.

75. [56] L'un des principaux problèmes dans la conception d'une législation efficace sur l'insolvabilité est de savoir comment concilier les avantages immédiats que le débiteur tire d'un arrêt rapide et général des poursuites visant à restreindre les actions des créanciers et les avantages à plus long terme qu'entraîne le fait de limiter l'incidence d'un tel arrêt sur les relations contractuelles entre débiteurs et créanciers, en particulier les créanciers garantis.

76. [57] Les droits qui sont touchés par l'arrêt des poursuites varient considérablement selon les législations sur l'insolvabilité. La nécessité de suspendre les actions des créanciers chirographaires contre le débiteur ou ses biens n'est guère contestée. L'arrêt des poursuites des créanciers garantis, en revanche, peut être plus délicat et exige de concilier des objectifs concurrents, par exemple honorer les engagements commerciaux et les contrats; respecter le rang occupé par les créanciers garantis avant la procédure d'insolvabilité en ce qui concerne leurs droits sur le bien grevé; préserver la valeur des sûretés; veiller à ce que les créanciers soient payés sur les biens de la masse au prorata de leurs créances; maximiser la valeur des biens pour tous les créanciers; et, le cas échéant, redresser avec succès une entité viable.

[*Le point* b *(Mesures provisoires) a été déplacé au point 4* b *(Moment à partir duquel s'applique l'arrêt des poursuites).*]

3. Portée de l'arrêt des poursuites

a) *Poursuites arrêtées*

77. [60] Certains pays adoptent le principe selon lequel, pour être efficace, l'arrêt des poursuites doit avoir une portée très large, c'est-à-dire s'appliquer à toutes les voies de droit et procédures contre le débiteur et ses biens, qu'elles soient administratives, 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. Les types de poursuites susceptibles d'être arrêtées pourraient être les suivants: ouverture ou poursuite d'actions ou de procédures contre le débiteur ou en rapport avec ses biens; ouverture ou poursuite de procédures d'exécution concernant les biens du débiteur, y compris l'exécution d'une décision de justice et la perfection ou la réalisation 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 des biens du débiteur, de les grever ou d'en disposer de toute autre manière (ou éventuellement l'accomplissement de tels actes en dehors du cours normal des activités en cas de redressement); 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 (voir chap. VIII) 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".

78. [61] Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que, lorsque les procédures judiciaires contre le débiteur sont arrêtées, c'est-à-dire suspendues ou interdites dans le cas de la liquidation, celles-ci peuvent néanmoins être engagées ou poursuivies sur décision du tribunal si celui-ci le juge nécessaire pour préserver une créance ou pour en établir le montant. Le paragraphe 3 de l'article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale dispose, par exemple, que la suspension ou l'interdiction 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 autorisent l'ouverture ou la poursuite de procédures judiciaires mais empêchent l'exécution de toute décision en découlant. Quelques lois font une distinction entre les actions visant à obtenir l'accomplissement ou le non-accomplissement de certains actes et les actions pécuniaires. Certaines autorisent les deux types de procédures et d'autres uniquement les premières. D'autres lois prévoient que certaines catégories d'actions, comme celles des salariés à l'encontre du débiteur, peuvent être engagées ou poursuivies, mais interdisent toute exécution des décisions en découlant. Certaines lois autorisent également l'ouverture ou la poursuite d'actions visant à empêcher le débiteur de réaliser certaines activités, par exemple des activités nuisibles à l'environnement. Lorsque des actions peuvent être engagées ou poursuivies, le représentant de l'insolvabilité devra s'y soumettre en cas de dessaisissement du débiteur.

79. [62] À des fins de transparence et de prévisibilité, il est très souhaitable qu'une législation sur l'insolvabilité indique clairement les poursuites qui devront ou ne devront pas être arrêtées, que celles-ci puissent être engagées par des créanciers chirographaires (y compris des créanciers privilégiés, tels que les salariés, les titulaires de privilèges par effet de la loi ou les organismes publics), des tiers (tels qu'un bailleur ou un propriétaire de biens en possession du débiteur, ou encore utilisés ou occupés par ce dernier), des créanciers garantis ou d'autres parties. Pourraient ne pas être visés par l'arrêt des poursuites notamment: [63] les droits à compensation et la compensation globale des contrats financiers (voir deuxième partie, chap. III.F), ou encore les actions visant à protéger l'intérêt général (par exemple empêcher la dégradation de l'environnement) ou à prévenir les abus, tels que le recours à une procédure d'insolvabilité pour masquer des activités illégales.

b) *Créanciers garantis*

80. [69] Les créanciers demandent généralement une sûreté afin de protéger leurs intérêts en cas de défaillance du débiteur. Logiquement donc, pour que la sûreté remplisse cet objectif, il ne faudrait pas que sa réalisation immédiate par le créancier soit retardée ou empêchée une fois la procédure d'insolvabilité ouverte. 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 incertaines les possibilités de recouvrement par le créancier garanti ou de réduire la valeur des sûretés, telle que l'arrêt des poursuites, doit être soigneusement examinée. Une telle mesure risque, en définitive, non seulement de nuire à l'autonomie des parties dans leurs opérations commerciales et à la nécessité d'honorer les engagements commerciaux, mais aussi de compromettre l'offre de crédit à des taux abordables: les sûretés offrant une protection moindre, il peut être nécessaire d'accroître le prix du crédit pour compenser l'augmentation du risque. [72] Certaines des lois sur l'insolvabilité qui n'appliquent pas l'arrêt des poursuites 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. En cas d'entente, l'application d'un tel arrêt aux créanciers garantis serait de toute façon inutile. [70] De plus en plus de lois sur l'insolvabilité reconnaissent toutefois que, dans certains cas, le fait d'autoriser les créanciers garantis à séparer librement leur sûreté de la masse de l'insolvabilité (pour obtenir le paiement de leur créance) peut aller à l'encontre des principaux objectifs de la procédure d'insolvabilité, en particulier en cas de redressement mais aussi lorsque l'entreprise peut être cédée en vue de la poursuite de l'activité dans le cadre d'une liquidation.

81. [71] Lorsque l'arrêt des poursuites s'étend aux sûretés, une loi sur l'insolvabilité peut comporter des mesures garantissant qu'il ne sera pas porté atteinte aux droits des créanciers garantis. Ces mesures peuvent avoir trait à la durée de l'arrêt, à la préservation de la valeur de la sûreté, au paiement d'intérêts et à l'allégement des modalités d'application de l'arrêt des poursuites lorsque la sûreté n'est pas suffisamment protégée ou que le bien grevé n'est pas nécessaire à la cession de la totalité de l'entreprise ou d'une partie de ses unités de production.

i) Redressement

82. [70] Dans le cadre d'un redressement, [74] lorsqu'il existe une réelle possibilité de sauver l'entreprise, il est souhaitable que l'arrêt des poursuites ait une portée générale. [70] Lorsque des biens essentiels au fonctionnement de l'entreprise débitrice sont grevés d'une sûreté, le recouvrement 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 et, si ces créanciers ne sont pas liés par le plan, de rendre impossible l'exécution de ce dernier (voir deuxième partie, chap. V.A).

ii) Liquidation

83. [72] Les lois sur l'insolvabilité adoptent différentes approches quant à l'arrêt des poursuites des créanciers garantis dans le cas d'une procédure de liquidation. En règle générale, lorsque le représentant de l'insolvabilité a pour mission de recouvrer et de réaliser les biens et d'en répartir le produit entre les créanciers sous forme de dividende, le créancier garanti peut être autorisé à réaliser librement sa sûreté pour se rembourser en dépit de la liquidation. Certaines lois sur l'insolvabilité n'appliquent donc pas l'arrêt des poursuites aux créanciers garantis, au motif que, lorsque les biens doivent être liquidés, la préférence sera donnée à l'exécution des droits de ces créanciers. Lorsque cette approche est adoptée, une certaine souplesse peut néanmoins être nécessaire dans les cas où l'application de l'arrêt des poursuites pour empêcher la réalisation des sûretés permettrait au représentant de l'insolvabilité d'obtenir davantage de la liquidation et donc de maximiser la valeur des biens pour l'ensemble des créanciers. Ce sera tout particulièrement le cas lorsque l'entreprise peut être cédée en vue de la poursuite de l'activité. Cela peut également être vrai dans certains cas où, même si les biens doivent être vendus séparément, un certain délai est nécessaire pour organiser une vente permettant d'en obtenir le maximum pour l'ensemble des créanciers chirographaires.

4. Questions procédurales

a) *Arrêt discrétionnaire ou automatique des poursuites*

84. [64] Il faut se demander tout d'abord si les poursuites devraient être arrêtées automatiquement (par effet de la loi sur l'insolvabilité) 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. Une application discrétionnaire peut permettre d'adapter l'arrêt des poursuites aux besoins de l'espèce (en ce qui concerne le débiteur, ses biens et ses créanciers) et éviter à la fois d'arrêter inutilement les poursuites et de porter inutilement atteinte aux droits des créanciers garantis. Toutefois, cette approche risque de retarder les choses puisqu'il faut attendre que le tribunal examine la question; rend la situation imprévisible pour les créanciers et les tiers dont les poursuites sont susceptibles d'être arrêtées; et peut exiger l'application d'un mécanisme, par exemple de

mesures provisoires ou conservatoires, pendant la période précédant la décision du tribunal ainsi que l'envoi d'une notification de l'arrêt des poursuites. Une autre approche, qui limite les retards, permettra de maximiser la valeur des biens et garantira le caractère non seulement équitable et ordonné, mais également transparent et prévisible de la procédure d'insolvabilité, serait de prévoir l'arrêt automatique de poursuites spécifiées ainsi que la possibilité pour le tribunal d'arrêter d'autres actions à sa discrétion. C'est cette approche qui a été retenue dans la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: l'article 20 indique les types de poursuites qui sont arrêtées automatiquement dès la reconnaissance d'une procédure étrangère principale, tandis que l'article 21 donne des exemples de mesures supplémentaires que le tribunal peut accorder de manière discrétionnaire dès la reconnaissance de cette procédure. L'arrêt automatique des poursuites est une caractéristique de nombreux régimes modernes d'insolvabilité.

b) *Moment à partir duquel s'applique l'arrêt des poursuites*

85. [65] Une autre question liée à l'arrêt des poursuites est de savoir à partir de quand il s'appliquera dans le cas tant de la liquidation que du redressement.

i) À partir de l'ouverture de la procédure-nécessité de mesures provisoires ou conservatoires

86. [66] Différentes solutions peuvent être adoptées quant au choix du moment où appliquer l'arrêt des poursuites. La plus courante consiste à arrêter les poursuites dès l'ouverture de la procédure, lorsque les questions d'admissibilité, de compétence et de respect des critères d'ouverture ont été résolues et qu'il est clair que la demande ne doit pas être rejetée et que la procédure doit donc être ouverte. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, l'arrêt des poursuites dès l'ouverture de la procédure s'accompagne de mesures provisoires ou conservatoires qui s'appliquent entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure, [58] lorsque la situation de l'entreprise débitrice peut changer et que les biens du débiteur risquent d'être dispersés — le débiteur peut être tenté de transférer des biens hors de l'entreprise et les créanciers, en prenant connaissance de la demande, peuvent intenter une action contre le débiteur pour devancer l'effet de tout arrêt des poursuites pouvant être imposé dès l'ouverture de la procédure. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité prévoit l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires, il importe qu'elle indique aussi ce qu'il advient de ces mesures une fois la procédure d'insolvabilité ouverte.

87. [59] Ces mesures provisoires ou conservatoires peuvent être accordées à la demande du débiteur ou des créanciers ou être ordonnées d'office par le tribunal. Elles peuvent consister notamment à nommer un représentant provisoire de l'insolvabilité; à interdire au débiteur de disposer des biens; à prendre le contrôle de tout ou partie de ses biens; à suspendre l'exécution par les créanciers des sûretés contre le débiteur; à arrêter toute action des créanciers — par exemple d'un créancier garanti ou du bénéficiaire d'une réserve de propriété — visant à distraire les biens d'un débiteur; ou encore à empêcher les créanciers d'engager des poursuites individuelles pour recouvrer leurs créances. Du fait que ces mesures sont provisoires par nature et qu'elles sont accordées avant que le tribunal ait déterminé si les critères d'ouverture sont satisfaits, les requérants peuvent être tenus par le tribunal de prouver qu'elles sont nécessaires pour préserver la valeur de la masse de l'insolvabilité et pour éviter la dispersion des biens. Lorsque les mesures provisoires ou conservatoires sont demandées par un créancier, celui-ci peut être tenu de fournir un cautionnement sous une forme ou une autre pour les frais ou préjudices éventuels dans le cas où la procédure ne serait pas ouverte par la suite. La législation sur l'insolvabilité devra peut-être aussi déterminer si une décision d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires doit être notifiée et à quelles parties. Attendu qu'il faut éviter de porter inutilement préjudice à un débiteur qui ne fait pas ensuite l'objet d'une procédure d'insolvabilité, cette notification devra sans doute être adressée uniquement aux parties directement concernées par cette décision. Un assouplissement de ces mesures provisoires ou conservatoires, par exemple leur modification ou leur mainlevée, peut également être nécessaire lorsque les intérêts des personnes concernées sont lésés. Il peut être décidé sur demande de la partie lésée ou du représentant de l'insolvabilité ou encore par le tribunal agissant d'office.

ii) À partir du dépôt de la demande d'ouverture

88. [66] Une autre approche consiste à arrêter les poursuites dès le dépôt d'une demande de liquidation ou de redressement, que cette demande soit formée par un débiteur ou un créancier. Si cette approche peut éviter d'avoir à examiner la possibilité d'appliquer des mesures provisoires ou conservatoires entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure, elle exige cependant que les poursuites soient arrêtées alors que certains éléments de faits — en particulier le point de savoir si le débiteur satisfera aux critères d'ouverture — ne sont pas nécessairement clairs. Pour compenser les risques d'abus, il est souhaitable, si cette approche est adoptée, que la législation sur l'insolvabilité prévoie des procédures claires pour obtenir rapidement la levée de l'arrêt des poursuites.

iii) Spécification du moment exact de l'arrêt des poursuites

89. Que les poursuites doivent être arrêtées dès le dépôt de la demande ou dès l'ouverture de la procédure, il importe qu'une législation sur l'insolvabilité indique le moment exact auquel l'arrêt prendra effet pour assurer la protection de la masse, en ce qui concerne en particulier les paiements. Plusieurs solutions existent. Dans certaines lois, l'arrêt prend effet à compter du moment où le tribunal décide d'ouvrir la procédure et, dans d'autres, au moment de la publication de cette décision. Dans d'autres lois encore, l'arrêt produit ses effets rétroactivement à compter de la première heure du jour où la décision d'ouverture est prise. Des solutions tout aussi diverses sont adoptées lorsque l'arrêt a effet à partir du dépôt de la demande.

c) *Durée de l'arrêt des poursuites*

i) Créanciers chirographaires

90. De nombreuses lois sur l'insolvabilité appliquent l'arrêt des poursuites aux créanciers chirographaires pendant toute la durée de la procédure de liquidation ou de redressement.

ii) Créanciers garantis

— Redressement

91. [74] Dans certains cas, il peut être souhaitable d'appliquer l'arrêt des poursuites aux créanciers garantis pour la durée de la procédure[1] afin d'en assurer le bon déroulement sans que les biens 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 l'arrêt à la durée qui serait raisonnablement nécessaire pour l'approbation d'un plan de redressement de manière à ne pas arrêter les poursuites pour une période incertaine ou inutilement longue. Une telle limitation peut en outre avoir 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. L'établissement d'une limite fixe a toutefois un inconvénient: celle-ci ne sera peut-être pas toujours suffisamment longue, selon l'importance et la complexité du redressement, et risque d'être difficile à appliquer. Une solution serait de fixer une durée limite claire, susceptible de prorogation (voir ci-dessous). Une loi sur l'insolvabilité peut également prévoir un assouplissement des modalités d'application de l'arrêt dans certains cas (voir ci-après).

— Liquidation

92. [72] Certaines lois sur l'insolvabilité qui prévoient l'arrêt des poursuites des créanciers garantis appliquent cet arrêt automatiquement dès l'ouverture de la procédure de liquidation, mais seulement pour une courte période, par exemple 30 ou 60 jours, sauf lorsque le bien grevé est essentiel à la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité (auquel cas l'arrêt peut être prorogé). Pendant cette période, le représentant de l'insolvabilité pourrait accomplir ses tâches et évaluer l'actif et le passif de l'entreprise. Lorsque le bien grevé n'est pas nécessaire à la cession de l'entreprise, l'arrêt peut alors être levé (voir ci-dessous). Une autre approche consiste à appliquer l'arrêt 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.

d) *Prorogation de l'arrêt des poursuites*

93. [73] Lorsque l'arrêt a effet pendant une durée limite spécifiée, 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 biens (par exemple l'entreprise débitrice ou certaines de ses unités ont des chances raisonnables d'être cédées en vue de la poursuite de l'activité) à condition de ne pas causer un préjudice déraisonnable aux créanciers garantis. Afin d'offrir une protection supplémentaire et d'éviter que l'arrêt ne soit appliqué pour une période indéterminée ou inutilement longue, une loi sur l'insolvabilité peut limiter la durée de la prorogation.

[1]La durée dépendra du moment auquel la loi sur l'insolvabilité considère la procédure comme achevée: dans certaines lois, la procédure est réputée terminée lorsque le plan est approuvé (et confirmé, si la loi l'exige); dans d'autres, à la fin de l'exécution du plan.

e) *Assouplissement des modalités d'application de l'arrêt*

94. [81] Dans la procédure de liquidation comme dans celle de redressement, il peut être indiqué, dans certains cas — par exemple lorsque la valeur de la sûreté détenue par le créancier n'est pas préservée, qu'une telle protection n'est pas possible ou serait trop lourde pour la masse, que le bien grevé n'est pas nécessaire au redressement ou à la cession de l'entreprise en liquidation en vue de la poursuite de l'activité, qu'il est sans valeur pour la masse, ou encore que les poursuites concernent des marchandises périssables —, d'assouplir les modalités d'application de l'arrêt en autorisant le créancier garanti à présenter une demande au tribunal ou en donnant éventuellement le droit au représentant de l'insolvabilité de libérer la sûreté sans l'autorisation du tribunal.

95. [82] Si les dispositions relatives à cet assouplissement visent principalement les intérêts des créanciers garantis, certaines législations sur l'insolvabilité prévoient qu'un créancier chirographaire peut lui aussi en bénéficier. Par exemple, si la loi sur l'insolvabilité n'autorise ni l'ouverture ni la poursuite d'actions, il peut être nécessaire d'assouplir les conditions d'application de l'arrêt 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.

5. Protection des créanciers garantis

96. Il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité traite la question de la protection de la sûreté du créancier garanti contre une diminution de sa valeur et contre tout abus durant l'arrêt des poursuites.

97. [76] Une série de mesures permettant de remédier à l'effet négatif de l'arrêt des poursuites sur les créanciers garantis est celle qui vise à maintenir la valeur économique des créances garanties pendant la durée de l'arrêt (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 du bien grevé sera distribué directement au créancier à hauteur de la fraction garantie de la créance. Cette méthode peut exiger l'adoption d'un certain nombre de mesures.

98. [77] Pendant la durée de l'arrêt, il est possible que la valeur de la sûreté détenue par le créancier se déprécie. Étant donné qu'au moment de la répartition finale le créancier garanti n'exercera son droit de préférence que sur la valeur du bien grevé, cette dépréciation risque de nuire à ses intérêts. Certaines législations sur l'insolvabilité prévoient que le représentant de l'insolvabilité doit dédommager les créanciers garantis soit en leur offrant une sûreté supplémentaire ou une sûreté de remplacement, soit en leur versant périodiquement une somme correspondant au montant de la dépréciation. Cette solution n'est nécessaire que si la valeur de la sûreté est inférieure au montant de la créance garantie. Si la valeur est supérieure, le créancier garanti ne sera lésé par la dépréciation que lorsque cette valeur deviendra insuffisante pour couvrir la créance

garantie. [77] Certains pays qui préservent la valeur de la sûreté suivant les modalités décrites ci-dessus autorisent également le versement d'intérêts pendant la durée de l'arrêt pour compenser le retard imposé par la procédure. Ces intérêts ne seront néanmoins versés que si la valeur de la sûreté dépasse celle de la créance garantie, [78] faute de quoi la compensation pour retard risque de réduire les biens disponibles pour les créanciers chirographaires. [77] Cette solution peut encourager les prêteurs à demander des sûretés adéquates qui dépasseront la valeur de leurs créances.

99. [77] Dans certaines procédures de liquidation, le représentant de l'insolvabilité peut juger nécessaire d'utiliser ou de vendre des biens grevés (voir deuxième partie, chap. II.C) 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 souhaitera peut-être vendre des stocks qui sont partiellement grevés. Ainsi, dans les cas où la protection des créanciers garantis est assurée par le maintien de la valeur de la sûreté, il peut être souhaitable qu'une loi sur 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 valeur des biens servant à garantir la créance.

100. [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, le bien grevé fait l'objet d'une évaluation, sur la base de laquelle est déterminée le montant de la fraction garantie de la créance. Ce montant 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 ce montant. 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.

101. Un autre moyen de protéger le bien grevé est de prévoir un assouplissement des modalités d'application de l'arrêt des poursuites, comme cela est indiqué plus haut (voir deuxième partie, chap. III.C) et d'autoriser le créancier garanti à réaliser sa sûreté.

102. [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 soit en mesure de prendre des décisions commerciales difficiles sur la question de la protection appropriée. Lorsqu'une telle protection est accordée, il peut être souhaitable que la législation sur l'insolvabilité énonce des principes directeurs permettant de déterminer quand et comment les créanciers détenant une sûreté sous une forme ou une autre sur les biens du débiteur seraient fondés à bénéficier des différentes mesures de protection décrites ci-dessus.

6. Restrictions à la disposition des biens par le débiteur

103. [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 peut disposer des biens de la masse tant après le dépôt d'une demande d'ouverture qu'après l'ouverture de la procédure. Lorsqu'un représentant provisoire de l'insolvabilité est nommé avant l'ouverture de la procédure à titre de mesure provisoire ou conservatoire, le débiteur sera probablement supervisé ou contrôlé par celui-ci et aura un droit de disposition limité sur ses biens.

104. Lorsqu'un représentant de l'insolvabilité est nommé à l'ouverture de la procédure, de nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient que le débiteur soit sera totalement dessaisi de la masse et sera dans l'incapacité de conclure des opérations après l'ouverture de la procédure, soit conservera un pouvoir, quoique limité, d'exploiter son entreprise au jour le jour et pourra conclure des opérations dans le cours normal de son activité. Les opérations n'entrant pas dans cette catégorie, comme la vente de biens importants, peuvent être soumises à autorisation du représentant de l'insolvabilité, du tribunal ou, dans certains cas, des créanciers[2]. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient des dispositions d'annulation pour les contrats conclus et les opérations réalisées par le débiteur entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure ou après l'ouverture de cette dernière sans que la loi sur l'insolvabilité, le représentant de l'insolvabilité, le tribunal ou les créanciers (selon le cas) l'y autorisent (voir deuxième partie, chap. III.E).

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant la protection et la préservation de la masse de l'insolvabilité est:

a) de prévoir l'application de mesures garantissant que les biens ne seront pas entamés par les actions [des diverses parties intéressées] [du 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, notamment comment, quand et durant combien de temps elles s'appliqueront;

d) d'établir les motifs justifiant leur assouplissement.

Contenu des dispositions législatives

Mesures provisoires ou conservatoires[3]

30) [26)] La législation sur l'insolvabilité devrait habiliter le tribunal à prendre, à la demande de toute partie intéressée, des mesures provisoires ou conservatoires [, lorsqu'il est urgent de prendre des mesures pour protéger les biens

[2]D'autres aspects de ces opérations sont examinés dans la deuxième partie, chapitres III.A.4 *b,* III.D.7 et IV.

[3]Voir article 19 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

du débiteur ou les intérêts des créanciers,] applicables 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 les mesures d'exécution, les voies de droit et les mesures visant à constituer des sûretés valides sur les biens du débiteur[4];

b) confier l'administration ou la supervision de l'entreprise du débiteur [y compris le droit d'utiliser des biens et d'en disposer dans le cours normal des activités] à un représentant provisoire de l'insolvabilité ou à une autre personne par lui nommée [, afin de protéger et de préserver la valeur de ces biens];

c) confier la réalisation de tout ou partie des biens[5] du débiteur à un représentant provisoire de l'insolvabilité ou à une autre personne par lui nommée, afin de protéger et de préserver la valeur de ces biens lorsque, de par leur nature ou en raison d'autres circonstances, ils sont périssables, susceptibles de se dévaluer ou autrement menacés; et

d) prononcer toute autre mesure du même type que les mesures applicables automatiquement à l'ouverture de la procédure (alinéa *d* de la recommandation 35)[6].

31) La législation sur l'insolvabilité devrait indiquer clairement comment les [pouvoirs] [responsabilités] se répartissent entre le débiteur et un représentant provisoire de l'insolvabilité nommé à titre de mesure provisoire ou conservatoire (recommandation 30). Entre le moment du dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de cette procédure, le débiteur devrait être en mesure de continuer à exploiter son entreprise ainsi qu'à utiliser ses biens et à en disposer dans le cours normal de ses activités, à moins que les pouvoirs correspondants n'aient été confiés à un représentant provisoire de l'insolvabilité.

32) La législation sur l'insolvabilité peut prévoir qu'une notification appropriée sera adressée aux parties concernées par une décision du tribunal de prendre des mesures provisoires ou conservatoires.

Modification ou fin des mesures provisoires ou conservatoires

33) [34)] La législation sur l'insolvabilité devrait habiliter le tribunal, soit à la demande du représentant de l'insolvabilité ou de toute personne touchée par des mesures provisoires ou conservatoires (du type de celles visées dans la recommandations 30 ~~et 28~~)), soit d'office, à modifier ces mesures ou à y mettre fin [à condition que cette modification ne soit pas préjudiciable à la masse ou aux intérêts des créanciers et si la partie demandant la modification était lésée par le maintien de ces mesures].

34) [27)] Lorsque le tribunal ne met pas fin (recommandation 33) à des mesures provisoires ou conservatoires (du type de celles visées dans la recommandation 30), la législation sur l'insolvabilité devrait prévoir que ces mesures prennent fin lorsque les mesures automatiquement applicables à l'ouverture de la procédure (recommandation 35) prennent effet, à moins qu'elles ne soient maintenues par le tribunal (recommandation 36).

Mesures automatiquement applicables à l'ouverture de la procédure

35) [28)] La législation sur l'insolvabilité devrait prévoir que, dès l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité:

a) l'ouverture des actions ou des procédures individuelles[7] visant les biens de la masse de l'insolvabilité et les droits ou obligations du débiteur, y compris la perfection ou la réalisation de sûretés, est interdite et la poursuite desdites actions ou procédures est suspendue sauf dans la mesure où de telles actions ou procédures [sont jugées nécessaires par le tribunal] [peuvent être nécessaires] pour sauvegarder ou quantifier une créance contre le débiteur;

b) les mesures d'exécution ou d'autres voies de droit contre les biens de la masse de l'insolvabilité sont interdites ou suspendues;

c) la résiliation de tout contrat conclu avec le débiteur est interdite ou suspendue[8]; et

d) le transfert des biens de la masse de l'insolvabilité, la constitution de sûretés sur ces biens ou d'autres actes de disposition de ces biens sont suspendus[9].

Mesures supplémentaires pouvant être prononcées à l'ouverture de la procédure[10]

36) [29)] La législation sur 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 en sus des mesures automatiquement applicables à l'ouverture de la procédure (du type de celles visées dans la recommandation 35).

37) La législation sur l'insolvabilité peut prévoir que toute mesure supplémentaire ordonnée par le tribunal sera dûment notifiée aux parties touchées par ces mesures.

---

[4]Le mot "biens" s'entend uniquement des biens qui feraient partie de la masse de l'insolvabilité au moment de l'ouverture de la procédure.

[5]Ibid.

[6]L'application provisoire des mesures mentionnées à l'alinéa *d* de la recommandation 35 serait limitée aux biens qui constitueraient la masse de l'insolvabilité une fois ouverte la procédure.

[7]Voir article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. Les actions et procédures individuelles mentionnées à l'alinéa *a* de la recommandation 35 sont censées englober également les actions devant un tribunal arbitral. Il ne sera pas toujours possible toutefois d'arrêter automatiquement une procédure arbitrale, par exemple lorsque celle-ci se déroule à l'étranger. En tout état de cause, les intérêts des parties peuvent être un motif justifiant la poursuite de la procédure arbitrale, possibilité envisagée à l'alinéa *a*.

[8]Voir deuxième partie, chapitre III.D.2 *a* et recommandation 53 [42].

[9]S'agissant de la suspension du droit de transférer des biens de la masse ou d'en disposer, une dérogation pourrait être prévue dans les cas où le débiteur est autorisé à continuer d'exploiter son entreprise et pourrait transférer des biens, constituer des sûretés sur des biens ou en disposer autrement dans le cours normal de ses activités.

[10]Voir l'article 21 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

Moment de la prise d'effet et durée d'application des mesures provisoires ou conservatoires

38) [30)] La législation sur l'insolvabilité devrait indiquer clairement le moment précis auquel les mesures provisoires ou conservatoires (recommandation 30) et les mesures automatiquement applicables à l'ouverture de la procédure (recommandation 35) prennent effet[11].

39) [31)] La législation sur l'insolvabilité devrait prévoir que les mesures automatiquement applicables à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (recommandation 35) s'appliqueront (sous réserve de la recommandation 40 et de son application aux créanciers garantis) pendant toute la durée de la procédure d'insolvabilité.

Créanciers garantis

40) [31)] La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que les mesures automatiquement applicables à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (recommandation 35) s'appliqueront aux créanciers garantis:

a) s'agissant d'une procédure de redressement, pendant toute la durée de la procédure;

b) s'agissant 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] [seront pas lésés] du fait de la prorogation.

41) [32)] Un créancier garanti peut bénéficier d'un assouplissement des mesures automatiquement applicables à l'ouverture de la procédure du type visé aux alinéas *a* et *b* de la recommandation 35 pour certains motifs, dont les suivants:

a) le bien grevé est sans valeur pour la masse[12] et n'est pas nécessaire

i) au redressement envisagé de l'entreprise du débiteur; ou

ii) à la cession envisagée de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité;

b) dans le cas d'une procédure de redressement, le plan de redressement n'a pas été approuvé dans un délai de [...] jours (lorsque la législation sur le redressement prévoit un tel délai); ou

c) la valeur économique du bien grevé diminue et le bien n'est pas protégé contre la dépréciation.

~~*d)* il n'y a pas de perspective raisonnable de redressement de l'entreprise du débiteur.~~

42) [33)] La législation sur l'insolvabilité devrait traiter de la dépréciation des biens grevés et prévoir des mesures de protection appropriées. Lorsque la valeur des biens grevés est supérieure au montant de la créance garantie et sera suffisante pour le remboursement de cette créance, les mesures de protection ne seront sans doute pas nécessaires. Lorsque la valeur des biens grevés n'est pas supérieure au montant de la créance garantie ou sera insuffisante pour le remboursement de cette créance si les biens se déprécient, les mesures de protection ~~contre la dépréciation de biens grevés de sûretés~~ peuvent être prévues, comme:

a) des versements en espèces;

b) la constitution de sûretés supplémentaires; ou

c) d'autres moyens qui, de l'avis du tribunal, sont de nature à apporter une protection appropriée.

[11]Par exemple, au moment du prononcé de la mesure, rétroactivement au début de la journée au cours de laquelle la mesure a été prononcée ou à quelque autre moment spécifié.

[12]Voir aussi les recommandations sur les biens qui représentent une charge pour la masse, sont sans valeur ou sont difficiles à réaliser (chap. III.C).

A/CN.9/WG.V/WP.63.Add.7

TABLE DES MATIÈRES

[*L'introduction et la première partie du projet de guide sont parues sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63; le chapitre premier de la deuxième partie sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 et Add.2; les sections A et B du chapitre II sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 et Add.4; les sections A et B du chapitre III sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 et Add.6; les sections D à F du chapitre III ainsi que les chapitres IV à VII paraîtront dans des additifs postérieurs au présent additif.*]

	Paragraphes	*Pages*
Deuxième partie (suite)		
III. RÉGIME APPLICABLE AUX BIENS À L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ	105-117	221
C. Utilisation et disposition des biens	105-117	221
1. Introduction	105	221
2. Biens compris dans la masse de l'insolvabilité	106-114	221
3. Biens appartenant à des tiers	115-117	223
Recommandations	(43)-(51)	223

Les numéros de paragraphe entre crochets renvoient aux paragraphes pertinents du document A/CN.9/WG.V/WP.58 qui contient la version précédente du projet de guide.

Les numéros de recommandation entre crochets sont ceux des recommandations qui avaient été publiées sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.61 et A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, qui contiennent la version précédente des recommandations. Dans le présent document, les ajouts aux recommandations sont indiqués par un texte souligné et les suppressions par un texte barré.

Deuxième partie *(suite)*

III. RÉGIME APPLICABLE AUX BIENS À L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ

C. Utilisation et disposition des biens

1. Introduction

105. Bien qu'il soit en règle générale souhaitable que la législation de l'insolvabilité ne lèse pas indûment les droits de propriété des tiers ou ceux des créanciers garantis, il sera souvent nécessaire, pour que l'objectif de la procédure d'insolvabilité puisse être atteint, que des biens entrant dans la masse de l'insolvabilité et des biens se trouvant en la possession du débiteur utilisés par l'entreprise débitrice continuent d'être utilisés ou que des actes de disposition continuent d'être accomplis. Cela vaut tout particulièrement pour les procédures de redressement, mais aussi pour les procédures de liquidation lorsque l'entreprise doit être vendue dans l'optique d'une poursuite de l'activité ou lorsque l'entreprise à liquider doit être maintenue en activité pendant une brève période afin de maximiser la valeur des biens, même si ceux-ci doivent être vendus séparément. Pour ces raisons, il est souhaitable que la législation de l'insolvabilité traite de l'utilisation, de la location ou de la disposition des biens de la masse et des biens appartenant à des tiers, fixe les conditions dans lesquelles ces biens pourront être utilisés et prévoie la protection des intérêts des tiers propriétaires et des créanciers garantis.

2. Biens compris dans la masse de l'insolvabilité

106. Dans certaines législations de l'insolvabilité, les personnes habilitées à exercer les pouvoirs afférents à l'utilisation et à la disposition des biens de la masse et les protections exigées varient selon que l'utilisation et la disposition s'inscrivent ou non dans le cours normal des activités de l'entreprise débitrice. Par exemple, les décisions concernant la vente, l'utilisation et la location de biens dans le cours normal des activités peuvent être prises par le représentant de l'insolvabilité sans que celui-ci ait à aviser les créanciers ou à en référer au tribunal. Lorsque la vente, l'utilisation ou la location ne s'inscrit pas dans le cours normal des activités, l'approbation du tribunal ou des créanciers peut être nécessaire. Certaines législations de l'insolvabilité établissent également une distinction entre divers types de biens et prévoient, pour chacun de ces types, des modalités d'utilisation et des conditions différentes. Des dispositions spéciales pourront s'appliquer, par exemple aux biens périssables ou autres biens qui se dépréciront s'ils ne sont pas vendus rapidement, aux liquidités et aux biens possédés conjointement par le débiteur et une autre personne.

a) *Méthodes de vente*

107. Lorsque des biens de la masse doivent être vendus, il importe qu'ils le soient d'une façon qui maximisera le prix qui en sera tiré et que les créanciers soient dûment avisés de la vente. Différentes approches ont été adoptées pour atteindre cet objectif. De nombreuses législations de l'insolvabilité exigent que les biens soient vendus aux enchères, certaines laissant aux créanciers ou au représentant de l'insolvabilité la faculté d'approuver une autre méthode de vente si elle doit être plus profitable. Certaines législations de l'insolvabilité donnent le pouvoir de vendre les biens au représentant de l'insolvabilité qui est tenu d'en tirer le meilleur prix pouvant raisonnablement être obtenu au moment de la vente. Certaines de ces législations limitent également le pouvoir du représentant de l'insolvabilité de choisir librement la méthode de vente. Lorsque le représentant de l'insolvabilité opte pour une vente privée au lieu d'une vente aux enchères publiques, la loi peut exiger que la vente soit supervisée par le tribunal ou que les créanciers donnent expressément leur approbation. D'autres législations de l'insolvabilité attribuent au tribunal un rôle important dans la vente des biens, celui-ci fixant la date, la forme et les conditions de la vente; le représentant de l'insolvabilité joue un rôle subsidiaire en recueillant les offres et en prenant l'avis des créanciers. Certaines législations de l'insolvabilité traitent aussi de questions telles que la vente de biens à un créancier pour compenser sa créance et la vente des biens du débiteur se trouvant en la possession d'un tiers à ce tiers, à un prix raisonnable compte tenu du marché.

108. Même si l'on peut penser que la législation de l'insolvabilité devrait, pour éviter la collusion, expressément interdire la vente à des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, dès lors que la vente est convenablement supervisée, une interdiction absolue n'est sans doute pas nécessaire.

b) *Vente de biens grevés d'une sûreté*

109. La législation de l'insolvabilité devra traiter la question de la disposition des biens grevés d'une sûreté et indiquer si c'est le représentant de l'insolvabilité ou le créancier garanti qui sera habilité à vendre ces biens. Dans une large mesure, l'approche adoptée diffère selon que la législation de l'insolvabilité inclut ou non les biens grevés d'une sûreté dans la masse de l'insolvabilité: dans la négative, le créancier garanti sera généralement libre de réaliser sa sûreté; dans l'affirmative, les approches sont diverses et, dans certains cas, dépendent de l'application d'autres dispositions de la législation de l'insolvabilité telles que celles relatives à l'arrêt des poursuites individuelles et à la faculté donnée au représentant de l'insolvabilité de vendre des biens grevés libres de toute sûreté. L'approche retenue peut aussi dépendre de la nature de la vente proposée: vente

séparée du bien ou vente s'inscrivant dans la cession globale de l'entreprise en vue d'une poursuite de l'activité. Certaines législations de l'insolvabilité, par exemple, prévoient que seul le représentant de l'insolvabilité sera habilité à disposer de ces biens tant en cas de liquidation qu'en cas de redressement. Certaines législations comportent des dispositions différentes selon qu'il s'agit d'une liquidation ou d'un redressement; seul le représentant de l'insolvabilité sera habilité à disposer des biens en cas de redressement, mais en cas de liquidation, ce pouvoir sera limité dans le temps. À l'expiration de la période d'exclusivité du représentant de l'insolvabilité, le créancier garanti pourra exercer ses droits. L'approche adoptée peut également être liée à la question de l'arrêt des poursuites: tant que les poursuites seront suspendues, seul le représentant de l'insolvabilité pourra disposer des biens.

c) *Faculté donnée au représentant de l'insolvabilité de vendre les biens de la masse sans qu'ils soient grevés d'un quelconque droit réel*

110. Certaines législations de l'insolvabilité prévoient que le représentant de l'insolvabilité pourra vendre les biens de la masse sans qu'ils soient grevés d'un quelconque droit réel, y compris une sûreté, sous réserve de certaines conditions. Il faudra, par exemple, que la vente soit autorisée par le droit commun, que la partie titulaire du droit réel consente à la vente, que le prix de vente soit supérieur à la valeur du droit réel ou que la partie titulaire du droit ait été contrainte (à l'issue d'une autre procédure judiciaire) d'accepter un désintéressement en espèces. Certaines législations prévoient également que, si la partie titulaire du droit réel ne consent pas à la vente, le représentant de l'insolvabilité pourra s'adresser au tribunal pour demander l'autorisation de vendre le bien. Cette autorisation sera accordée à condition que le tribunal soit convaincu, par exemple, que le représentant de l'insolvabilité a raisonnablement fait diligence pour obtenir le consentement, que la vente est dans l'intérêt du débiteur et des créanciers et qu'elle ne portera pas gravement préjudice à la partie titulaire du droit réel.

d) *Biens communs*

111. Lorsque des biens sont possédés en commun, sous une forme quelconque de propriété conjointe ou de copropriété, par le débiteur et une ou plusieurs autres personnes, différentes approches peuvent être adoptées concernant la vente du droit réel du débiteur. Si le droit commun autorise la division des biens entre le débiteur et les copropriétaires aux fins d'exécution, le droit réel revenant à la masse de l'insolvabilité peut être vendu sans que cela ait d'incidence pour les copropriétaires. Certaines législations de l'insolvabilité, toutefois, autorisent le représentant de l'insolvabilité à vendre globalement les bien communs lorsque certaines conditions sont remplies. Ce peut être le cas, par exemple, lorsque les biens ne sont pas divisibles entre la masse et les copropriétaires, lorsqu'une vente séparée serait beaucoup moins profitable pour la masse qu'une vente globale des biens libres des droits réels des copropriétaires, et lorsque les avantages pour la masse d'une telle vente l'emportent sur le préjudice que pourraient subir les copropriétaires. La législation de l'insolvabilité peut également donner aux copropriétaires la possibilité d'acheter le droit réel du débiteur avant que la vente à une autre partie ne soit menée à terme.

e) *Biens qui constituent une charge, biens sans valeur et biens difficilement réalisables*

112. [51] Il peut être conforme à l'objectif de maximisation de la valeur et de réduction des frais de procédure d'autoriser le représentant de l'insolvabilité, sous réserve de l'approbation du tribunal ou des créanciers, à abandonner le droit réel de la masse sur certains biens, y compris des terrains, actions ou parts, contrats, etc., à condition que cet abandon ne porte pas atteinte à des intérêts généraux supérieurs. Cette approche peut se justifier dans les situations suivantes: lorsque les biens ont une valeur négative ou insignifiante, lorsqu'ils ne sont pas essentiels au redressement, lorsque leur maintien dans la masse nécessiterait des dépenses excessives qui excéderaient sa valeur de réalisation ou s'accompagnerait d'une obligation trop astreignante ou d'une obligation financière, ou lorsqu'ils sont invendables ou difficilement vendables.

f) *Remise de biens grevés d'une sûreté*

113. [80] Lorsque la validité d'une sûreté a été établie mais que les biens 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, la législation de l'insolvabilité peut autoriser ce dernier à les remettre au créancier garanti, avec ou sans l'approbation du tribunal.

g) *Créances*

114. Lorsque la masse comprend des créances (le droit contractuel du débiteur d'obtenir le paiement d'une certaine somme), il peut être avantageux que le représentant de l'insolvabilité soit habilité à céder ces droits afin d'obtenir, par exemple, une contrepartie pour la masse ou un crédit. Différentes approches de la question de la cession des créances dans le contexte de l'insolvabilité ont été adoptées (voir deuxième partie, chap. III.D). [111] Certaines législations de l'insolvabilité spécifient que l'ouverture d'une procédure rend les clauses d'incessibilité nulles et non avenues. D'autres laissent la question être régie par le droit commun des contrats. Si le contrat comporte une clause d'incessibilité, il ne peut être cédé sans l'accord du cocontractant ou de toutes les parties au contrat initial. Certaines législations prévoient également que si le cocontractant ne donne pas son consentement, le représentant de l'insolvabilité pourra céder le contrat avec l'autorisation du tribunal s'il peut être démontré que le cocontractant refuse son consentement sans raison valable ou si le représentant de l'insolvabilité parvient à démontrer au cocontractant que le cessionnaire est capable d'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 à l'article 9 de la Convention de la CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international (2001).

3. Biens appartenant à des tiers

115. [48] Des questions complexes peuvent se poser lorsqu'il s'agit de déterminer si un bien appartient au débiteur ou à une autre partie et si les biens d'un tiers qui se trouvent en la possession du débiteur (dans le cadre d'accords d'utilisation, de location ou de licence) à l'ouverture de la procédure devraient être inclus dans la masse de l'insolvabilité (voir deuxième partie, chap. III.A 3 *a* et les développements sur les arrangements de réserve de propriété). Quelle que soit la réponse à cette question, dans certains cas d'insolvabilité, des biens appartenant à des tiers, à l'instar des biens grevés d'une sûreté, seront indispensables à la poursuite de l'activité de l'entreprise, en particulier dans le cadre d'un redressement mais aussi, dans une moindre mesure, dans certaines procédures de liquidation. Dans ces cas, il serait avantageux que la législation de l'insolvabilité prévoie un mécanisme qui permette l'utilisation de ces biens dans la procédure d'insolvabilité. Certaines législations de l'insolvabilité traitent cette question en indiquant les catégories de biens 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 du bien en vertu d'un arrangement contractuel, et elles peuvent par exemple limiter le droit de résilier ledit contrat ou encore empêcher le propriétaire de récupérer ses biens en cas d'insolvabilité (du moins sans l'approbation du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité) et permettre au représentant de l'insolvabilité de continuer à les utiliser (voir deuxième partie, chap. III.D).

116. [49] Les biens faisant l'objet d'un contrat de location qui sont utilisés par le débiteur en tant que preneur à bail et dont le bailleur conserve la propriété méritent peut-être une attention particulière. Dans les pays où les arrangements qui permettent au financier de conserver la propriété du bien, à la différence d'une hypothèque ou d'une sûreté, sont très courants, il peut être nécessaire de respecter le titre de propriété du créancier et de permettre la distraction du bien de la masse (sous réserve des règles concernant le traitement des contrats: le droit de distraction peut être restreint si, par exemple, le représentant de l'insolvabilité choisit de poursuivre le contrat de location). D'autres législations en revanche prévoient la possibilité pour le tribunal d'ordonner un moratoire qui empêche les tiers de réclamer leurs biens 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 de l'actif et à faire en sorte que la distraction du bien considéré n'empêche pas la cession de l'entreprise en vue d'une poursuite de l'activité ou son redressement. *[Note au Groupe de travail: cette section doit être alignée sur le guide concernant les sûretés; voir chap. III.A, par. 66, sous Biens visés.]* Il peut aussi parfois être nécessaire d'examiner de près ces types d'arrangements de financement pour déterminer si derrière le contrat de location ne se cache pas, en fait, une sorte de prêt garanti, auquel cas le bailleur serait soumis aux mêmes restrictions dans la procédure d'insolvabilité que le prêteur garanti.

117. Lorsque des biens appartenant à des tiers sont utilisés dans la procédure d'insolvabilité, la législation de l'insolvabilité devrait aussi peut-être prendre en compte la protection du droit réel du propriétaire, tout comme une protection est accordée aux créanciers garantis. Il est souhaitable que la masse paie une certaine somme en contrepartie des avantages qu'elle tire de la poursuite de l'utilisation du bien et que cette somme soit considérée comme une dépense d'administration de la masse. Il est également souhaitable que la législation de l'insolvabilité prévoie une protection appropriée contre la dépréciation des biens appartenant à des tiers.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

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 prévoir le traitement des biens qui occasionnent des frais, des biens dont il a été établi qu'ils sont sans valeur pour la masse de l'insolvabilité et des biens qui ne peuvent être réalisés dans un délai raisonnable par le représentant de l'insolvabilité. ~~de permettre la renonciation à des biens qui occasionnent des frais et la remise des biens grevés d'une sûreté non profitables.~~

Contenu des dispositions législatives

Biens compris dans la masse de l'insolvabilité

43) [35)] Lorsque la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice 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 d'utiliser, de vendre ou de louer des biens compris dans la masse de l'insolvabilité dans le cours normal des activités;

b) permettre au représentant de l'insolvabilité d'utiliser, de vendre ou de louer des biens compris dans la masse de l'insolvabilité 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 des tiers].

44) Aux fins de la recommandation 43, la législation de l'insolvabilité devrait prévoir que les biens grevés d'une sûreté[1] ne peuvent être utilisés par le représentant de l'insolvabilité que lorsque cela contribue et est nécessaire au bon déroulement de la procédure d'insolvabilité[2].

[1]La recommandation 27 inclut les biens grevés d'une sûreté dans la masse de l'insolvabilité.

[2]L'utilisation de ces biens sera subordonnée à d'autres dispositions de la législation de l'insolvabilité, dont celles relatives au traitement des contrats.

45) La législation de l'insolvabilité devrait comporter des dispositions concernant la protection du créancier garanti dans les cas où le représentant de l'insolvabilité utilise des biens grevés d'une sûreté. Les avantages qui découlent pour la masse de l'insolvabilité de l'utilisation des biens devraient donner lieu à un paiement qui entrerait dans les frais d'administration de la masse, et le créancier garanti devrait avoir droit à une protection contre la dépréciation du bien grevé.

Biens appartenant à un tiers

46) [36)] La législation de l'insolvabilité devrait autoriser l'utilisation par le représentant de l'insolvabilité de biens appartenant à un tiers qui ne sont pas compris dans la masse de l'insolvabilité mais qui sont en la possession du débiteur à la date de l'ouverture, lorsque cela contribuerait et serait nécessaire au bon déroulement de la procédure d'insolvabilité[3]. Lorsque des biens appartenant à un tiers sont en la possession du débiteur à la date de l'ouverture, la législation de l'insolvabilité devrait prévoir leur restitution au tiers s'ils sont sans intérêt ou sans valeur pour la masse de l'insolvabilité.

47) La législation de l'insolvabilité devrait comporter des dispositions concernant la protection du tiers propriétaire des biens lorsque ceux-ci sont utilisés par le représentant de l'insolvabilité. Les avantages qui découlent pour la masse de l'insolvabilité de l'utilisation des biens devraient donner lieu à un paiement qui entrerait dans les frais d'administration de la masse, et le propriétaire des biens devrait avoir droit à une protection contre leur dépréciation.

Biens qui constituent une charge, biens sans valeur et biens difficilement réalisables

48) [37)] La législation de l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité de ~~renoncer à tous~~ décider comment traiter les biens qui sont une charge[4] pour la masse de l'insolvabilité ou qui ne sont pour elle d'aucun profit. En particulier, la législation de l'insolvabilité peut donner au représentant de l'insolvabilité la possibilité de renoncer au droit réel de la masse sur les biens [sous réserve de l'approbation du tribunal ou des créanciers].

49) [38)] La législation de l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité [sous réserve de l'approbation du tribunal ou des créanciers] de ~~remettre~~ restituer au créancier garanti un bien grevé d'une sûreté valable lorsqu'il est établi que ce bien est une charge ou est sans valeur pour la masse de l'insolvabilité. La législation de l'insolvabilité [devrait] [peut] aussi prévoir que lorsqu'un bien grevé d'une sûreté valable ne peut être réalisé dans un délai raisonnable par le représentant de l'insolvabilité, ou lorsqu'on est raisonnablement en droit de s'attendre que le créancier garanti puisse le vendre plus facilement et à un meilleur prix, le bien pourra être restitué au créancier garanti.

Méthodes de vente des biens

50) [39)] La législation de l'insolvabilité devrait prévoir des méthodes de vente qui maximisent la valeur des biens vendus [en dehors du cours normal des activités] [que ce soit dans le cadre d'une liquidation ou d'un redressement], en autorisant à la fois les enchères publiques et les ventes privées et en exigeant que les créanciers soient dûment avertis de toute vente. Les ventes privées devraient ~~peuvent~~ être soumises à [la supervision] [l'approbation] du tribunal ou à l'approbation des créanciers.

Faculté de vendre libres de toute sûreté des biens compris dans la masse de l'insolvabilité

51) [40)] La législation de l'insolvabilité peut autoriser le représentant de l'insolvabilité à vendre libres de toute sûreté ~~détenue par une entité autre que la masse~~ des biens compris dans la masse de l'insolvabilité, à condition que:

~~*a)* que le droit commun le permette;~~

~~*b)* que l'entité y consente;~~

a) qu'il avise le créancier garanti de son intention de vendre le bien grevé;

b) que le créancier garanti se voie donner la possibilité de s'opposer à la vente proposée[5];

c) que l'arrêt des poursuites soit maintenu; et

d) que l'ordre de préférence dans la distribution du produit de la vente du bien soit préservé.

[3] L'utilisation de ces biens sera soumise à d'autres dispositions de la législation de l'insolvabilité, notamment celles concernant le traitement des contrats.

[4] La législation de l'insolvabilité peut préciser les circonstances dans lesquelles un bien peut être considéré comme constituant une charge, notamment [51] lorsqu'il a une valeur négative ou insignifiante; lorsqu'il n'est pas essentiel au redressement; lorsque son maintien dans la masse nécessiterait des dépenses excessives qui excéderaient sa valeur de réalisation ou s'accompagnerait d'une obligation trop astreignante ou d'une obligation financière; ou lorsqu'il est invendable ou difficilement vendable.

[5] Dans le cas d'un créancier garanti, l'opposition à la vente ne pourra généralement être acceptée que si le créancier peut vendre le bien à un meilleur prix que celui qui est proposé au représentant de l'insolvabilité.

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.8

TABLE DES MATIÈRES

[*L'introduction et la première partie du projet de guide sont publiées sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63; le chapitre premier de la deuxième partie sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 et Add.2; les sections A et B du chapitre II sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 et Add.4; les sections A à C du chapitre III sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 à 7; les sections E et F du chapitre III et les chapitres IV à VII dans les additifs suivants*]

	Paragraphes	*Pages*
Deuxième partie (suite)		
III. RÉGIME APPLICABLE AUX BIENS À L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ	118-150	225
D. Traitement des contrats	118-150	225
1. Introduction	118-122	225
2. Continuation	123-135	226
3. Rejet	136-142	228
4. Contrats de location	143	229
5. Cession	144-146	229
6. Exceptions générales au pouvoir de poursuivre, de rejeter et de céder des contrats	147-149	230
7. Contrats postérieurs à l'ouverture de la procédure	150	230
Recommandations	(52)-(68)	230

Les numéros de paragraphe entre crochets sont ceux des paragraphes de la précédente version du Guide publiée sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.58.

Les numéros de recommandation entre crochets sont ceux des recommandations qui avaient été publiées sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.61 et A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1. Dans le présent document, les ajouts aux recommandations sont indiqués par un texte souligné et les suppressions par un texte barré.

Deuxième partie *(suite)*

III. RÉGIME APPLICABLE AUX BIENS À L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ

D. Traitement des contrats

1. Introduction

118. [86] À mesure qu'une économie se développe, une part croissante de sa richesse tend à reposer 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 biens de la masse 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 biens potentiellement précieux. De ce fait, des décisions délicates doivent être prises concernant le traitement qui sera le plus rentable pour la masse. [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.

119. [87] Afin de maximiser la valeur des biens 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 qui 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 de marchandises particulières 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. Dans de nombreux cas, la continuation du contrat sera avantageuse pour les deux parties contractantes, et non uniquement pour le débiteur.

120. [88] Avant de décider du traitement à accorder aux contrats dans la procédure d'insolvabilité, il faut déterminer l'importance relative qu'on attribue, d'une part, au respect du droit général des contrats dans la procédure et, de l'autre, aux facteurs qui justifient une dérogation à ces principes contractuels établis. Plusieurs éléments devront sans doute être pris en compte, tels que la mesure dans laquelle les objectifs d'ordre public l'emportent sur le besoin de prévisibilité; les préoccupations sociales particulières liées à certains types de contrats, comme les contrats de travail (voir ci-dessous); l'effet de la modification des clauses 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 de poursuivre ou de rejeter des contrats dans la procédure d'insolvabilité est étendu, plus le crédit risque d'être onéreux et difficile à obtenir); ainsi que la mesure dans laquelle le fait de décider de l'avenir des contrats favorisera la réutilisation des biens économiques.

121. [88] Lorsque la législation sur l'insolvabilité permet qu'on déroge aux principes contractuels généraux, il faut en outre déterminer la portée de cette dérogation ainsi que les catégories de contrats concernées. [84] À l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, le débiteur sera presque inévitablement partie à au moins un contrat dans lequel le cocontractant et lui-même doivent encore s'acquitter d'obligations autres que le paiement d'une somme d'argent, par exemple le prix convenu pour les marchandises livrées. [85] Aucune règle spéciale n'est nécessaire dans le cas où seule une partie ne s'est pas pleinement acquittée de ses obligations: s'il s'agit du débiteur, le cocontractant pourra présenter une demande d'exécution ou de dommages-intérêts dans le cadre de la procédure d'insolvabilité (voir deuxième partie, chap. VI.A); s'il s'agit du cocontractant, le représentant de l'insolvabilité pourra lui demander l'exécution ou le versement de dommages-intérêts. En revanche, lorsque les deux parties n'ont pas pleinement exécuté leurs obligations, de nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient, dans des cas précis, la continuation du contrat ou la possibilité de le rejeter (ou éventuellement de le céder, cette option n'étant toutefois pas fréquemment autorisée). 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.

122. [88] Pour ce qui est des catégories de contrats concernées, une solution fréquente consiste à énoncer, dans les lois sur l'insolvabilité, des règles générales pour toutes les catégories de contrats, puis des exceptions pour certains contrats particuliers. Il peut être nécessaire de limiter la faculté de rejeter les contrats de travail, par exemple, si l'on craint que la liquidation ne soit utilisée dans le but précis d'éliminer la protection offerte aux salariés par ces contrats. D'autres catégories de contrats peuvent exiger un traitement particulier comme les opérations sur les marchés financiers (voir deuxième partie, chap. III.F) et les contrats pour services personnels, dans lesquels l'identité de la partie exécutante, que ce soit le débiteur lui-même ou un employé du débiteur, revêt une importance particulière.

2. Continuation

123. [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 poursuivre des contrats qui sont rentables ou essentiels pour l'entreprise et augmentent la valeur de la masse peut être cruciale pour le succès de la procédure.

124. [100] La continuation des contrats après l'ouverture de la procédure 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 bien particulier ou de faciliter la cession de cette dernière en vue de la poursuite de l'activité. Un contrat de location, par exemple, dans lequel le loyer est inférieur au prix 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 au profit des créanciers.

a) *Clauses de résiliation automatique*

125. [96] De nombreux contrats contiennent une clause prévoyant que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou d'autres signes de difficultés financières constituent un défaut d'exécution donnant au cocontractant un droit inconditionnel, par exemple de résilier le contrat ou d'en exiger l'exécution anticipée, ou quelque autre droit. Certaines législations reconnaissent la validité de telles clauses au profit de la masse: lorsque le représentant de l'insolvabilité veut poursuivre un contrat après l'ouverture de la procédure, il pourra le faire 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 ce cas, si le cocontractant a la faculté de résilier le contrat, la loi sur l'insolvabilité peut prévoir un mécanisme susceptible d'être utilisé pour le convaincre de permettre la continuation du 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).

126. [97] L'approche consistant à faire respecter ce type de clauses de résiliation trouve plusieurs justifications: le fait qu'il est souhaitable d'honorer les engagements commerciaux; 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 sur la compensation globale des contrats financiers de la non-application d'une clause de résiliation automatique; 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; et l'effet sur les activités du cocontractant de la résiliation d'un contrat en ce qui concerne un bien incorporel.

127. [98] Une autre approche consiste à autoriser le représentant de l'insolvabilité à poursuivre un contrat malgré les objections du cocontractant. En d'autres termes, toute clause prévoyant qu'un quelconque défaut d'exécution, tel que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, ouvre au

cocontractant le droit de résilier le contrat ou d'en exiger l'exécution anticipée est annulée par le seul effet de la loi sur l'insolvabilité. 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 associés à un produit clef. Elle peut également permettre 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 et d'impliquer tous les créanciers dans le redressement. 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 pour un autre motif avant que soit demandée l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (en invoquant un défaut d'exécution du débiteur autre que 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 soient remplies.

128. [101] On peut 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, au profit de tous 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.

129. [99] Si certains pays ont introduit des dispositions autorisant l'annulation des clauses de résiliation, ce type de dispositions n'est pas encore fréquent dans les lois sur l'insolvabilité. Il y a inévitablement des tensions entre le désir de favoriser la survie de l'entreprise débitrice, ce qui peut exiger de préserver les contrats, et la crainte de générer de l'incertitude et des frais supplémentaires dans les opérations commerciales en créant de multiples exceptions aux règles générales. Même si la question mérite que l'on pèse soigneusement le pour et le contre, il est des cas où la faculté pour le représentant de l'insolvabilité d'assurer la continuation d'un contrat 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 vue de la poursuite de l'activité. On peut contrebalancer les effets négatifs 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 après l'ouverture de la procédure.

b) *Procédure pour la continuation des contrats*

130. [92] Les lois sur l'insolvabilité adoptent des règles différentes concernant la continuation des contrats. Certaines disposent que 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 l'application d'autres règles ne soit expressément prévue, comme dans le cas des clauses de résiliation automatique (voir ci-dessus). [91] D'autres exigent que le représentant de l'insolvabilité décide dans un délai déterminé si le contrat est nécessaire et sera poursuivi, faute de quoi celui-ci sera considéré comme rejeté. Si on adopte cette approche, on devra sans doute faire une distinction entre liquidation et redressement. Dans la liquidation, on peut prévoir la résiliation automatique des contrats sauf si le représentant de l'insolvabilité prend des dispositions dans un délai spécifié pour préserver un contrat. Dans le redressement, en revanche, une plus grande souplesse sera peut-être nécessaire pour éviter que l'absence de décision dans le délai prévu ne prive la masse d'un contrat qui pourrait être essentiel pour la procédure. Cette approche a néanmoins un inconvénient: dans la pratique, le représentant risque souvent de ne pas être en mesure de se prononcer sur un contrat, faute pour celui-ci de pouvoir être exécuté, et le fait d'exiger un choix explicite pour chaque contrat pourrait donner lieu à une procédure excessivement lourde et coûteuse.

131. [91] Quelles que soient les règles adoptées en ce qui concerne la continuation des contrats, il est souhaitable que les droits du représentant de l'insolvabilité soient limités au contrat dans son ensemble, de sorte que celui-ci ne puisse choisir de poursuivre certaines parties du contrat et d'en rejeter d'autres. Il est également souhaitable que ces droits soient limités aux contrats dont le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal ont connaissance (lorsque ce dernier participe aux décisions concernant les contrats), faute de quoi l'absence de décision concernant un contrat dont le représentant de l'insolvabilité ignore l'existence risque de donner lieu à des demandes de dommages-intérêts et éventuellement d'engager sa responsabilité professionnelle.

c) *Continuation de contrats en cas de défaut d'exécution du débiteur*

132. [93] En cas d'inexécution du contrat par le débiteur au moment où est demandée l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, la question 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 poursuivis 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. D'autres n'exigent pas la réparation des défauts d'exécution antérieurs mais peuvent limiter cette approche à quelques catégories de contrats comme les contrats divisibles (par exemple la fourniture de services essentiels). Le représentant de l'insolvabilité peut être tenu de donner l'assurance que le contrat sera exécuté à l'avenir et, dans certains cas, d'engager sa responsabilité personnelle en cas d'inexécution future.

d) *Créances nées de la continuation de contrats*

133. [94] Les contrats poursuivis sont traités comme des obligations courantes postérieures à l'ouverture de la procédure dont le débiteur doit s'acquitter. Les créances nées de l'exécution du contrat après l'ouverture de la procédure sont considérées, dans un certain nombre de législations sur

l'insolvabilité, comme des frais d'administration (voir deuxième partie, chap. VI.A) et non comme des créances chirographaires et se voient accorder la priorité au moment de la répartition. L'octroi d'une telle priorité constituant 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 ou essentiels à la poursuite des activités du débiteur. D'autres lois sur l'insolvabilité n'accordent pas la priorité à ces créances, qui occupent le même rang que les autres créances non garanties.

e) *Modification des contrats poursuivis*

134. [88] Une autre question à examiner est de savoir dans quels cas un représentant de l'insolvabilité peut modifier les clauses des contrats qui sont poursuivis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. En cas de continuation, les clauses du contrat doivent être respectées. En règle générale, le représentant de l'insolvabilité n'aura pas plus de droits en matière de modification des contrats que n'en aurait normalement le débiteur. Il devra donc négocier chaque modification avec l'autre partie et toute modification apportée sans le consentement de celle-ci constituera une contravention au contrat pour laquelle elle peut demander des dommages-intérêts.

f) *Exceptions au pouvoir de poursuivre des contrats*

135. [102] On distingue généralement deux catégories d'exceptions au pouvoir du représentant de l'insolvabilité de décider de la continuation d'un contrat. D'une part, lorsque le représentant de l'insolvabilité est habilité à annuler des clauses de résiliation automatique, des exceptions spécifiques peuvent être prévues pour certains types de contrats, notamment des contrats financiers à court terme (par exemple des accords d'échange et des contrats à terme; voir deuxième partie, chap. III.F). D'autre part, des exceptions peuvent être prévues pour les contrats qui, indépendamment du traitement accordé aux clauses de résiliation automatique par la loi sur l'insolvabilité ne peuvent être poursuivis parce qu'ils stipulent la fourniture par le débiteur ou par un employé du débiteur de services personnels non substituables (le contrat peut porter, par exemple, sur des droits de propriété intellectuelle particuliers, des services exigeant un accord de partenariat, la prestation de services par une personne ayant des connaissances très spécialisées ou par une personne nommément désignée ayant une compétence particulière).

3. Rejet

136. [103] Pour les raisons examinées dans l'introduction ci-dessus, il est souhaitable qu'un représentant de l'insolvabilité ait le pouvoir de rejeter un contrat dans lequel les deux parties n'ont pas intégralement exécuté leurs obligations. [91] Il est également souhaitable que tout droit de rejeter un contrat soit limité au contrat dans son ensemble, de manière à éviter que le représentant de l'insolvabilité puisse choisir de poursuivre certaines parties du contrat et pas d'autres.

137. [107] Dans le cas d'un redressement, on peut accroître les chances de réussite en autorisant le représentant de l'insolvabilité à rejeter 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.

a) *Procédure de rejet*

138. [104] Comme pour la continuation, différents mécanismes peuvent être utilisés pour rejeter des contrats. De nombreuses législations prévoient une procédure commune, dans laquelle, par exemple, le représentant de l'insolvabilité est tenu de prendre des dispositions à l'égard d'un contrat, telles qu'aviser le cocontractant de sa continuation ou de son rejet. Certaines lois exigent que cette notification soit faite dans un délai déterminé. En l'absence de délai, 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 et s'il laisse la question en suspens pendant un certain temps. Lorsque le contrat en question implique une prestation continue, l'inaction du représentant de l'insolvabilité 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 bail n'est pas rapidement résilié) ou de mettre un terme à la fourniture d'un service essentiel (lorsque le représentant de l'insolvabilité est tenu de décider rapidement de la continuation d'un contrat).

139. [105] Selon une deuxième approche, le contrat peut être considéré comme automatiquement rejeté si le représentant de l'insolvabilité ne décide pas dans un délai déterminé qu'il devrait être poursuivi. Ce délai 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. Certaines législations prévoient également que le cocontractant peut demander au représentant de l'insolvabilité de prendre une décision concernant un contrat particulier dans un délai déterminé ou saisir le tribunal pour obliger celui-ci à se prononcer; en l'absence de décision, le contrat peut être considéré comme rejeté.

140. [108] Comme mentionné plus haut pour la continuation, il peut être indiqué d'établir une distinction entre liquidation et redressement pour prévoir une disposition supplétive concernant le rejet des contrats. 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 rejeter le contrat, cette supposition n'est peut-être pas toujours valable dans le cas d'un redressement. Il est peut-être indiqué, dans ce dernier cas, que le représentant de l'insolvabilité ait la possibilité de se prononcer sur le rejet d'un contrat jusqu'à l'approbation du plan de redressement, à condition que toute prestation reçue au titre de ce contrat

soit payée jusqu'au moment de son rejet comme s'il s'agissait d'une dépense d'administration et que le cocontractant ait la possibilité d'exiger une décision anticipée si celle-ci est nécessaire ou souhaitée. 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 rejetés lors de l'approbation du plan.

b) *Effet du rejet sur le cocontractant*

141. [106] Il est souhaitable que le représentant de l'insolvabilité soit tenu de payer sur la masse toute prestation reçue au titre du contrat jusqu'à ce que soit décidé la continuation ou le rejet de ce dernier. En cas de rejet, le cocontractant est dispensé d'exécuter le reste du contrat, le seul problème délicat étant de calculer le montant du préjudice subi. Il devient un créancier chirographaire titulaire d'une créance égale au montant de ce préjudice. Lorsqu'un contrat a été exécuté durant la procédure avant d'être rejeté, le cocontractant peut détenir à la fois des créances nées de l'exécution pendant la période antérieure au rejet (qui seront éventuellement considérées comme des frais d'administration)[1] et des créances indemnitaires pour le préjudice découlant du rejet. Si le contrat est poursuivi, la masse comme le cocontractant seront tenus d'en exécuter les clauses.

c) *Exceptions au pouvoir de rejeter des contrats*

142. [109] Quelle que soit l'étendue des pouvoirs de rejet conférés au représentant de l'insolvabilité, des exceptions peuvent être nécessaires pour certains contrats. Les contrats de travail (voir deuxième partie, chap. III.D.6) et certains contrats financiers (voir deuxième partie, chap. III.F) constituent une exception majeure. Il pourrait être indiqué d'appliquer une exception similaire aux contrats dans lesquels le débiteur est bailleur ou franchiseur ou octroie une licence en propriété intellectuelle et dont la résiliation mettrait fin ou nuirait gravement aux activités du cocontractant, en particulier si les avantages en découlant pour le débiteur sont relativement minimes.

4. Contrats de location

143. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient des dispositions particulières pour les contrats de location en cours. Certaines autorisent le rejet d'un contrat de location dans lequel le débiteur est locataire indépendamment de sa date d'expiration, sous réserve que les délais de notification prévus par la loi ou le contrat soient respectés. Le rejet donnerait lieu à une demande de dédommagement de la part du bailleur pour résiliation anticipée. Lorsque le débiteur est locataire et que son contrat de location est poursuivi, il peut être indiqué d'imposer certaines conditions au représentant de l'insolvabilité, telles que l'obligation de réparer tout défaut d'exécution, de verser des dommages-intérêts pour tout préjudice résultant d'un tel défaut et de donner l'assurance que les obligations prévues dans le contrat seront exécutées à l'avenir. [109] Il peut en outre être souhaitable de fixer un plafond pour les dommages-intérêts exigés par le bailleur (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 auront généralement la possibilité de compenser leurs pertes en relouant le bien.

5. Cession

144. [110] La faculté qu'a le représentant de l'insolvabilité de céder des contrats en dépit de clauses de résiliation en cas d'insolvabilité ou de restrictions concernant les transferts prévues dans le contrat peut être très avantageuse pour la masse et, partant, pour les bénéficiaires du produit réparti après la liquidation ou dans le cadre d'un redressement. [111] Alors que la faculté de céder revêt, pour certains pays, une importance cruciale dans la procédure de liquidation, pour d'autres pays elle est totalement étrangère et interdite. [110] Il peut aussi exister des cas, par exemple lorsque le prix contractuel est inférieur au prix du marché, où le rejet du contrat peut entraîner un gain exceptionnel pour le cocontractant. Si le contrat peut être cédé, c'est la masse de l'insolvabilité, et non le cocontractant, qui bénéficiera de la différence entre le prix du contrat et le prix du marché.

145. [111] Toutefois, permettre la cession d'un contrat alors que les clauses de celui-ci l'interdisent 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, [97] outre 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. Cette question est traitée différemment selon les législations. Certaines lois sur l'insolvabilité spécifient que l'ouverture d'une procédure rend les clauses d'incessibilité nulles et non avenues. D'autres renvoient la question au droit général des contrats; si le contrat contient une clause de non-cession, il ne peut être cédé sans l'accord du cocontractant ou de toutes les parties au contrat initial. Parmi ces lois, certaines ménagent, si 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 ou lorsque le représentant de l'insolvabilité peut démontrer 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[2].

146. [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.

[1] Voir deuxième partie, chapitre VI.C, sur le classement des créances.

[2] Cette approche va dans le sens, par exemple, de celle qui a été adoptée à l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (2001).

6. Exceptions générales au pouvoir de poursuivre, de rejeter et de céder des contrats

147. [112] Un certain nombre d'exceptions spécifiques aux pouvoirs examinés dans la présente section ont été mentionnées plus haut. Cependant, une loi sur l'insolvabilité devra peut-être envisager, pour certaines catégories de contrats, des exceptions générales non seulement à ces pouvoirs, mais aussi à l'application de certaines de ses autres dispositions. Les exceptions concernant les contrats financiers, la compensation et la compensation globale sont examinées au chapitre III.F de la deuxième partie.

— Contrats de travail

148. [113] Les contrats de travail constituent une exception majeure aux pouvoirs examinés dans la présente section. S'ils sont particulièrement importants dans le redressement, ils le sont aussi dans la liquidation lorsque le représentant de l'insolvabilité tente de céder l'entité en vue de la poursuite de l'activité. Il pourra obtenir un meilleur prix de vente 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'entrent 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 des autres branches du droit qui protègent les salariés. Ces dispositions peuvent porter, par exemple, sur les points suivants: licenciement abusif; 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 la procédure d'insolvabilité, dès lors qu'elles soulèvent des questions beaucoup plus larges que la résiliation du contrat et la priorité des créances monétaires sous forme de salaires et indemnités non versés (voir deuxième partie, chap. VI.A et C). C'est pourquoi un certain nombre de pays ont adopté des régimes spéciaux pour la protection des créances salariales en cas d'insolvabilité 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 rejeter les contrats de travail, par exemple à des cas bien déterminés, comme celui d'une rémunération excessive des salariés par rapport à celle qui serait normalement versée pour le même travail. Dans certains pays, la loi prévoit le maintien des salariés en cas de cession de l'entreprise en vue de la poursuite de son exploitation, à la fois dans l'hypothèse d'une liquidation et dans celle d'un redressement, ou uniquement dans l'hypothèse d'un redressement.

149. [114] Pour une plus grande 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

7. Contrats postérieurs à l'ouverture de la procédure

150. [114] Aux contrats en cours s'ajoute une deuxième catégorie de contrats, à savoir ceux conclus après l'ouverture de la procédure. Dans la procédure de redressement et lorsque l'entreprise en liquidation doit être cédée en vue de la poursuite de son exploitation, il sera souvent nécessaire de conclure des contrats (tant dans le cours normal des activités qu'en dehors) pour que l'entreprise puisse continuer à tourner et à réaliser des gains qui profiteront finalement aux créanciers. Ces contrats sont généralement considérés comme des obligations de la masse postérieures à l'ouverture de la procédure et [90] leur inexécution 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 la procédure (voir deuxième partie, chap. VI.C).

Recommandations

Objet de dispositions législatives

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~~, dans lesquels tant le débiteur que son cocontractant n'ont pas encore entièrement exécuté leurs obligations respectives, devraient être traités dans la législation sur l'insolvabilité, y compris le rapport entre la législation sur 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 l'étendue des pouvoirs concernant ces contrats et dans quels cas [et par qui] ces pouvoirs peuvent être exercés;

c) d'identifier les catégories de contrats qui devraient être exclues de l'exercice de ces pouvoirs.

Contenu des dispositions législatives

52) [41)] La législation sur l'insolvabilité devrait régler la question du traitement des contrats ~~que le débiteur ou son cocontractant n'ont pas exécutés ou pas entièrement exécutés~~ dans lesquels tant le débiteur que son cocontractant n'ont pas encore entièrement exécuté leurs obligations respectives.

Clauses de résiliation automatique

53) [42)] La législation sur l'insolvabilité [peut] [devrait] rendre inopposable [au représentant de l'insolvabilité] toute disposition d'un contrat prévoyant le droit de résilier le contrat dans les cas suivants ou assimilant l'un des cas suivants à un défaut d'exécution:

a) demande d'ouverture ou ouverture d'une procédure d'insolvabilité;

b) nomination d'un représentant de l'insolvabilité;

c) débiteur satisfaisant aux critères d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité; ou

d) signes indiquant que le débiteur est dans une situation financière précaire.

Continuation

54) [43)] La législation sur l'insolvabilité devrait prévoir que le représentant de l'insolvabilité peut [décider de] poursuivre un contrat lorsque la continuation serait profitable à la masse de l'insolvabilité[3].

Défaut d'exécution d'un contrat poursuivi

55) [45)] Lorsqu'un contrat est poursuivi après l'ouverture de la procédure, la législation sur l'insolvabilité devrait prévoir que toutes les chances de ce contrat sont opposables (à l'exception, comme le prévoit la recommandation 53, des clauses de résiliation automatique) et que les dommages-intérêts dus en cas d'inexécution ultérieure du contrat par le représentant de l'insolvabilité sont assimilables à une dépense liée à l'administration de la masse.

Continuation de contrats en cas d'inexécution du débiteur

56) [46)] Lorsque le débiteur manque à ses obligations au titre d'un contrat au moment de l'ouverture de la procédure et que le représentant de l'insolvabilité cherche à poursuivre ce contrat, la législation sur 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 [décider de] poursuivre ce contrat, à condition qu'il [soit] [puisse être] remédié au manquement de sorte que le cocontractant qui n'est pas en défaut retrouve la situation 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 [décider de] poursuivre certains contrats [par exemple ceux qui sont divisibles, tels que les contrats de fourniture de services essentiels] 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.]

Rejet

57) [47)] La législation sur l'insolvabilité devrait prévoir que le représentant de l'insolvabilité peut [décider de] rejeter un contrat trop lourd[4] à gérer pour la masse de l'insolvabilité.

58) [44)] Pendant la période postérieure à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, et avant que le contrat soit rejeté, la législation sur l'insolvabilité devrait prévoir que, si le cocontractant s'est exécuté au profit de la masse de l'insolvabilité, la somme correspondant aux avantages tirés de l'exécution du contrat par la masse de l'insolvabilité est assimilable à une dépense liée à l'administration de la masse[5].

(59) Lorsqu'un contrat est rejeté, la législation sur l'insolvabilité devrait prévoir que le cocontractant doit être avisé de son rejet et de ses droits à déclarer ses créances (en particulier du délai dans lequel cette déclaration doit être faite).

60) [48)] Lorsqu'un contrat est rejeté, la législation sur l'insolvabilité devrait prévoir que le rejet 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 sur l'insolvabilité peut limiter les créances liées au rejet d'un contrat de longue durée.

61) [49)] Lorsque le représentant de l'insolvabilité décide de rejeter un contrat, la législation sur l'insolvabilité devrait indiquer le moment auquel le rejet prendra effet.

Délai concernant la continuation ou le rejet d'un contrat

62) [50)] La législation sur l'insolvabilité peut prévoir un délai avant l'expiration duquel le représentant de l'insolvabilité devra décider s'il poursuit (lorsque la législation sur l'insolvabilité exige une décision expresse pour la continuation du contrat) ou s'il rejette un contrat, lequel délai peut être prorogé par le tribunal. La législation sur l'insolvabilité peut spécifier les conséquences d'une absence de décision de la part du représentant de l'insolvabilité.

63) [Nonobstant la recommandation 62,] la législation sur l'insolvabilité devrait autoriser un cocontractant à demander au représentant de l'insolvabilité de prendre rapidement une décision concernant un contrat lorsqu'il peut démontrer que tout retard lui causerait un préjudice.

Cession des contrats

~~*Variante A*~~

[64) [51)] La législation sur 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.]

65) [52)] Lorsqu'il est jugé souhaitable de prévoir dans la législation sur l'insolvabilité des dispositions spéciales concernant la cession des contrats, celle-ci pourrait prévoir que le représentant de l'insolvabilité peut [décider de] céder un contrat, nonobstant les restrictions énoncées dans celui-ci.

---

[3] Sous réserve que l'interdiction automatique des poursuites permette d'éviter la résiliation (consécutive à une clause de résiliation automatique) des contrats avec le débiteur, tous les contrats devraient être maintenus pour que le représentant de l'insolvabilité puisse examiner la possibilité de les poursuivre.

[4] La législation sur l'insolvabilité peut prévoir les cas dans lesquels les biens peuvent être considérés comme trop lourds à gérer, notamment [51] lorsqu'ils ont une valeur négative ou insignifiante; lorsqu'ils ne sont pas essentiels au redressement; lorsqu'ils sont grevés de telle façon que leur maintien dans la masse nécessiterait des dépenses excessives supérieures à leur valeur de réalisation ou engendrerait une obligation onéreuse ou une obligation de paiement; ou lorsqu'ils sont invendables ou difficilement vendables.

[5] Voir deuxième partie, chapitre VI.C.

66) [53)] Lorsque le cocontractant est opposé à la cession d'un contrat, la législation sur l'insolvabilité peut néanmoins habiliter le tribunal à approuver 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; [et]

c) la cession [est] [soit] nécessaire au [ou bénéfique pour le] redressement du débiteur ou à la cession de l'entreprise débitrice en liquidation en vue de la poursuite de l'activité.

~~*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

67) [54)] La législation sur l'insolvabilité peut prévoir des règles spéciales concernant le traitement des contrats de travail, des contrats financiers, des contrats de propriété intellectuelle et [...][6].

[6]Pour le traitement des contrats financiers et contrats similaires, voir deuxième partie, chapitre III.F.

~~*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: [...][7].~~

Contrats postérieurs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

68) La législation sur l'insolvabilité devrait prévoir que les contrats conclus dans le cours normal des activités après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité seront considérés comme des obligations de la masse de l'insolvabilité postérieures à l'ouverture de la procédure. Les créances nées de ces contrats devraient être considérées comme des frais d'administration.

~~[7]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.~~

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9

TABLE DES MATIÈRES

[*L'introduction et la première partie du projet de guide sont publiées sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63; la deuxième partie et le chapitre premier sont publiés sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 et Add.2; le chapitre II.A et B est publié sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 et Add.4; le chapitre III.A à D est publié sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 à 8; les chapitres IV à VII sont publiés dans des additifs postérieurs au présent additif*]

		Paragraphes	*Pages*
Deuxième partie (suite)			
III.	RÉGIME APPLICABLE AUX BIENS À L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ	151-202	233
E.	Procédure d'annulation	151-189	233
1.	Introduction	151-157	233
2.	Critères d'annulation	158-161	234
3.	Catégories d'opérations susceptibles d'annulation	162-174	235
4.	Opérations exemptées d'actions en annulation	175	237
5.	Établissement de la période suspecte	176-178	237
6.	Ouverture de la procédure d'annulation	179-187	238
7.	Responsabilité des autres parties à une opération annulée	188	239
8.	Contrats postérieurs à la demande d'ouverture de la procédure et à l'ouverture de la procédure	189	240
Recommandations		(69)-(81)	240
F.	Compensation, compensation globale et contrats financiers	190-202	241
1.	Droit général à compensation	190-195	241
2.	Compensation globale et compensation dans le contexte des opérations financières	196-198	242
3.	Exception pour les contrats financiers	199-202	243
Recommandations		(82)-(88)	243

Les numéros de paragraphe figurant entre crochets renvoient au paragraphe pertinent de la version précédente du projet de guide publiée sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.58.

Les numéros de recommandation figurant entre crochets sont ceux des recommandations qui avaient été publiées sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.61 et A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1. Dans le présent document, les ajouts aux recommandations sont indiqués par un texte souligné et les suppressions par un texte barré.

Deuxième partie *(suite)*

III. RÉGIME APPLICABLE AUX BIENS À L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ

E. Procédure d'annulation

1. Introduction

151. [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, il existe de nombreuses possibilités, d'une part, pour le débiteur 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 et, d'autre part, pour les créanciers de prendre des mesures stratégiques pour occuper une position avantageuse. Dans la perspective de la procédure d'insolvabilité qui s'ouvrira en définitive, de tels actes ont pour résultat de défavoriser les créanciers chirographaires ordinaires, qui n'ont pas été parties et ne bénéficient pas d'une sûreté, et de compromettre l'objectif de traitement égal de tous les créanciers se trouvant dans une situation analogue.

152. [131] Le terme "opération" est employé dans la présente section pour désigner généralement les nombreux actes juridiques permettant de disposer d'actifs ou de contracter des obligations, notamment le transfert, le paiement, la constitution d'une sûreté ou d'une garantie, la conclusion d'un prêt ou la renonciation d'un droit.

153. [125] De nombreuses lois sur l'insolvabilité contiennent des dispositions qui s'appliquent rétrospectivement et qui visent à annuler les opérations passées auxquelles le débiteur insolvable était partie ou qui mettaient en jeu les biens du débiteur en produisant certains effets, notamment les suivants: 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 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 et restent chirographaires). De nombreuses lois en dehors du droit de l'insolvabilité abordent également ces catégories d'opérations qui sont préjudiciables aux créanciers en dehors du contexte de l'insolvabilité, mais elles peuvent aussi s'appliquer à l'insolvabilité. Dans certaines circonstances, le représentant de l'insolvabilité pourra mettre à profit ces lois étrangères au droit de l'insolvabilité, outre les dispositions relevant de ce droit.

154. [133] En matière d'insolvabilité, les opérations sont en général 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 faire respecter l'application, d'une manière générale, des droits des créanciers; pour garantir à tous les créanciers un traitement équitable en empêchant 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 soit placée sous contrôle judiciaire; et, dans certains pays, pour définir un cadre favorable au 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.

155. [125] Les principaux objectifs des pouvoirs d'annulation sont de faire en sorte que soit préservée l'intégrité de la masse de l'insolvabilité et 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 quand elles coïncident avec l'imminence de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Les pouvoirs d'annulation n'ont pas pour objet de remplacer ou de modifier d'une autre manière d'autres mécanismes de protection des intérêts des créanciers qui seraient disponibles en vertu du droit civil ou du droit commercial en général.

156. [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 une loi sur 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 d'actifs ou de leur valeur 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.

157. [127] Comme cela est le cas pour un certain nombre de dispositions essentielles d'une loi sur l'insolvabilité, l'élaboration de dispositions concernant l'annulation doit établir un équilibre entre des intérêts sociaux concurrents tels que, d'une part, la nécessité de pouvoirs forts pour maximiser la valeur des actifs de la masse au profit de tous les créanciers et, d'autre part, le risque de compromettre la prévisibilité et la sécurité contractuelles. Même lorsqu'une loi sur l'insolvabilité adopte de larges pouvoirs d'annulation, l'exercice de ces pouvoirs peut être subordonné à des critères précis qui peuvent contribuer à la sécurité et à la prévisibilité commerciales.

2. Critères d'annulation

158. [128] Les approches retenues pour définir les critères applicables aux actions en annulation varient sensiblement entre les différentes lois sur l'insolvabilité, qu'il s'agisse des critères proprement dits ou de la manière dont ils sont associés dans chaque loi. S'agissant des critères applicables, on peut les regrouper *grosso modo* en critères objectifs et critères subjectifs.

159. [128] L'une des approches adoptées 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 la demande d'ouverture ou à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (souvent appelée "période suspecte") ou si l'opération a fait apparaître l'une quelconque d'un certain nombre de caractéristiques générales prévues par la loi (par exemple l'apport d'une contrepartie appropriée pour les actifs transférés ou l'obligation contractée, le fait de savoir si la créance était venue à échéance ou si l'obligation était exigible, ou la nature de la relation entre les parties à l'opération). 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 risqueront d'être annulées tandis que des opérations frauduleuses ou préférentielles non comprises dans cette période pourront être sauvegardées.

160. [129] Une autre approche met l'accent sur l'application de critères subjectifs au cas par cas. Par exemple, a-t-on la preuve que le débiteur avait l'intention de dissimuler des actifs aux créanciers? Avait-il cessé ses paiements au moment où l'opération a eu lieu, ou n'était-il plus en mesure d'effectuer ses paiements suite à l'opération? L'opération était-elle injuste à l'égard de certains créanciers? Le cocontractant savait-il que le débiteur avait cessé ses paiements? Il pourrait être nécessaire, si l'on adopte

cette approche, d'examiner de façon assez détaillée l'intention des parties à l'opération ainsi que d'autres facteurs tels que la situation financière du débiteur et ce qui constitue le cours normal des affaires entre le débiteur et certains créanciers.

161. Très peu de lois sur l'insolvabilité se fondent uniquement sur des critères subjectifs pour établir les dispositions relatives à l'annulation. En général, sont également pris en compte les délais dans lesquels les opérations doivent avoir été effectuées. [129] Dans certains pays, le poids accordé à des critères subjectifs 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 ont adopté une approche strictement objective de ce qu'on entend par période suspecte de courte durée, par exemple trois à quatre mois. Dans certains cas, cette période suspecte de courte durée a été associée à une règle arbitraire qui veut que toutes les opérations effectuées pendant cette période soient suspectes, sauf si une contrepartie a été échangée presque simultanément entre les parties à l'opération. Certaines lois sur l'insolvabilité combinent ces différentes approches pour traiter différents types d'opérations. Par exemple, les opérations préférentielles et les opérations à un prix sous-évalué peuvent être définies en fonction de critères objectifs, alors que les opérations visant à faire échouer ou à entraver le recouvrement des créances par les créanciers seront définies en fonction d'éléments plus subjectifs faisant intervenir les questions d'intention. Une loi sur l'insolvabilité qui adopte à la fois des éléments objectifs et subjectifs dispose, par exemple, que les opérations telles que les dons, les sûretés pour les créances existantes et les paiements extraordinaires (ceux qui n'ont pas été effectués à l'aide de moyens de paiements habituels ou qui ont été effectués avant le délai fixé) peuvent être annulées lorsqu'elles sont réalisées dans les trois mois qui précèdent l'ouverture d'une procédure. D'autres opérations peuvent être annulées si le débiteur a cessé ses paiements, si l'opération est injuste ou abusive à l'égard d'un groupe de créanciers et si le cocontractant savait que le débiteur avait cessé ses paiements au moment où les opérations sont intervenues.

3. Catégories d'opérations susceptibles d'annulation

162. [132] Bien qu'elles renvoient à des définitions différentes, on distingue pour l'essentiel, dans la plupart des systèmes juridiques, trois catégories courantes d'opérations annulables, qui serviront dans le présent *Guide* de base aux discussions: les opérations visant à faire échouer, à entraver ou à retarder le recouvrement des créances par les créanciers (souvent désignées opérations frauduleuses), 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 opération. Par exemple, des opérations qui semblent préférentielles peuvent relever davantage de la catégorie des opérations visant à faire échouer, à entraver ou à retarder le recouvrement des créances lorsqu'elles ont pour objet de soustraire des actifs à un créancier ou à un créancier potentiel ou de porter autrement préjudice aux intérêts de ce créancier et qu'elles ont lieu alors que le débiteur est dans une situation financière difficile et ne sera pas en mesure de rembourser ses dettes à l'échéance ou qu'elles ne laissent pas au débiteur suffisamment d'actifs pour mener ses activités. De même, les opérations à un prix sous-évalué peuvent aussi être préférentielles lorsqu'elles sont conclues avec des créanciers, mais non lorsqu'elles le sont avec des tiers, et lorsqu'il y a intention manifeste d'entraver, de faire échouer ou de retarder le recouvrement des créances, elles s'inscriront dans la première catégorie d'opérations. Pour ces raisons, il est souhaitable que toute loi sur l'insolvabilité précise les caractéristiques particulières qui sont essentielles pour annuler des opérations et s'abstienne d'employer des formules plus générales telles que "opérations frauduleuses" ou "opérations préférentielles".

a) *Opérations visant à faire échouer, entraver ou retarder le recouvrement des créances*

163. [134] Ces catégories d'opérations supposent que le débiteur soustrait des actifs et les transfère à un tiers dans l'intention de favoriser certains créanciers et en général impliquent que le tiers a connaissance de cette intention ou que, dans certains cas, il aurait dû en avoir connaissance. En général, on ne peut annuler automatiquement ces opérations en se référant, en tant que critère objectif, à une période déterminée durant laquelle les opérations sont effectuées, car il faut prouver l'intention du débiteur. On peut rarement prouver cette intention au moyen de preuves directes et l'on y parviendra davantage en recensant des circonstances communes qui sont présentes durant ces types de transferts. Ces circonstances diffèrent d'un État à l'autre, mais un certain nombre d'indicateurs communs peuvent être relevés, notamment:

i) les relations entre les parties à l'opération ou à l'obligation, lorsqu'un transfert a été opéré directement en faveur d'une personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur, ou qu'une obligation a été contractée directement avec cette personne, ou par l'intermédiaire d'un tiers auprès d'une telle personne;

ii) l'absence ou l'insuffisance de la contrepartie reçue pour le transfert ou l'obligation contractée;

iii) la situation financière du débiteur avant et après que le transfert a été opéré ou l'obligation contractée, en particulier alors que le débiteur est déjà dans l'incapacité de rembourser ses dettes ou n'est plus en mesure de les rembourser peu après que le transfert a été opéré ou l'obligation contractée;

iv) l'existence d'un mode ou d'une série d'opérations consistant à transférer certains actifs ou la quasi-totalité des actifs du débiteur alors que des difficultés financières viennent de surgir ou que les créanciers ont menacé d'engager une action;

v) la chronologie générale des événements et des opérations faisant l'objet d'une enquête, lorsque, par exemple, le transfert est intervenu peu après qu'une dette importante a été contractée;

vi) le transfert ou l'obligation sont dissimulés par le débiteur, en particulier lorsque ces deux opérations n'interviennent pas dans le cours normal des affaires ou que des parties fictives sont en cause; ou

vii) le débiteur prend la fuite.

164. Certaines lois précisent également les circonstances dans lesquelles il peut y avoir présomption d'intention ou spécifient les opérations où l'on peut estimer qu'il y a intention ou mauvaise foi, par exemple les opérations impliquant des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, qui interviennent dans une certaine période avant l'ouverture de la procédure (pour plus de détails, voir ci-dessous). En vertu d'autres lois, il peut suffire pour qu'une opération soit annulée d'établir que le débiteur pouvait et donc aurait dû réaliser que l'effet d'une opération, sinon l'intention, était de défavoriser des créanciers et que le bénéficiaire pouvait et donc aurait dû réaliser que l'action du débiteur pouvait produire cet effet. Diverses lois disposent également que certains transferts, comme la translation de biens immeubles, échappent à l'annulation dans cette catégorie d'opération si le transfert a été effectué de bonne foi pour une juste valeur et que le bénéficiaire n'avait pas remarqué une intention de fraude ou n'en était pas conscient.

165. [134] 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 possible de montrer que ladite opération relève de cette catégorie. 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 de ce type, potentiellement annulables au regard du droit de l'insolvabilité, sont souvent parfaitement valables en dehors de ce droit.

b) *Opérations à un prix sous-évalué*

166. [135] De nombreuses lois sur l'insolvabilité disposent que des opérations sont en général susceptibles d'annulation lorsque la contrepartie reçue par le débiteur à l'occasion du transfert d'un actif à un tiers ou de la contraction d'une obligation a été soit symbolique, par exemple un don, soit nettement inférieure à la valeur réelle ou au prix du marché de l'actif transféré ou de l'obligation contractée, et lorsque l'opération a été effectuée pendant une période déterminée avant une date donnée (la période suspecte). Selon certaines lois, il faut aussi avoir constaté que le débiteur avait cessé ses paiements au moment où l'opération a eu lieu ou qu'il n'était plus en mesure d'effectuer ses paiements en raison de l'opération. Entrent dans cette catégorie les opérations tant avec des créanciers qu'avec des tiers. Certaines lois sur l'insolvabilité disposent que ces catégories d'opérations ne sont pas susceptibles d'annulation si certaines conditions sont réunies, notamment si le bénéficiaire a agi de bonne foi, si l'opération avait pour objet de permettre au débiteur de poursuivre ses activités, s'il existait des motifs raisonnables de croire que l'opération serait profitable au cours normal des affaires du débiteur et, lorsque la cessation des paiements est un critère pertinent, si l'actif du débiteur dépassait la valeur de son passif au moment de l'opération.

c) *Opérations préférentielles*

167. [136] Les opérations préférentielles sont susceptibles d'annulation lorsque: i) elles ont été réalisées au cours d'une période déterminée généralement courte précédant la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité (la période suspecte); ii) elles supposent un transfert à un créancier au titre d'une créance antérieure; et iii) à leur issue, le créancier reçoit des actifs du débiteur une part de sa créance plus importante que celle d'autres créanciers de même rang (en d'autres termes, il s'agit d'une préférence). De nombreuses lois sur l'insolvabilité prescrivent également que le débiteur avait cessé ses paiements ou était prêt de se trouver dans une situation où il aurait été dans l'incapacité de payer lorsque 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.

168. [137] Peuvent entrer dans cette catégorie les paiements ou compensations de créances non encore exigibles; l'exécution d'actes que le débiteur n'était pas dans l'obligation d'exécuter; la constitution de sûretés pour garantir des créances existantes; des méthodes inhabituelles de paiement, autres qu'en numéraire, de dettes qui sont exigibles; le paiement d'une dette d'un montant très important par rapport aux actifs du débiteur; et le paiement de dettes face à des pressions extrêmes exercées par un créditeur, notamment procès ou saisie. 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.

169. [138] En réponse à une allégation d'opération préférentielle, il peut être démontré que l'opération, bien que renfermant les éléments d'une opération préférentielle, était en fait compatible avec la pratique commerciale normale et, en particulier, avec 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 préférentiel 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, mais dont l'entreprise reste potentiellement viable. D'autres moyens de défense prévus dans les lois sur l'insolvabilité sont notamment les suivants: le bénéficiaire a accordé un crédit au débiteur après que l'opération a été effectuée et ce crédit n'a pas été remboursé (ce moyen de défense est limité au montant du nouveau crédit); le bénéficiaire peut démontrer qu'il ne savait pas qu'une préférence serait créée; le bénéficiaire ne savait pas ou ne pouvait pas savoir que le débiteur avait d'une manière générale cessé ses paiements; ou, lorsque la cessation des paiements est un critère pertinent, l'actif du débiteur était supérieur à la valeur de son passif au moment de l'opération.

d) Sûretés

170. [139] Les sûretés valables en vertu des lois autorisant l'octroi d'une sûreté aux créanciers devraient généralement être considérées comme valables en vertu du droit de l'insolvabilité, mais elles peuvent néanmoins être annulées dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité pour les mêmes motifs que ceux invoqués pour contester et annuler toute autre opération en tant qu'opération frauduleuse, préférentielle ou à un prix sous-évalué. Par exemple, la constitution d'une sûreté peu de temps avant l'ouverture de la procédure, bien que valable par ailleurs, peut être considérée comme ayant favorisé injustement un créancier au détriment des autres. Lorsque la sûreté est constituée pour garantir une dette antérieure ou sur la base d'une contrepartie antérieure (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. Les paiements reçus par un créancier garanti peuvent être considérés comme préférentiels (du moins en partie) si un créancier qui n'est pas entièrement garanti est remboursé en totalité pendant la période suspecte. Les mêmes considérations vaudraient pour une sûreté qui n'était pas parfaite en vertu de la loi pertinente sur les opérations garanties et, en vertu de certaines lois, pour une sûreté rendue parfaite peu de temps avant l'ouverture de la procédure.

e) Opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur

171. [146] Comme mentionné plus haut, l'un des critères qui intervient dans l'annulation de certaines opérations est la relation entre le débiteur et le cocontractant. Lorsque les catégories d'opérations susceptibles d'annulation mettent en jeu une personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur (celle-ci étant parfois appelée "initié"), les lois sur l'insolvabilité prévoient souvent des règles plus strictes, en particulier en ce qui concerne la longueur des périodes suspectes et le traitement de toute créance par la personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur (voir deuxième partie, chap. VI.A). [130] 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 en difficulté financière.

172. Les personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur se définissent en général par divers niveaux de relations avec ce dernier. La plupart des États regroupent dans cette catégorie les personnes entretenant, sous une forme ou une autre, des relations professionnelles ou familiales avec le débiteur. Le législateur adopte en général, mais pas toujours, une approche directive. S'agissant des personnes qui ont une relation d'affaires avec le débiteur, une approche restrictive viserait les directeurs ou le personnel d'encadrement du débiteur, alors qu'une définition plus large pourrait englober non seulement les personnes qui exercent un contrôle effectif sur le débiteur mais aussi tous les salariés employés par ce dernier et les garants des dettes de toute personne ayant une relation d'affaires avec le débiteur. De même, une relation familiale peut englober les parents par le sang ou par le mariage et même, en vertu de certaines lois, les personnes vivant dans le même foyer que le débiteur, ainsi que les fiduciaires administrant tout patrimoine dont le débiteur ou une personne ayant un lien avec lui est bénéficiaire. Les parents des personnes qui entretiennent une relation d'affaires avec le débiteur sont aussi habituellement considérés comme des personnes ayant des liens privilégiés avec ce dernier. Dans de nombreux États, et c'est là un élément important, sont également considérées comme des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur celles qui ont eu une relation précise avec ce dernier dans le passé ou qui pourraient avoir une relation précise à l'avenir.

f) *Opérations nulles et annulables*

173. [147] Lorsqu'une opération entre dans l'une quelconque des catégories d'opérations susceptibles d'annulation, 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, les lois qui ne visent que les opérations ayant lieu pendant une période déterminée sans fixer de critère subjectif prévoient parfois que les opérations pertinentes seront nulles. Toutefois, même si cette approche est adoptée, il se peut que le représentant de l'insolvabilité doive ouvrir une procédure pour récupérer les actifs ou leur valeur équivalente auprès du cocontractant.

174. [148] Dans les lois où l'opération est annulable, le représentant de l'insolvabilité sera 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.

4. Opérations exemptées d'actions en annulation

175. Diverses lois sur l'insolvabilité disposent que certaines opérations sont exemptées des dispositions régissant l'annulation. Il peut s'agir d'opérations intervenant soit entre la demande d'ouverture de la procédure et l'ouverture de la procédure, soit après l'ouverture de la procédure, sous réserve qu'elles s'inscrivent dans le champ des activités courantes du débiteur, qu'elles soient effectuées de bonne foi par le représentant de l'insolvabilité ou avec son consentement ou celui du tribunal et qu'elles soient réalisées pour favoriser la conduite de la procédure. D'autres opérations qu'il peut être souhaitable d'exclure du champ d'application des dispositions régissant l'annulation sont les opérations qui interviennent lors de la mise en œuvre d'un plan de redressement, lorsque cette démarche échoue et que la procédure est ultérieurement convertie en liquidation, Enfin, certaines opérations essentielles au fonctionnement des marchés financiers (par exemple la compensation avec déchéance du terme de sûretés et de contrats sur dérivés) peuvent être exemptées des actions en annulation (voir deuxième partie, chap. III.F).

5. Établissement de la période suspecte

176. [140] La plupart des lois sur l'insolvabilité spécifient expressément la durée de la période suspecte pour les

différentes opérations devant être annulées et indiquent la date à partir de laquelle la période est calculée rétrospectivement (par exemple tant de jours ou de mois avant un événement donné comme le dépôt de la demande d'ouverture de la procédure, l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou de la décision du tribunal concernant la date à laquelle 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 la période suspecte spécifiée, 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 prévisible et claire quelles opérations sont susceptibles d'annulation. Si des opérations peuvent être dénouées à la discrétion du tribunal lorsqu'elles ont 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. Pour ces différentes raisons, il est souhaitable que ce pouvoir d'appréciation se limite aux opérations frauduleuses, où les questions de sécurité commerciale présentent un moindre intérêt.

177. [141] Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient une période suspecte unique pour toutes les catégories d'opérations annulables, tandis que d'autres ont des périodes différentes selon que le motif de l'annulation est un transfert frauduleux ou une préférence et en fonction également de facteurs tels que le caractère intentionnel du préjudice causé aux créanciers et le fait que le bénéficiaire est une personne ayant ou non des liens privilégiés avec le débiteur, comme mentionné plus haut. Du fait que certaines opérations supposent une conduite intentionnellement illicite, de nombreuses lois sur l'insolvabilité ne limitent pas la période pendant laquelle ces catégories d'opérations doivent avoir eu lieu pour être annulées. D'autres prévoient une période suspecte très longue (de un à dix ans par exemple), à compter, en général, de la date d'ouverture de la procédure.

178. [142] Lorsque des opérations préférentielles ou à un prix sous-évalué mettent en cause des créanciers qui ne sont pas des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, la période suspecte peut être relativement brève et ne pas dépasser quelques mois (trois à six mois comme il ressort de certains exemples). Toutefois, lorsque des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur sont en cause, de nombreux pays appliquent des règles plus strictes, qui peuvent prévoir notamment la fixation de périodes suspectes plus longues (par exemple deux ans contre trois à six mois lorsque les opérations ne mettent pas en jeu une personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur), un renversement de la charge de preuve (voir le point 6 *d* ci-dessous) et la suppression de la condition selon laquelle le débiteur doit avoir cessé ses paiements au moment de l'opération, ou s'est trouvé dans l'incapacité d'effectuer ses paiements à la suite de cette dernière.

6. Ouverture de la procédure d'annulation

a) *Parties habilitées à ouvrir la procédure*

179. L'annulation d'une opération donnée implique en général qu'une demande soit déposée auprès du tribunal pour qu'il déclare l'opération nulle. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité disposent que la procédure d'annulation de certaines opérations devrait être engagée par le représentant de l'insolvabilité, alors que d'autres attribuent également ce pouvoir aux créanciers et, dans certains cas, au comité des créanciers. Comme indiqué au paragraphe 174, avant de prendre la décision d'engager une telle procédure, il faudra mettre en balance diverses considérations, selon que l'annulation doit profiter à la masse de l'insolvabilité ou, dans le cas d'un créancier, à ce créancier[1]. Les éléments pertinents à prendre en considération se rattachent généralement aux coûts et aux avantages potentiels. Dans le cas d'une action visant à rétablir des actifs dans la masse de l'insolvabilité, il s'agira notamment de savoir si l'annulation de l'opération profitera à la masse, quel sera le coût probable pour la masse, s'il sera possible de récupérer des actifs, quel sera le délai de recouvrement et quelle sera la nature des difficultés à surmonter pour prouver les éléments nécessaires à l'annulation d'une opération donnée.

180. [149] Dans certaines lois où le représentant de l'insolvabilité a le pouvoir d'ouvrir la procédure d'annulation et, compte tenu des différentes considérations exposées ci-dessus (à savoir pour des raisons autres que la négligence ou la mauvaise foi ou sans raison justifiable[2]), décide de ne pas l'ouvrir pour faire annuler certaines opérations, les lois relatives à l'insolvabilité adoptent différentes solutions concernant la conduite et le financement de cette procédure. Les modalités possibles de financement peuvent être particulièrement importantes lorsque les actifs de la masse sont insuffisants. S'agissant de la conduite de la procédure, certaines lois autorisent un créancier ou le comité des créanciers à obliger le représentant de l'insolvabilité à engager une procédure d'annulation lorsqu'il apparaît que cette dernière profiterait à la masse. D'autres lois autorisent également un créancier ou le comité des créanciers à engager cette procédure, lorsque les autres créanciers sont d'accord. Quand ce type d'action est autorisé, certaines lois disposent 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 les créanciers ayant engagé l'action.

b) *Financement de la procédure d'annulation*

181. [150] En ce qui concerne les modalités possibles de financement, certains pays allouent des fonds publics au

[1]Certaines lois disposent qu'un créancier a le droit de contester telle ou telle opération du débiteur et qu'il peut en tirer un avantage personnel lorsque la procédure aboutit. Certaines lois précisent également que seuls les créanciers dont la créance précède l'opération contestée peuvent engager une telle procédure. D'autres lois limitent le droit de poursuivre une action en annulation au représentant de l'insolvabilité lorsque la procédure d'insolvabilité a été ouverte.

[2]Voir le chapitre IV.B sur les droits et obligations du représentant de l'insolvabilité.

représentant de l'insolvabilité pour qu'il engage la procédure d'annulation. Dans d'autres pays, cette procédure doit être financée sur la masse de l'insolvabilité, ce qui peut être indiqué lorsque les fonds sont suffisants bien que, dans certains cas, cela pourrait avoir pour effet d'empêcher la récupération des actifs qui ont été soustraits précisément pour qu'il n'en reste pas suffisamment pour financer une telle procédure. Certaines lois autorisent le représentant de l'insolvabilité à habiliter un tiers à titre onéreux à ouvrir la procédure ou à demander à un prêteur de lui avancer des fonds pour ouvrir ladite procédure. Le recours à ces mécanismes se justifie par le fait que la disponibilité de ressources publiques aux fins du financement d'une procédure d'annulation diffère considérablement d'un pays à un autre. En outre, lorsqu'une telle procédure ne peut être financée par des actifs de la masse, ces mécanismes peuvent constituer, dans des cas appropriés, un moyen efficace de rétablir la valeur de ladite masse.

c) *Délai fixé pour l'ouverture de la procédure*

182. Certaines lois sur l'insolvabilité définissent des délais particuliers pour l'ouverture de la procédure, alors que d'autres n'abordent pas la question. Les lois qui fixent des délais disposent, par exemple, que la procédure doit être ouverte dans un laps de temps déterminé après la date de la demande d'ouverture (par exemple trois ou douze mois) ou en fonction d'une date limite (par exemple, dans les six mois) après que le représentant de l'insolvabilité aura été en mesure d'évaluer la situation et d'engager une action. Si la loi sur l'insolvabilité établit des délais précis en dehors de ceux prévus en vertu du droit commun, il serait souhaitable de retenir différentes limites, notamment une période déterminée après l'ouverture de la procédure et une autre période après que le représentant de l'insolvabilité aura découvert une opération donnée. Une telle approche offrirait suffisamment de souplesse pour tenir compte des opérations qui sont dissimulées au représentant de l'insolvabilité et découvertes seulement après l'expiration du délai fixé après l'ouverture de la procédure.

d) *Questions relatives à la charge de la preuve*

183. [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.

184. [151] Certaines lois sur l'insolvabilité disposent que le représentant de l'insolvabilité ou toute autre personne autorisée à contester l'opération, par exemple un créancier, est tenu de prouver l'existence de chaque élément justifiant une action en annulation. Lorsque l'intention figure au nombre de ces éléments, certaines lois autorisent le renversement de la charge de la preuve à l'encontre du cocontractant, par exemple lorsqu'il est difficile pour le représentant de l'insolvabilité d'établir que le débiteur avait effectivement l'intention de frauder les créanciers, sauf à recourir à des indices extérieurs, des faits objectifs ou d'autres éléments de preuve indirecte. La loi peut prévoir qu'il y a là présomption que l'opération a été effectuée pour porter préjudice aux créanciers, et il revient alors à l'autre partie de prouver le contraire.

185. Selon une autre approche, l'intention ou la mauvaise foi requise est réputée ou présumée exister lorsque certaines catégories d'opérations sont entreprises, par exemple, dans un délai déterminé avant la demande d'ouverture de la procédure ou pendant un certain nombre d'années avant l'ouverture de la procédure. Il peut s'agir, par exemple, d'opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, de paiements de créances non échues, et du paiement d'opérations gratuites ou onéreuses. Dans un ordre d'idées un peu différent, on peut citer le cas où une opération est réputée annulable lorsqu'elle intervient dans une courte période déterminée et a pour effet de conférer une préférence.

186. Lorsque la connaissance de la cessation des paiements est un élément requis de l'annulation, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient qu'il y a présomption que le créancier était au courant des difficultés financières du débiteur si celui-ci avait effectué certaines opérations avec ce créancier, notamment le remboursement de créances non échues ou le remboursement sous une forme inhabituelle, ou si l'opération avait eu lieu peu de temps avant la demande d'ouverture de la procédure ou avant l'ouverture de la procédure.

187. Selon une autre approche encore, lorsqu'une certaine catégorie d'opération est effectuée dans une période donnée et a pour effet de conférer une préférence, il y a, sauf preuve contraire, présomption d'intention d'accorder un traitement préférentiel. À moins que le créancier ne puisse réfuter la présomption, l'opération est annulée et le représentant de l'insolvabilité peut recouvrer les actifs mis en jeu dans l'opération ou obtenir une décision judiciaire pour la valeur des actifs en cause.

7. Responsabilité des autres parties à une opération annulée

188. [143] Lorsqu'une opération est annulée, se pose la question de savoir quel est l'effet de l'annulation sur le cocontractant. Dans la plupart des lois sur l'insolvabilité, lorsqu'une opération est annulée, cela signifie en général qu'elle sera infirmée et que le cocontractant sera tenu de restituer les actifs obtenus ou de faire un versement en espèces équivalent à la valeur de l'opération en faveur de la masse de l'insolvabilité. Certaines lois sur l'insolvabilité disposent que le représentant de l'insolvabilité peut obtenir par jugement la valeur du bien en cause. Certaines lois sur l'insolvabilité précisent en outre que le cocontractant qui a restitué à la masse des actifs ou une certaine valeur peut déclarer une créance en tant que créancier chirographaire dans le cadre de l'insolvabilité à hauteur des actifs restitués. Lorsque le cocontractant ne restitue pas les avoirs ou une certaine valeur à la masse de l'insolvabilité, la plupart des recours disponibles ne relèvent alors pas du droit de l'insolvabilité. Toutefois, certaines lois sur l'insolvabilité disposent qu'une créance du cocontractant (pour des montants dus en plus de ceux intervenant dans l'opération annulable) ne peut être admise dans le cadre de l'insolvabilité.

8. Contrats postérieurs à la demande d'ouverture de la procédure et à l'ouverture de la procédure

189. Comme indiqué plus haut (deuxième partie, chap. III.B.6), s'agissant des contrats conclus et des opérations effectuées entre la demande d'ouverture de la procédure et l'ouverture de la procédure et après l'ouverture de cette dernière, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient des dispositions relatives à l'annulation lorsque ces contrats ou opérations ne sont pas autorisés en vertu du droit de l'insolvabilité ou approuvés, selon qu'il convient, par les tribunaux, le représentant de l'insolvabilité ou les créanciers. Certaines lois sur l'insolvabilité précisent les catégories d'opérations qui peuvent être annulées, telles que l'exécution d'obligations nées avant l'ouverture de la procédure, le paiement de créances antérieures à la demande d'ouverture de la procédure, la constitution de sûretés sur des biens faisant partie de la masse et la disposition de tout droit ou bien entrant dans la masse. D'autres lois prévoient l'annulation de toute opération non agréée effectuée par le débiteur à ces moments-là, à moins que le cocontractant puisse montrer que l'opération ne portait pas préjudice aux droits du créancier.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant l'annulation est:

a) de ~~préserver~~ [reconstituer] [reconstruire] l'intégrité de la masse et de veiller au [juste] traitement [équitable] des créanciers;

b) d'assurer une sécurité au tiers en établissant des règles claires applicables aux circonstances dans lesquelles les opérations [ayant pris naissance avant] antérieures à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité [ou les opérations non agréées ayant pris naissance après [la demande de] l'ouverture de la procédure] mettant en cause le débiteur ou les biens du débiteur peuvent être considérées comme préjudiciables et donc susceptibles d'être annulées;

c) de permettre ~~au représentant de l'insolvabilité d'engager une action~~ l'ouverture de la procédure 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.

Contenu des dispositions législatives

(69) [(56)] La législation sur l'insolvabilité devrait comporter des dispositions qui s'appliquent rétrospectivement et qui visent à défaire les opérations passées[3] [ou les opérations non agréées, ayant pris naissance après [la demande d'ouverture] l'ouverture de la procédure] auxquelles le débiteur était partie [ou qui mettaient en jeu les biens du débiteur] et qui ont pour effet soit de réduire la valeur nette de l'entreprise, soit d'enfreindre le principe du [juste] traitement [équitable] des créanciers.

Opérations pouvant faire l'objet d'une annulation

(70) [(57)] La législation sur l'insolvabilité devrait disposer que les catégories d'opérations ci-après sont susceptibles d'annulation ~~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, par exemple en transférant des biens à un tiers lorsque l'objet de l'opération était de soustraire des actifs au créancier ou à un créancier potentiel ou à léser d'une autre manière les intérêts de ce créancier et lorsque le tiers connaissait l'intention du débiteur; (~~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] [avait cessé ses paiements] ou qui l'ont [rendu insolvable] [mis dans l'incapacité de payer]; et

c) les opérations dans lesquelles un créancier a obtenu une part des biens du débiteur supérieure à la proportion de la masse qui lui revient (opérations préférentielles), qui sont intervenues à un moment où le débiteur avait cessé ses paiements [~~était insolvable~~].

Sûretés

(71) La législation sur l'insolvabilité devrait prévoir que si les sûretés qui sont valables en vertu des lois autorisant l'octroi d'une sûreté à des créanciers sont généralement valables en vertu de la législation sur l'insolvabilité, elles sont susceptibles d'annulation pour les mêmes motifs que d'autres opérations.

Opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur

(72) [(61)] S'agissant des opérations relevant de la catégorie mentionnée dans la recommandation 70, qui mettent en cause des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, la législation sur l'insolvabilité devraient prévoir que ~~habiliter le représentant de l'insolvabilité à engager une action en justice pour faire annuler les opérations à un prix sous-évalué et les opérations préférentielles~~:

a) ces opérations sont susceptibles d'annulation;

b) la période suspecte pour ces opérations peut être plus longue que pour les opérations effectuées avec des personnes n'ayant pas de liens privilégiés avec les débiteurs;

[3] [131] Le terme "opération" est employé dans la présente section pour désigner généralement les nombreux actes juridiques mis à profit pour disposer d'actifs ou contracter des obligations, notamment le transfert, le paiement, la constitution d'une sûreté ou d'une garantie, la conclusion d'un prêt ou la renonciation d'un droit.

c) il peut y avoir des présomptions ou un renversement de la charge de la preuve qui soient favorables à la masse de l'insolvabilité.

(73) La législation sur l'insolvabilité devrait définir précisément les catégories de personnes considérées comme ayant des liens suffisamment privilégiés avec le débiteur aux fins de la recommandation 72.

~~(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.~~

Opérations exemptées d'actions en annulation

(74) La législation sur l'insolvabilité devrait spécifier les opérations qui sont exemptées d'une action en annulation. Ces opérations peuvent englober les opérations effectuées dans le cours normal des affaires avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, les opérations effectuées au cours d'une procédure de redressement, ultérieurement convertie en liquidation et certaines opérations réalisées sur les marchés financiers.

Établissement de la période suspecte

(75) [(58)] La législation sur l'insolvabilité devrait établir que des opérations présentant les caractéristiques décrites dans la recommandation 70 pourront être annulées si elles sont intervenues au cours d'une certaine période (la période suspecte) [antérieure à] [calculées rétrospectivement à partir de] [la demande d'ouverture] [l'ouverture] de la procédure d'insolvabilité. La législation sur l'insolvabilité pourrait spécifier différentes périodes suspectes pour différents types d'opérations, mais, en général, les périodes suspectes pour les opérations mentionnées dans la recommandation 70 *a* et les opérations mettant en jeu des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur (recommandation 72) devraient être plus longues que celles retenues pour d'autres types d'opérations et pour les opérations ne mettant pas en jeu des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur.

Ouverture de la procédure d'annulation

(76) La législation sur l'insolvabilité devrait préciser que le représentant de l'insolvabilité [et...] peut ouvrir la procédure d'annulation[4].

Délai pour l'ouverture de la procédure d'annulation

(77) [(59)] Après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le délai dans lequel le représentant de l'insolvabilité peut ouvrir une procédure d'annulation d'une opération dont il a connaissance pourrait être fixé par la législation sur l'insolvabilité ou le droit procédural applicable.

[4]Des questions concernant l'annulation peuvent aussi surgir dans le cadre d'une procédure ouverte par une personne autre que le représentant de l'insolvabilité, lorsque celui-ci invoque l'annulation comme moyen de défense contre l'exécution forcée.

Financement de la procédure d'annulation

(78) [(64)] La législation sur l'insolvabilité pourrait prévoir diverses approches pour le financement de la procédure d'annulation lorsque le représentant de l'insolvabilité n'engage pas la procédure d'annulation de certaines opérations, soit parce qu'il estime que ces opérations ne sont pas susceptibles d'être annulées, soit parce que l'ouverture d'une procédure contre ces opérations imposerait des frais [injustifiables] [excessifs] à la masse de l'insolvabilité. Ces approches pourraient notamment permettre à certains créanciers ou au comité des créanciers de poursuivre la procédure d'annulation et prévoir: *a)* d'autoriser le ou les créanciers à conserver pour la satisfaction de leur créance une partie de toute somme recouvrée; *b)* si la procédure aboutit, d'obtenir le remboursement par la masse de l'insolvabilité des frais de la procédure d'annulation; ou *c)* de reclasser la créance du ou des créanciers ayant engagé la procédure d'annulation.

Questions de preuve

79. [(60)] La législation sur l'insolvabilité devrait spécifier les éléments devant être prouvés pour annuler une transaction donnée ainsi que les moyens de défense possibles contre l'annulation.

80. [(63)] La législation sur l'insolvabilité pourrait établir des présomptions spéciales applicables à l'annulation de certaines opérations effectuées dans des délais déterminés et mettant en cause certaines personnes clairement identifiées [comme les personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur] ou des catégories de personnes.

Responsabilité des cocontractants dans le cas d'opérations annulées

81. La législation sur l'insolvabilité devrait prévoir qu'un cocontractant partie à une opération qui a été annulée est tenu de restituer à la masse tous les avantages matériels tirés de cette opération. Lorsque le cocontractant refuse de restituer ces avantages, la législation sur l'insolvabilité peut disposer qu'il ne peut déclarer une créance dans le cadre de la procédure d'insolvabilité.

~~*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. Compensation, compensation globale et contrats financiers

1. Droit général à compensation

190. [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, 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 ou du redressement. 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 après l'ouverture de la procédure, de sorte que, selon le montant de sa dette envers la masse, il sera ou non complètement désintéressé. Le principal effet en sera qu'un créancier ayant un droit à compensation est en substance "garanti" car la contre-créance du débiteur peut être remboursée ou éteinte par compensation avec la créance du créancier. La compensation ne joue pas un grand rôle tant qu'il n'y a pas insolvabilité, car si un cocontractant peut continuer à payer, il n'est pas nécessaire d'y recourir.

191. Dans la mesure où les créances constituent une catégorie importante de biens dans les économies modernes et que les créanciers sont également souvent des débiteurs envers le même cocontractant, la législation relative à la compensation est importante pour les entreprises et les marchés financiers (voir ci-dessous). La compensation est particulièrement répandue dans les opérations entre entreprises, car chaque fois qu'une série de contrats est passée entre les mêmes parties, il existe une possibilité de compensation. Cela vaut également pour les opérations commerciales réciproques.

192. [119] La position internationale concernant la compensation dans le cadre de l'insolvabilité fait apparaître une très grande diversité de situations. Dans certains pays, la compensation est limitée aux parties solvables, mais elle est obligatoire en cas d'insolvabilité, tandis que dans d'autres c'est la position inverse qui est adoptée et la compensation est autorisée entre débiteurs solvables mais interdite en cas d'insolvabilité.

193. [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 peut considérer 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 ainsi 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. La compensation permet également d'éviter la circularité des paiements et des coûts connexes.

194. [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 alors que l'existence de créances réciproques n'est pas généralement connue, contrairement aux sûretés qui font l'objet d'une publicité. La compensation peut réduire 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.

195. [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 peut être soumis aux dispositions régissant l'annulation (voir chap. III E.3 *c*). 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 si le droit de passer outre à la clause de résiliation renferme une exception qui autorise expressément un créancier à résilier le contrat et à compenser ces créances. Cela est particulièrement important dans le contexte des opérations financières à court terme.

2. Compensation globale et compensation dans le contexte des opérations financières

196. Outre son importance pour les entreprises en général, la compensation joue aussi un rôle majeur sur les marchés financiers. Parmi les cas courants de compensation on citera les compensations opérées par des banques de prêts sur dépôts; les compensations entre institutions sur les marchés financiers comme le marché des dépôts interbancaires; les compensations globales de devises, d'accords de swaps, de contrats à terme, de sûretés et de conventions de rachat; et les compensations dans les systèmes de paiement centralisés. Les montants en cause sont souvent très élevés et, parallèlement, la réduction des risques induite par la compensation, qui s'accompagne d'une réduction du coût du crédit, et des effets de cascade qui menacent l'intégrité du système financier est également importante.

197. La compensation globale diffère de la compensation en ce sens qu'il peut s'agir, sous une forme, de la compensation 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 réalisation par un cocontractant de contrats ouverts avec un débiteur insolvable, suivie d'une compensation des pertes et gains respectifs (compensation avec déchéance du terme).

198. La position internationale concernant la compensation et la compensation globale est complexe. Une minorité

de pays qui habituellement n'acceptaient pas la compensation dans le cadre de l'insolvabilité, [119] sauf pour certaines opérations et pour les compensations sur compte courant, maintiennent pour l'essentiel cette position encore que quelques-uns aient élargi les compensations d'opérations et que certains aient adopté une législation sur la compensation globale qui s'applique uniquement à certains contrats. Parmi les pays qui autorisent traditionnellement la compensation en matière d'insolvabilité, 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.

3. Exception pour les contrats financiers

199. [121] Le point de savoir s'il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité prévoit 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) dépendra de la manière dont les questions relatives au traitement des contrats et des droits à compensation sont abordées. Les contrats-cadres, de plus en plus normalisés, qui régissent ces opérations particulières contiennent normalement des dispositions qui permettent une compensation avec déchéance du terme. De telles dispositions, 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.

200. [122] De nombreuses lois sur l'insolvabilité ne cumulent pas ces deux règles. Comme noté plus haut à propos du traitement des contrats, 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.

201. [123] De nombreux pays où il n'existe pas de règles générales autorisant à la fois la résiliation et la compensation ont néanmoins prévu des exceptions aux règles normalement applicables en matière d'insolvabilité afin spécifiquement de permettre la compensation globale avec déchéance du terme pour certains contrats financiers à prendre en considération, dont les sûretés, les conventions de rachat et les titrisations. Ces exceptions sont justifiées par l'importance croissante de ce type d'opérations sur le marché financier mondial, par la nécessité d'assurer la sécurité sur les marchés, par la complexité de ces arrangements financiers et par le fait que la possibilité de recourir à de telles opérations 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.

202. Outre l'exception examinée ci-dessus, d'autres exceptions peuvent être requises pour les contrats financiers en ce qui concerne l'application de la suspension (mentionnée au chapitre III.B.3), la mise en œuvre des dispositions relatives à l'annulation (mentionnée au chapitre III.D.6) et le pouvoir du représentant de l'insolvabilité de continuer ou de rejeter les contrats en vertu desquels le débiteur et son cocontractant ne se sont pas encore pleinement acquittés de leurs obligations respectives (mentionné au chapitre III.E.4). *[Note: le Groupe de travail voudra peut-être examiner l'étendue de ces exceptions et se demander si des recommandations supplémentaires concernant ces questions devraient être ajoutées à la présente section; voir note sur les recommandations 86 à 88 ci-dessous.]*

Recommandations

Objet des dispositions législatives

[Clause relative à l'objet des dispositions]

Contenu des dispositions législatives

Droit général à compensation

[(82)][(67)] La loi sur l'insolvabilité devrait protéger 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.~~

[(83) La législation sur l'insolvabilité devrait autoriser la compensation postérieure à l'ouverture de la procédure ~~si~~ lorsque les créances réciproques trouvent leur origine dans 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 définis par la loi.]~~

Compensation globale et contrats financiers[5]

(84) [(66) Dans le contexte des [contrats] [contrats-cadres] financiers, la législation sur l'insolvabilité devrait disposer que les arrangements de compensation globale et

[5]Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si l'expression "contrats financiers" devrait être définie et, dans l'affirmative, envisager une définition appropriée. On pourrait par exemple se référer à la définition figurant à l'article 5 *k* de la Convention de la CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international qui se lit comme suit: 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 effectuées sur les marchés financiers, et toute combinaison des opérations visées ci-dessus.

À la vingt-sixième session du Groupe de travail (mai 2002), on a fait observer que cette définition 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 (A/CN.9/511, par. 71). Aucun libellé particulier n'a été proposé.

de compensation avec déchéance du terme sont protégés par la loi et, dans toute la mesure du possible, devraient être irrévocables dans la procédure d'insolvabilité.]

Exception à l'inexécutabilité de clauses automatiques de résiliation des contrats[6]

(85) [68] Lorsque la législation sur l'insolvabilité n'autorise pas la compensation postérieure à l'ouverture de la procédure pour les obligations financières réciproques ou rend inopposable au représentant de l'insolvabilité toute disposition d'un contrat prévoyant le droit de résilier le contrat dans les cas suivants ou assimilant l'un des cas suivants à un défaut d'exécution: *a)* demande d'ouverture ou ouverture d'une procédure d'insolvabilité; *b)* désignation d'un représentant de l'insolvabilité; *c)* débiteur satisfaisant aux critères d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité; ou *d)* signes indiquant que le débiteur est dans une situation financière précaire, il pourrait être nécessaire que la loi sur l'insolvabilité prévoit une exception pour les [contrats][contrats-cadres] de sorte que les dispositions concernant la compensation avec déchéance du terme figurant dans ces [contrats][contrats-cadres] entre le débiteur et une autre partie puissent être appliquées avec certitude.

Autres recommandations éventuelles concernant les contrats financiers

(86) *[Exception à l'application de la suspension: chapitre III.B.3]*

(87) *[Exception à l'application des dispositions relatives à l'annulation: chapitre III.D.6]*

(88) *[Exception aux pouvoirs de continuer et de rejeter des contrats: chapitre III.E.4]*

[6] Voir la deuxième partie du chapitre III. D, Traitement des contrats, recommandation 53.

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10

TABLE DES MATIÈRES

[*L'introduction et la première partie du projet de guide sont publiées sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63; le chapitre premier de la deuxième partie sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 et Add.2; les sections A et B du chapitre II sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 et Add.4; les sections A à F du chapitre III sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 à 9; les sections C et D du chapitre IV et les chapitres V à VII dans les additifs suivants*]

	Paragraphes	*Pages*
Deuxième partie (suite)		
IV. PARTICIPANTS ET INSTITUTIONS	203-259	245
A. Débiteur	203-230	245
1. Introduction	203	245
2. Poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice	204-216	245
3. Droits du débiteur	217-219	247
4. Obligations du débiteur	220-229	248
5. Responsabilité du débiteur	230	249
Recommandations	(89)-(95)	249
B. Représentant de l'insolvabilité	231-259	250
1. Introduction	231-232	250
2. Qualifications	233-238	251
3. Sélection et nomination du représentant de l'insolvabilité	239-241	252
4. Obligations et fonctions du représentant de l'insolvabilité	242-243	252
5. Confidentialité	244	253
6. Rémunération du représentant de l'insolvabilité	245-251	253
7. Obligation de diligence [Responsabilité]	252-254	254
8. Mandataires du représentant de l'insolvabilité	255-257	255
9. Révocation du représentant de l'insolvabilité	258	255
10. Remplacement du représentant de l'insolvabilité	259	255
Recommandations	(96)-(105)	255

Les numéros de paragraphe entre crochets sont ceux des paragraphes de la précédente version du Guide *publiée sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.58.*

Les numéros de recommandation entre crochets sont ceux des recommandations qui avaient été publiées sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.61 et A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1. Dans le présent document, les ajouts aux recommandations sont indiqués par un texte souligné et les suppressions par un texte barré.

Deuxième partie *(suite)*

IV. PARTICIPANTS ET INSTITUTIONS

A. Débiteur

1. Introduction

203. S'agissant du rôle dévolu au débiteur après l'ouverture de la procédure, les lois sur l'insolvabilité adoptent différentes approches, faisant généralement une distinction entre liquidation et redressement. Une participation du débiteur aux activités de gestion sera d'autant plus nécessaire que l'entreprise doit être maintenue (soit pour être cédée dans le cadre d'une liquidation soit pour être redressée). Le débiteur aura aussi un rôle à jouer en aidant le représentant de l'insolvabilité à remplir ses fonctions et en fournissant à ce dernier et au tribunal des informations sur son entreprise. Il aura également certains droits. Pour garantir le bon déroulement de la procédure et apporter une certaine sécurité aux parties intéressées, il est souhaitable que la législation sur l'insolvabilité définisse l'étendue des droits et obligations du débiteur.

2. Poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice

a) *Liquidation*

204. [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 deuxième partie, chap. III.B), mais également contre l'entreprise débitrice ou ses dirigeants ou propriétaires[1]. C'est pourquoi de nombreuses lois sur l'insolvabilité dessaisissent le débiteur de tout droit de contrôler les biens et de gérer et d'exploiter l'entreprise en liquidation, un représentant de l'insolvabilité étant nommé pour assumer l'ensemble de ces responsabilités à sa place. Le débiteur peut donc perdre, outre les pouvoirs liés à l'utilisation et à la disposition des biens, le droit d'agir en demande ou en défense au nom de la masse et le droit de recevoir tous paiements lui étant destinés. Après l'ouverture de la procédure de liquidation, [153] toute opération sur des biens de la masse ou tout transfert de ces biens effectués sans l'autorisation du représentant de l'insolvabilité, du tribunal ou des créanciers (selon le cas) seront généralement nuls (ou susceptibles d'annulation) et les biens transférés (ou leur valeur) susceptibles d'être recouvrés au profit de la masse de l'insolvabilité (voir deuxième partie, chap. III.D.7 et E.8).

205. [153] Lorsqu'il est établi que le moyen le plus efficace de liquider la masse est de céder l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, 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 biens en continuant de l'aider et de le conseiller. 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, les fournisseurs et les clients. Suivant l'étendue du contrôle qu'il exerce sur les activités du débiteur, le représentant de l'insolvabilité peut être tenu responsable des actes illicites commis par le débiteur pendant la période où il exerce ce contrôle (voir deuxième partie, chap. IV.B.7).

b) *Redressement*

206. [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, en cas de dessaisissement partiel, quel rôle celui-ci peut encore jouer. Ce rôle peut dépendre en grande partie de la bonne foi du débiteur durant la procédure et sera donc d'une utilité discutable en cas de mauvaise foi. Il peut aussi parfois dépendre de la manière dont la procédure a été ouverte, c'est-à-dire soit par le débiteur soit par les créanciers, et dans ce dernier cas le débiteur risque de se montrer peu coopératif voire hostile.

i) Avantages et inconvénients du maintien du débiteur dans ses fonctions

207. Le maintien du débiteur dans ses fonctions peut présenter plusieurs avantages. [154] 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 sociétés en participation de petite taille et peut, si l'activité doit être poursuivie, justifier qu'on laisse le débiteur intervenir dans la prise des décisions de gestion à court terme et au jour le jour. 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

[1]Étant donné que la loi sur l'insolvabilité vise différents types d'entreprises, 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.

responsabilité dans les difficultés financières de l'entreprise, non seulement peut décourager l'esprit d'entreprise et la prise de risques en général et dissuader les débiteurs de demander l'ouverture d'une procédure de redressement à un stade précoce, mais risque également de compromettre les chances de succès de ce type de procédure.

208. [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 des difficultés financières de l'entreprise (et de la part de responsabilité qu'il 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 exploiter 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 sommes recouvrées au profit des créanciers. Son but prioritaire peut être, par exemple, de faire le nécessaire pour ne pas perdre le contrôle de son entreprise et non de maximiser la valeur de ses biens au profit des créanciers. En outre, pour réussir, la procédure de redressement peut exiger non seulement que l'on apporte des changements auxquels le débiteur n'est peut-être pas favorable, mais également que celui-ci ait les connaissances et l'expérience lui permettant d'utiliser la loi sur l'insolvabilité pour remédier à ses difficultés financières. Un autre facteur dont il faut tenir compte est le caractère volontaire ou involontaire de la procédure (le débiteur pouvant se montrer dans le second cas hostile envers les créanciers).

209. [161] S'agissant du rôle joué par le débiteur, plusieurs lois sur l'insolvabilité font une distinction entre, d'une part, la période allant de l'ouverture de la procédure à l'approbation du plan de redressement et, d'autre part, la période postérieure à cette approbation. Pour ce qui est de la première, ces lois énoncent des règles précises concernant la possibilité pour le débiteur de gérer et de contrôler l'activité de l'entreprise au jour le jour et la nomination d'un représentant de l'insolvabilité indépendant. Pour la seconde, elles prévoient la levée des restrictions applicables à la gestion et au contrôle de l'entreprise par le débiteur et confient à ce dernier l'exécution du plan ainsi approuvé.

210. [156] Les lois sur l'insolvabilité adoptent différentes solutions pour concilier les avantages et inconvénients décrits plus haut. Ces solutions vont du dessaisissement du débiteur, qui est remplacé par un représentant de l'insolvabilité, à son maintien à la tête de l'entreprise avec une supervision minimale, en passant par la nomination d'un représentant de l'insolvabilité exerçant une surveillance plus ou moins stricte des dirigeants maintenus dans leurs fonctions.

ii) Solutions possibles — dessaisissement total du débiteur

211. [156] Cette première solution consiste, comme dans la liquidation, à retirer tout contrôle de l'entreprise au débiteur et à nommer un représentant de l'insolvabilité chargé de gérer l'entreprise à sa place. Comme on l'a vu plus haut, toutefois, ce dessaisissement total peut désorganiser l'entreprise et nuire à son fonctionnement à un stade critique de sa survie.

iii) Solutions possibles — supervision du débiteur par le représentant de l'insolvabilité

212. [157] Une solution intermédiaire consiste à répartir le contrôle de l'entreprise de différentes manières entre le débiteur et le représentant de l'insolvabilité, ce qui implique généralement une supervision plus ou moins stricte du premier par le second. Le représentant de l'insolvabilité peut, par exemple, superviser dans l'ensemble les activités du débiteur et approuver les opérations importantes, tandis que le débiteur continue d'exploiter l'entreprise et de prendre les décisions au jour le jour. Cette solution devra sans doute être étayée par des règles relativement précises pour que la division des tâches entre le représentant de l'insolvabilité et le débiteur soit claire et que l'on sache avec certitude la façon dont le redressement sera opéré. Certaines lois sur l'insolvabilité disposent, par exemple, que certaines opérations — comme contracter de nouvelles dettes, transférer ou nantir des biens et octroyer des droits d'utilisation des biens de la masse — peuvent être réalisées sans l'autorisation du représentant de l'insolvabilité ou du tribunal à condition qu'elles entrent dans le cours normal des activités de l'entreprise, une autorisation étant requise dans le cas contraire. La surveillance de la trésorerie de l'entreprise débitrice peut être un moyen supplémentaire de superviser le débiteur et ses opérations. Si celui-ci ne respecte pas les restrictions prévues et conclut des contrats sans obtenir d'abord l'autorisation requise, il faudra peut-être que la législation sur l'insolvabilité aborde la question de la validité de telles opérations et prévoie des sanctions appropriées. Une loi sur l'insolvabilité, par exemple, autorise dans ce cas le tribunal à abandonner purement et simplement la procédure. L'opportunité d'une telle mesure dépendra peut-être du caractère volontaire ou involontaire de la procédure.

213. Les lois sur l'insolvabilité qui énumèrent les opérations soumises à autorisation tracent une ligne de partage relativement claire entre les tâches du débiteur et celles du représentant de l'insolvabilité ou du tribunal. Un certain nombre d'entre elles autorisent en outre le représentant de l'insolvabilité à exercer un contrôle accru sur la masse de l'insolvabilité et la gestion de l'entreprise au jour le jour si cela est nécessaire pour préserver la masse dans un cas particulier, par exemple [158] lorsqu'il est démontré que le débiteur se soustrait à l'obligation de rendre des comptes ou lorsqu'il a commis une faute de gestion ou a détourné des biens. Dans ces cas, 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 éventuellement des créanciers ou du comité des créanciers.

214. [157] Les créanciers peuvent avoir un rôle à jouer dans la tâche consistant à superviser les activités de gestion du débiteur et à s'assurer de leur bonne exécution par ce dernier. Dans ce cas, 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 dessaisir le débiteur ou renforcer les pouvoirs de supervision du représentant de l'insolvabilité.

215. Une autre façon de répartir les pouvoirs entre le débiteur et le représentant de l'insolvabilité est de ne pas indiquer les opérations pouvant être effectuées par le débiteur mais d'autoriser le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité à déterminer les actes juridiques que la direction peut accomplir sous condition d'approbation et ceux qui lui sont interdits. Tout en offrant une certaine souplesse, cette solution risque de dissuader les débiteurs de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité faute de savoir quel effet celle-ci aura sur leur pouvoir de gérer et de contrôler l'entreprise.

iv) Solutions possibles — maintien de l'entreprise entre les mains du débiteur

216. [159] S'agissant du rôle devant être dévolu au débiteur, une autre solution est de permettre à ce dernier 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 souvent dite du "débiteur non dessaisi"). 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, en conséquence de quoi les biens de l'entreprise continuent d'être dispersés, avec le risque que le débiteur agisse de façon irresponsable, voire frauduleuse, pendant la période où il 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 faisant obligation au débiteur de rendre régulièrement compte au tribunal du déroulement de la procédure, en nommant un représentant de l'insolvabilité pour superviser le débiteur, en confiant aux créanciers un rôle important dans la supervision ou la surveillance du 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. Cela étant, il s'agit d'une solution complexe qui nécessite un examen approfondi non seulement parce qu'elle exige des règles de gouvernance 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 (par exemple le plan de redressement, l'exercice des pouvoirs d'annulation, le traitement des contrats).

3. Droits du débiteur

217. [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 aussi et peut-être surtout pour faire en sorte qu'il ait confiance dans la procédure d'insolvabilité, il est souhaitable d'indiquer clairement dans la loi sur l'insolvabilité le rôle qu'il sera amené à jouer dans la procédure et les droits qu'il pourra exercer concernant son déroulement. Dans de nombreux pays, les obligations énoncées dans des traités internationaux et régionaux comme le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1976) et la Convention européenne des droits de l'homme (1950) peuvent avoir une incidence sur les droits des personnes physiques débitrices dans le cadre d'une telle procédure.

— Droit d'être entendu, d'avoir accès à des informations et de conserver des biens personnels

218. [168] Il est souhaitable, pour les raisons exposées ci-dessus, que le débiteur ait 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, surtout lorsqu'il s'agit d'un redressement. En particulier, il faudrait que le débiteur puisse accéder à des informations sur l'état d'avancement de la procédure dans tous les cas, mais surtout lorsque la législation sur l'insolvabilité prévoit de lui retirer une partie de ses pouvoirs de gestion et de contrôle (que ce soit dans une liquidation ou un redressement). Ce droit d'accès peut être particulièrement important dans une procédure de redressement lorsque la législation sur l'insolvabilité prévoit le dessaisissement partiel du débiteur avant l'approbation du plan mais lui impose l'obligation d'exécuter ledit plan. Il serait également bon, lorsque le débiteur n'intervient pas dans l'élaboration du plan, de lui donner la possibilité d'exprimer un avis sur ledit plan avant qu'il soit proposé pour approbation. Comme cela est indiqué plus haut (deuxième partie, chapitre III.A.3), lorsque le débiteur est une personne physique, certains biens sont généralement exclus de la masse de l'insolvabilité pour permettre à celui-ci de préserver ses droits fondamentaux et ceux de sa famille et il est souhaitable que le droit de conserver ces biens soit clairement énoncé dans la loi sur l'insolvabilité.

219. [169] Dans certains cas, toutefois, l'exercice ou le respect de ces droits risque d'entraîner des formalités et des frais entravant le déroulement de la procédure sans être directement bénéfique au débiteur. 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 que la loi sur l'insolvabilité offre une certaine souplesse pour éviter que l'exercice de ce droit ne compromette la procédure.

4. Obligations du débiteur

220. Il est souhaitable que la législation sur l'insolvabilité énonce clairement — outre les droits — les obligations du débiteur en rapport avec la procédure d'insolvabilité en précisant autant que possible le contenu de chaque obligation et la partie à qui elle est due. Il faudra adapter ces obligations en fonction du rôle qui sera confié au débiteur tant dans la liquidation que dans le redressement et surtout en fonction de son rôle dans la gestion et le contrôle de l'entreprise dans le deuxième type de procédure. Par exemple, si le débiteur garde les rênes de son entreprise dans un redressement, l'obligation de renoncer au contrôle des biens de la masse ne sera pas applicable.

a) *Coopération et assistance*

221. [167] Pour assurer le bon déroulement de la procédure, certaines lois sur l'insolvabilité font obligation au débiteur de coopérer avec le représentant de l'insolvabilité et de l'aider dans l'exercice de ses fonctions ou encore de s'abstenir de toute conduite pouvant compromettre le succès de la procédure. L'obligation de coopérer impliquera essentiellement que le débiteur laisse le représentant de l'insolvabilité prendre le contrôle effectif de la masse de l'insolvabilité en lui remettant les biens et les livres et pièces comptables de l'entreprise. Elle peut également impliquer que le débiteur collabore avec le représentant de l'insolvabilité pour dresser une liste des créanciers et de leurs créances (voir deuxième partie, chap. IV.B.4).

b) *Communication de renseignements*

222. [162] Pour faciliter une évaluation détaillée et objective des activités du débiteur, en particulier pour connaître ses besoins immédiats de trésorerie, déterminer l'opportunité d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, se rendre compte de la viabilité à long terme de l'entreprise et savoir si la direction est 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. Tant dans la procédure de liquidation que dans celle de redressement, mais plus particulièrement dans cette dernière et dans le cas d'une entreprise en liquidation devant être cédée en vue de la poursuite de l'activité, il est souhaitable pour permettre cette évaluation que le débiteur reste tenu de divulguer pendant une période relativement longue, et pas seulement pendant la période qui suit immédiatement l'ouverture de la procédure, des renseignements détaillés au sujet de ses affaires commerciales et financières tels que: des informations sur l'actif et le passif; des listes de clients; 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; des informations sur les causes ou raisons supposées de la situation financière; des informations sur les opérations antérieures susceptibles d'être annulées conformément aux dispositions de la loi sur l'insolvabilité relatives à l'annulation; ainsi que des informations sur les contrats en cours, les opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés et les procédures judiciaires, arbitrales ou administratives, y compris les procédures d'exécution, intentées contre lui ou auxquelles il est partie. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité font également obligation au débiteur de fournir des renseignements concernant ses créanciers et de préparer, généralement en collaboration avec le représentant de l'insolvabilité, une liste des créanciers à partir de laquelle vérifier les créances. Le débiteur peut aussi être tenu d'actualiser cette liste à mesure que les créances sont vérifiées et admises ou rejetées.

223. [162] Bien qu'il ne soit sans doute pas nécessaire de fournir, dans une loi sur l'insolvabilité, une liste exhaustive des informations devant être communiquées par le débiteur, 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.

224. [163] Pour que les renseignements fournis puissent être utilisés aux différentes fins mentionnées ci-dessus, il faut qu'ils soient à jour, complets, exacts et fiables et qu'ils soient communiqués 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.

225. [164] Lorsque le débiteur n'est pas une personne physique, ce sont les responsables et d'autres parties ayant un lien avec lui qui peuvent fournir les renseignements au représentant de l'insolvabilité. Une autre solution consisterait à exiger que le débiteur lui-même (lorsqu'il s'agit d'une personne physique) ou un ou plusieurs administrateurs de l'entreprise débitrice se fassent représenter ou 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.

c) *Confidentialité*

226. [165] Les renseignements requis sont souvent commercialement sensibles (comme les secrets professionnels, les listes de clients et de fournisseurs, les informations sur la recherche-développement) et peuvent soit appartenir au débiteur, soit être en sa possession mais appartenir à un tiers. 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 qui sont en mesure de les exploiter. Il se peut que l'obligation de confidentialité doive s'appliquer non seulement au débiteur, mais également aux parties ayant un lien avec ce dernier, au représentant de l'insolvabilité, au comité des créanciers et aux tiers.

d) *Obligations secondaires*

227. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité imposent au débiteur d'autres obligations qui sont secondaires à l'obligation de prêter coopération et assistance: ce peut être

par exemple l'obligation (faite soit au débiteur, soit aux dirigeants et administrateurs de l'entité débitrice) de ne pas quitter leur résidence habituelle (sans l'autorisation du tribunal) ou de divulguer leur correspondance au représentant de l'insolvabilité ou au tribunal, ainsi que d'autres obligations restreignant la liberté personnelle. Ces restrictions peuvent être 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. Si une loi sur l'insolvabilité impose de telles obligations secondaires, il est souhaitable que celles-ci soient proportionnées au but visé par elles ainsi qu'à l'objectif général du devoir de coopération. Ces obligations peuvent en outre être limitées par l'application des conventions et accords relatifs aux droits de l'homme mentionnés ci-dessus. Certaines lois sur l'insolvabilité considèrent ces obligations comme automatiquement applicables, tandis que d'autres laissent au tribunal la possibilité de les appliquer si elles sont nécessaires pour l'administration de la masse. Certaines lois font également une distinction entre les catégories de débiteur: s'il s'agit d'une personne physique, les obligations ne s'appliqueront que sur décision du tribunal, mais si le débiteur est une société, certaines obligations peuvent s'appliquer automatiquement, par exemple celle de divulguer la correspondance.

e) *Recours à des spécialistes pour aider le débiteur*

228. [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.

f) *Inexécution des obligations*

229. [166] Il faudra peut-être que la loi sur l'insolvabilité examine les dispositions à prendre en cas de manquement de la part du débiteur. Par exemple, en cas de rétention d'information par ce dernier, il peut s'avérer nécessaire de prévoir un mécanisme qui l'oblige à communiquer les renseignements requis, tels que sa "mise en examen" 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. Des approches similaires conviendraient sans doute pour l'inexécution d'autres obligations. Il faudra peut-être aussi que la loi sur l'insolvabilité examine quelles sont les conséquences des actes accomplis en violation des obligations et si de tels actes devraient ou non être invalidés.

5. Responsabilité du débiteur

230. [170] Lorsque l'entreprise est solvable, le débiteur est généralement comptable en premier lieu aux propriétaires de l'entreprise et ses 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. Malgré ce changement de situation, 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 gouvernance, bien que certaines législations sur l'insolvabilité puissent exiger que la procédure d'insolvabilité soit ouverte à un stade précoce des difficultés financières (voir deuxième partie, chap. II.B). 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, selon les régimes de responsabilité applicables respectivement à la fraude et à la négligence, de prévoir, dans la loi sur l'insolvabilité, la possibilité d'une réparation par les responsables du préjudice ou de la perte causés.

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant le 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 mesures pouvant être prises 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 de redressement.

Contenu des dispositions législatives

Droit d'être entendu

89) [69)] La législation sur 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

90) [70)] La législation sur l'insolvabilité devrait disposer 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. Ce droit revêt une importance particulière dans le cadre d'une procédure de redressement.

Droit du débiteur de conserver des biens pour préserver ses droits fondamentaux

91) Lorsque le débiteur est une personne physique, la législation sur l'insolvabilité devrait disposer que le débiteur a le droit de conserver des biens exclus de la masse de

l'insolvabilité s'ils sont nécessaires pour préserver ses droits fondamentaux[2].

Obligations

92) [71)] La législation sur 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 de l'aider dans l'exercice de ses fonctions [et de s'abstenir de tout acte préjudiciable à l'administration de la procédure];

b) obligation de fournir au tribunal, au représentant de l'insolvabilité ou au comité des créanciers les informations exactes, fiables et complètes que ceux-ci pourraient raisonnablement lui demander sur sa situation financière et ses affaires, notamment:

i) des informations sur les opérations qui ont été réalisées pendant la période suspecte et qui concernent le débiteur ou les biens du débiteur;

ii) des informations sur les procédures judiciaires, arbitrales ou administratives en cours, y compris les procédures d'exécution;

c) obligation de permettre au représentant de l'insolvabilité de prendre le contrôle effectif de la masse de l'insolvabilité et de lui remettre les biens constituant la masse de l'insolvabilité, qu'ils soient nationaux ou étrangers[3], ou de lui en confier le contrôle et de lui communiquer les livres comptables;

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 ou rejetées.

e) s'il s'agit d'une personne physique, obligation de ne pas quitter sa résidence habituelle sans l'autorisation du tribunal.

Confidentialité

93) [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 sur l'insolvabilité ou dans le droit procédural applicable. L'obligation de confidentialité devrait s'appliquer aux informations en possession du débiteur, que celles-ci soient sa propriété ou la propriété d'un tiers, y compris les secrets professionnels.

Poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice

94) [73)] La législation devrait traiter du rôle dévolu au débiteur dans la poursuite de l'activité de l'entreprise [tant en cas de redressement qu'en cas de cession de l'entreprise en liquidation]. 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 exploiter 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 sur l'insolvabilité; ou

c) le maintien de l'entreprise entre les mains du débiteur (débiteur non dessaisi), sans que soit nommé un représentant de l'insolvabilité, mais moyennant des mesures de protection appropriées, y compris un contrôle plus ou moins strict du débiteur ainsi que la possibilité de le dessaisir dans des cas spécifiés[4].

Sanctions en cas d'inexécution

95) [74)] La législation sur l'insolvabilité devrait prévoir des sanctions en cas d'inexécution par le débiteur, qu'il soit une personne physique ou une entité commerciale, des obligations spécifiées, y compris l'invalidation des actes accomplis en violation de ces obligations.

B. Représentant de l'insolvabilité

1. Introduction

231. [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 "représentant de l'insolvabilité" est employé pour désigner au sens large la personne qui assume les diverses fonctions qui peuvent être exercées sans faire de distinction entre les différentes fonctions qui peuvent être exercées dans différents types de procédure. 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. Dans certains pays, cette nomination correspond ou ressemble étroitement, de par sa nature, à celle d'un syndic exerçant des pouvoirs d'intérêt général et s'acquittant de fonctions pour le compte des créanciers et du débiteur. Lorsqu'un

[2] Voir chapitre III.A, Biens visés, recommandation 29.

[3] Voir chapitre VIII: Loi type sur l'insolvabilité internationale et nomination d'un représentant étranger.

[4] Il est à noter que cette solution repose sur une structure judiciaire bien développée et sur l'application de mesures de protection qui ont pour effet de dessaisir le débiteur dans certains cas. Pour des explications plus détaillées, voir par. 204 à 216 du commentaire analytique.

représentant de l'insolvabilité est nommé à titre provisoire par le tribunal avant que la procédure d'insolvabilité ne s'engage, les pouvoirs et fonctions de cette personne sont généralement déterminés par le tribunal. Dans la mesure où ces pouvoirs et fonctions sont les mêmes que ceux d'un représentant de l'insolvabilité nommé après le début d'une procédure, le représentant provisoire de l'insolvabilité devrait avoir les mêmes qualifications, les mêmes responsabilités et la même rémunération qu'un représentant nommé après le début d'une procédure.

232. [172] Les lois sur l'insolvabilité appréhendent de diverses façons les rapports qui existent entre le représentant de l'insolvabilité et le tribunal et, en particulier, la délimitation de leurs pouvoirs respectifs. Étant en principe celui qui dispose du plus grand nombre de renseignements sur la situation du débiteur, le représentant de l'insolvabilité est souvent le mieux placé pour prendre des décisions en connaissance de cause sur la conduite de la procédure. Cela ne veut pas dire, pour autant, qu'il peut se substituer au 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 plus restreint dans les procédures d'insolvabilité, l'étendue des pouvoirs qui seraient normalement confiés au représentant de l'insolvabilité est limitée. Les pouvoirs du représentant de l'insolvabilité peuvent également être limités par le rôle dévolu aux créanciers en vertu de la loi sur l'insolvabilité.

2. Qualifications

233. [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 (souvent des avocats, des comptables ou d'autres spécialistes). Lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit la nomination d'un fonctionnaire en tant que représentant de l'insolvabilité, les qualifications examinées ci-après ne s'appliquent généralement pas à cette nomination (même si elles peuvent s'appliquer au recrutement du fonctionnaire par l'organisme intéressé).

234. [177] Dans de nombreux pays, le représentant de l'insolvabilité doit être une personne physique; certains, cependant, prévoient qu'une personne morale peut également être nommée à certaines conditions, notamment que les individus chargés de mener à bien les opérations pour le compte de la personne morale soient dûment qualifiés et que la personne morale elle-même soit soumise à une réglementation. En raison de la complexité de nombreuses procédures d'insolvabilité, il est vivement souhaitable que le représentant de l'insolvabilité connaisse le droit (non seulement le droit de l'insolvabilité, mais aussi les dispositions pertinentes du droit commercial) et ait une expérience appropriée des questions commerciales et financières. Dans le cas où des connaissances complémentaires ou plus spécialisées seraient nécessaires, il peut toujours faire appel à des experts extérieurs. Certaines lois sur l'insolvabilité exigent également qu'une personne nommée représentant de l'insolvabilité dans une affaire particulière ait des connaissances et des compétences adaptées à cette affaire.

235. [177] Outre les connaissances et l'expérience requises, il peut également être souhaitable que le représentant de l'insolvabilité possède certaines qualités personnelles, telles que l'intégrité, l'impartialité et l'indépendance vis-à-vis d'intérêts particuliers. [180] Des conflits d'intérêts peuvent naître de relations antérieures ou existantes avec le débiteur. Une participation antérieure au capital du débiteur, une relation commerciale antérieure avec le débiteur, une relation avec un créancier du débiteur, un engagement antérieur en tant que représentant du débiteur et une relation avec un concurrent du débiteur peuvent suffire, dans certains pays, pour interdire la nomination d'une personne en tant que représentant de l'insolvabilité. Dans d'autres pays, la personne pourra malgré tout être nommée à condition que le conflit d'intérêts soit révélé. Pour accroître la transparence, la prévisibilité et l'intégrité du système d'insolvabilité, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité précise le degré de relation qui pourra donner lieu à un conflit d'intérêts et imposera à un représentant potentiel de l'insolvabilité de révéler les circonstances de nature à entraîner un tel conflit ou à compromettre son indépendance. Il revient généralement au tribunal de déterminer s'il existe, dans une affaire particulière, un conflit d'intérêts ou des éléments indiquant un manque d'indépendance.

236. Les qualifications requises d'une personne pouvant être nommée représentant de l'insolvabilité pourront varier en fonction du régime de l'insolvabilité appliqué en ce qui concerne le rôle du représentant de l'insolvabilité (y compris la question de savoir s'il s'agit d'une procédure de liquidation ou de redressement) et le niveau relatif de contrôle exercé sur le représentant de l'insolvabilité (et sur la procédure d'insolvabilité en général) par le tribunal. Elles pourront également varier en fonction de la procédure de nomination (voir ci-après).

237. [178] Pour garantir une qualification appropriée du représentant de l'insolvabilité, divers critères sont pris en compte. Sont ainsi exigés, notamment, certaines qualifications et certains diplômes professionnels; 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; une certaine expérience (généralement spécifiée en nombre d'années) des domaines pertinents, par exemple la finance, le commerce, la comptabilité et le droit, ainsi que de la conduite des procédures d'insolvabilité. Les systèmes qui exigent une forme quelconque de licence ou de qualification professionnelle et l'adhésion à des associations professionnelles traitent aussi, souvent, des questions de contrôle et de discipline; un représentant de l'insolvabilité peut être supervisé par le tribunal, par une association professionnelle ou par un organisme de réglementation des entreprises ou autre. Plusieurs de ces systèmes sont relativement complexes, et leur analyse approfondie déborde du cadre du présent *Guide*.

238. [179] Pour l'établissement des qualifications à posséder pour être nommé représentant de l'insolvabilité, 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 spécialistes considérés comme suffisamment qualifiés et d'accroître le coût de la procédure, et des

conditions trop souples pour garantir la qualité du service requis. En cas de pénurie de spécialistes suffisamment qualifiés, le rôle assigné au tribunal en matière de nomination et de contrôle pourra fortement aider à trouver ce juste milieu.

3. Sélection et nomination du représentant de l'insolvabilité

239. [174] Les lois sur l'insolvabilité appréhendent de diverses manières la sélection et la nomination d'un représentant de l'insolvabilité. Dans certains pays, la loi prévoit la nomination automatique d'un fonctionnaire particulier (diversement appelé administrateur judiciaire, curateur ou liquidateur et …) dans tous les cas ou dans certaines affaires d'insolvabilité. Dans de nombreux pays, c'est le tribunal qui choisit, nomme et supervise le représentant de l'insolvabilité. La sélection peut s'effectuer à la discrétion du tribunal parmi une liste de spécialistes dûment qualifiés, en recourant à un système de registre ou de rotation ou par d'autres moyens, tels que la recommandation des créanciers ou du débiteur. Bien qu'il garantisse une répartition équitable et impartiale des affaires, [176] un inconvénient éventuel d'un système de registre 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 spécialistes de l'insolvabilité y figurent. Cet inconvénient n'apparaît peut-être pas aussi grave lorsqu'il n'y a pas d'actifs (voir deuxième partie, chap. II.B.4 *f*).

240. [174] Dans certains pays, un bureau ou un institut distinct assumant la tutelle de tous les représentants de l'insolvabilité sélectionne l'intéressé sur instruction du tribunal. Plusieurs pays ont adopté cette approche, qui permet à l'autorité de nomination indépendante de faire appel à des spécialistes qui auront les compétences et les connaissances nécessaires pour examiner les circonstances de chaque cas, dont la nature des activités commerciales ou autres du débiteur; le type d'actifs; le marché sur lequel l'entreprise débitrice exerce ou a exercé ses activités; les connaissances spéciales nécessaires pour comprendre les affaires du débiteur; ou d'autres aspects particuliers. Le recours à une autorité de nomination indépendante dépendra de l'existence d'une institution ou d'un organe approprié disposant des ressources et de l'infrastructure nécessaires pour exercer les fonctions requises; à défaut, il faudra créer une institution ou un organe approprié.

241. [174] Une autre 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. Une approche différente permet au débiteur, lorsqu'il engage une procédure de redressement, de nommer lui-même le représentant de l'insolvabilité. Dans ce cas, le débiteur et d'autres parties telles que les créanciers garantis peuvent, avant l'ouverture de la procédure, avoir des discussions qui permettront au futur représentant de se familiariser avec l'affaire, et le débiteur peut sélectionner le représentant de l'insolvabilité qu'il juge le mieux à même de conduire le redressement. On pourra s'interroger, cependant, sur l'indépendance du représentant de l'insolvabilité. Ces interrogations pourront être levées en permettant aux créanciers, dans les cas appropriés, de remplacer le représentant de l'insolvabilité nommé par le débiteur.

4. Obligations et fonctions du représentant de l'insolvabilité

242. [173] Les lois sur l'insolvabilité spécifient souvent les fonctions que le représentant de l'insolvabilité devra exercer dans le cadre de la procédure, et il importe que la loi sur l'insolvabilité accorde au représentant de l'insolvabilité les pouvoirs lui permettant de s'acquitter de ces fonctions. Bien que certaines des fonctions mentionnées ci-après puissent relever davantage de la liquidation que du redressement, les obligations et fonctions du représentant de l'insolvabilité seraient généralement les suivantes:

i) prendre le contrôle immédiat des biens composant la masse de l'insolvabilité[5] et des registres commerciaux du débiteur;

ii) représenter la masse de l'insolvabilité;

iii) assurer l'administration générale de la masse de l'insolvabilité;

iv) exercer les droits de la masse de l'insolvabilité dans le cadre de procédures judiciaires, arbitrales ou administratives en cours;

v) prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger et préserver les biens de la masse de l'insolvabilité et l'activité du débiteur, notamment en empêchant toute cession non autorisée de ces biens et en agissant en annulation afin de recouvrer les biens indûment cédés pour écarter des créanciers;

vi) inscrire les droits de la masse (lorsque l'inscription est nécessaire pour rendre ces droits opposables aux acquéreurs de bonne foi);

vii) nommer et rémunérer les comptables, avocats et autres spécialistes dont il peut avoir besoin pour l'aider à s'acquitter de sa mission;

viii) obtenir des informations concernant le débiteur, son actif, son passif et ses opérations antérieures (en particulier celles survenues pendant la période suspecte), notamment en entendant le débiteur et toute personne ayant traité avec lui;

ix) examiner les contrats qui ne sont pas pleinement exécutés afin de décider s'il convient de les continuer ou de les rejeter;

x) examiner la situation des salariés et de leurs droits, y compris de leurs droits à pension;

xi) en cas de liquidation, vendre les biens de la masse de l'insolvabilité;

[5]Pour une définition du terme "masse de l'insolvabilité" dans le *Guide*, se reporter à la deuxième partie, chapitre III, ainsi qu'au glossaire figurant dans la première partie.

xii) vérifier et admettre les créances;

xiii) fournir périodiquement au tribunal et aux créanciers des informations décrivant en détail la conduite de la procédure. Les informations devraient inclure, par exemple, des précisions sur les biens vendus pendant la période considérée, 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; les biens restant à administrer; et établir le plan de redressement;

xiv) assister aux réunions des créanciers;

xv) administrer l'entreprise en redressement et en liquidation lorsqu'elle doit être vendue en vue de la poursuite de l'activité;

xvi) en cas de redressement, établir un plan de redressement ou un rapport expliquant pourquoi un redressement n'est pas possible (lorsque cette fonction doit être exercée par le représentant de l'insolvabilité);

xvii) superviser l'approbation du plan de redressement et, au besoin, sa mise en œuvre;

xviii) liquider la masse de manière rapide, efficace et au mieux des intérêts des différentes parties concernées;

xix) présenter au tribunal ou, s'il y a lieu, aux créanciers un rapport et un compte finals concernant l'administration de la masse de l'insolvabilité;

xx) traiter toute autre question dont il pourrait être saisi par les créanciers ou qui pourrait être déterminée par le tribunal.

243. Outre ces tâches et fonctions spécifiques, les lois sur l'insolvabilité imposent souvent au représentant de l'insolvabilité certaines obligations générales. Il pourra s'agir d'une obligation de maximiser la valeur et de préserver la sécurité de la masse de l'insolvabilité, d'une obligation d'obtenir le meilleur prix qu'il sera raisonnablement possible de demander lors de la vente de biens de la masse de l'insolvabilité; et [*autres?*].

5. Confidentialité

244. La nécessité d'imposer au débiteur une obligation de confidentialité a été notée plus haut. Il pourrait également être utile que la loi sur l'insolvabilité impose une telle obligation au représentant de l'insolvabilité, car une grande partie des informations qui seront obtenues concernant les affaires du débiteur seront commercialement sensibles (secrets commerciaux, données de recherche-développement et renseignements sur les clients par exemple) et ne devraient pas être révélées à des tiers qui pourraient être en mesure d'en tirer indûment profit. Le respect de la confidentialité pourra revêtir une importance particulière lorsque le représentant de l'insolvabilité sera habilité à exiger la révélation d'informations et de documents lors d'un examen de l'entreprise débitrice. Certaines de ces informations pourront provenir de tiers et être soumises à des dispositions relatives à la protection de la vie privée et au secret, telles celles applicables aux banques. Il est souhaitable que le représentant de l'insolvabilité soit autorisé à utiliser ces informations uniquement aux fins de la procédure d'insolvabilité dans le cadre de laquelle l'examen a été autorisé, à moins que le tribunal n'en décide autrement. Ces considérations pourraient également valoir pour la fourniture et l'obtention d'informations dans le cadre de procédures judiciaires engagées à l'encontre du débiteur. Une obligation de confidentialité analogue devrait s'appliquer aux agents du représentant de l'insolvabilité (voir ci-après) et à d'autres parties conformément aux injonctions du tribunal.

6. Rémunération du représentant de l'insolvabilité

a) *Détermination de la valeur du service rendu*

245. Outre le remboursement des dépenses engagées par lui-même dans le cadre de l'administration de la masse de l'insolvabilité, le représentant de l'insolvabilité est habilité à percevoir une rémunération en échange de ses services. Cette rémunération devrait être proportionnelle aux qualifications du représentant de l'insolvabilité et aux tâches qui lui incombent et compenser la prise de risque afin d'attirer des professionnels dûment qualifiés. Pour calculer cette rémunération, on utilise plusieurs méthodes. Elle pourrait être fixée par rapport à un barème d'honoraires approuvé, établi par un organisme public ou une association professionnelle; déterminée dans chaque cas par l'ensemble des créanciers, le tribunal ou tout autre organe ou tribunal administratif; fondée sur le temps effectivement consacré à l'administration de la masse de l'insolvabilité par le représentant de l'insolvabilité (et les diverses catégories de personnes susceptibles de travailler à l'administration de l'insolvabilité, depuis le personnel de bureau jusqu'au représentant lui-même); ou fondée sur un pourcentage de la valeur des biens de la masse de l'insolvabilité qui sont réalisés ou distribués ou une combinaison des deux (calculée à la fin de la procédure, une fois les biens cédés et leur valeur déterminée). Il pourrait s'agir d'un pourcentage fixe pouvant augmenter ou diminuer en fonction de l'affaire traitée.

i) Systèmes fondés sur le temps passé

246. Un des avantages d'une méthode fondée sur le temps passé est que, souvent, il est difficile d'évaluer au début de la procédure le degré de complexité d'une administration particulière et les moyens qu'elle nécessitera, du moins tant que certains travaux préliminaires n'ont pas été exécutés. Un inconvénient est que s'il peut encourager une administration très rigoureuse, un système fondé sur le temps passé peut aussi, dans certains cas, inciter à maximiser le temps consacré à l'administration sans que cela n'accroisse nécessairement la valeur de la masse de l'insolvabilité.

ii) Systèmes de commission

247. Un avantage du système des commissions, du moins du point de vue des créanciers, est qu'au moins une partie, sinon une proportion importante des biens recouvrés leur sera distribuée. Du point de vue du représentant de l'insolvabilité, cependant, cette méthode de calcul peut se révéler incertaine, car la quantité de travail nécessaire à

l'administration n'est pas nécessairement proportionnelle à la valeur des biens distribuables. Elle risque également d'encourager une démarche de "rendement maximal pour un coût minimal" et incite peu à exercer des fonctions qui ne visent pas directement à accroître le rendement pour les créanciers, qu'il s'agisse, par exemple, de faire rapport au tribunal et aux créanciers ou d'aider les organismes de réglementation à enquêter sur les affaires et d'éventuelles fautes des débiteurs.

iii) Participation des créanciers

248. Dans certains pays, il peut être demandé à l'ensemble de créanciers (ou au comité des créanciers agissant pour leur compte) de participer à la fixation ou à l'approbation de la rémunération, compte tenu de facteurs tels que la complexité de l'affaire, la nature et le niveau des responsabilités du représentant de l'insolvabilité et l'efficacité avec laquelle ce dernier s'en est acquitté, ainsi que la valeur et la nature des biens de la masse. La participation des créanciers peut permettre de surmonter certaines des difficultés examinées plus haut, car les créanciers connaîtraient mieux les problèmes en jeu et auraient la possibilité de participer à la fixation et à l'approbation des honoraires. Les honoraires pourraient également faire l'objet d'une révision périodique au cours de la procédure, tout problème éventuel étant alors examiné et résolu, peut-être par arbitrage ou quelque autre forme de règlement des litiges entre le représentant de l'insolvabilité et les créanciers.

249. S'agissant de la fixation de la rémunération du représentant de l'insolvabilité, il est vivement souhaitable que la loi sur l'insolvabilité crée un mécanisme clair et transparent permettant d'éviter les litiges et offrant un certain niveau de certitude quant au coût de la procédure d'insolvabilité. Quel que soit le mode de calcul, il est également souhaitable que la loi sur l'insolvabilité reconnaisse qu'il importe d'accorder la priorité au versement de la rémunération du représentant de l'insolvabilité.

b) *Moyen de paiement*

250. Le versement de la rémunération du représentant de l'insolvabilité est souvent un motif de plainte invoqué par les créanciers chirographaires; en effet, la source la plus courante de fonds disponibles est fréquemment constituée de biens non grevés de sûretés et peut souvent ne rien laisser à distribuer à ces créanciers. Il serait certes injuste de conclure que les dépenses d'administration étaient excessives simplement parce que leur montant était supérieur à celui des biens non grevés disponibles pour régler les créanciers chirographaires, mais le fait que ces derniers voient la plupart sinon la totalité des biens disponibles utilisés pour couvrir les dépenses d'administration et que la comparaison des dépenses totales d'administration et de la valeur des biens recouvrés fasse naître des sentiments d'injustice montre qu'il est nécessaire d'étudier attentivement cette question. On pourra adopter, pour ce qui est du règlement du représentant de l'insolvabilité, différentes méthodes. Par exemple, lorsque la masse comprend des biens non grevés, 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 profite aux créanciers; des frais supplémentaires pourraient également être perçus sur les créanciers lorsqu'ils déposent une demande d'ouverture, ce qui permettrait de financer au moins les dépenses initiales et l'accomplissement des fonctions essentielles (voir deuxième partie, chap. II.B.5).

c) *Réexamen de la rémunération*

251. En fonction de la façon dont la rémunération du représentant de l'insolvabilité est fixée, il peut être souhaitable de prévoir une procédure de réexamen en cas de mécontentement du représentant lui-même ou des créanciers. Lorsque la rémunération est fixée par une réunion de créanciers, le tribunal sera généralement habilité à réviser ce montant sur demande du représentant de l'insolvabilité ou d'un pourcentage ou nombre spécifié de créanciers, par exemple de créanciers représentant 10 % du capital émis ou au moins 10 ou 25 % du passif total. Lorsque la rémunération est fixée en premier lieu par le tribunal, le représentant de l'insolvabilité pourra avoir ou non le droit d'appeler de cette décision; certaines lois sur l'insolvabilité disposent que le débiteur ne peut solliciter un réexamen. Lorsque le représentant de l'insolvabilité est tenu d'être membre d'une association professionnelle ou titulaire d'une licence, l'association professionnelle ou l'organisme qui délivre les licences peut également être habilité à réviser les honoraires facturés par ses membres et servir, au besoin, de structure informelle de règlement des litiges.

7. Obligation de diligence [Responsabilité]

252. [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. Afin de déterminer le degré de prudence, de diligence et de compétence avec lequel le représentant de l'insolvabilité doit s'acquitter de ses obligations et fonctions, on doit établir un critère qui tienne compte des difficultés que le représentant de l'insolvabilité rencontre dans l'accomplissement de ses tâches et mettre en regard de ce critère un niveau de rémunération approprié et l'opportunité d'inciter des personnes qualifiées à exercer ces fonctions. Dans le cadre de sa responsabilité, le représentant de l'insolvabilité pourra souvent avoir à faire appliquer le droit en dehors de l'insolvabilité.

253. [182] Pour ce faire, différentes approches peuvent être adoptées dans une loi sur l'insolvabilité, 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 praticien privé ou un agent de l'État). 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 biens d'un tiers et non des siens. Ou bien, on pourrait partir du principe que le représentant de l'insolvabilité est censé agir de bonne foi à des fins légitimes. 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. Lorsque le représentant de l'insolvabilité est membre d'une association professionnelle, les normes professionnelles de cette association peuvent s'appliquer.

254. [183] Pour ce qui est de la question de la responsabilité en dommages-intérêts, on pourrait exiger que le représentant de l'insolvabilité dépose une caution couvrant la perte de biens de la masse ou prenne une assurance couvrant les dommages-intérêts payables en cas de manquement à ses obligations. Plusieurs lois sur l'insolvabilité exigent une caution et une assurance, tandis que d'autres n'exigent qu'une assurance. Dans certains cas, le niveau de la caution exigée correspond à la valeur comptable des biens, alors que dans d'autres, tant le montant de la caution que celui de la couverture d'assurance requise sont fixés dans le règlement de l'association professionnelle ou de l'organisme de réglementation intéressé. Il se peut toutefois que ces solutions ne soient pas proposées 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.

8. Mandataires du représentant de l'insolvabilité

255. [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. L'obligation de révéler les conflits d'intérêts, qui s'applique au représentant de l'insolvabilité, peut également s'appliquer aux spécialistes employés par celui-ci, de même que l'obligation de confidentialité.

256. [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 fonctions.

257. En ce qui concerne la rémunération des spécialistes employés par le représentant de l'insolvabilité, différentes méthodes pourront être adoptées. En vertu de certaines lois, le représentant de l'insolvabilité règle le spécialiste et se fait rembourser sur la masse. Dans d'autres cas, le spécialiste dispose sur la masse d'une créance d'administration.

9. Révocation du représentant de l'insolvabilité

258. [186] 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 de la législation de l'insolvabilité, a fait preuve d'incompétence ou de négligence caractérisées, n'a pas révélé un conflit d'intérêts, a effectué des opérations illicites, ou pour des raisons moins graves lorsque, par exemple, la procédure exige une compétence particulière ou différente que le représentant nommé ne possède pas. 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 le représentant de l'insolvabilité est soumis à un contrôle professionnel ou réglementaire, il peut être révoqué suite à la réalisation d'une enquête ou d'un examen, qui peuvent également entraîner le retrait d'une licence ou de toute autre autorisation.

10. Remplacement du représentant de l'insolvabilité

259. [186] En cas de démission ou de révocation du représentant de l'insolvabilité ou de survenue de tout autre événement qui pourrait empêcher le représentant de l'insolvabilité d'exercer ses fonctions, tel que son décès ou une maladie grave, 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 soit par le tribunal, soit par des créanciers. Lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit le remplacement 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 biens de la masse (voir deuxième partie, chap. III.A) et à la remise au successeur des livres, registres et autres informations concernant l'entreprise débitrice. La loi devrait peut-être aussi aborder la question de la validité des actions engagées dans le cadre de la procédure par le représentant de l'insolvabilité qui a été remplacé.

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant le 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 rémunération, la responsabilité, la révocation et le remplacement d'un représentant de l'insolvabilité.

Contenu des dispositions législatives

Qualifications

(96) [(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

(97) [(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.

(98) Lorsque la législation de l'insolvabilité prévoit la nomination d'un représentant de l'insolvabilité pour administrer la masse en l'absence de biens, cette législation devrait également prévoir un mécanisme de nomination et de rémunération de ce représentant. Ce mécanisme pourrait comprendre la nomination d'un fonctionnaire ou une nomination fondée sur un système de registre, et une rémunération par l'État ou [...].

Conflit d'intérêts

(99) [(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 [vis-à-vis de tiers]. La législation de l'insolvabilité devrait également faire obligation aux personnes employées par le représentant de l'insolvabilité de révéler toute circonstance pouvant entraîner un conflit d'intérêts ou compromettre leur indépendance [vis-à-vis de tiers].

~~Pouvoirs et mission~~ Obligations et fonctions du représentant de l'insolvabilité

(100) [(78)] La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que le représentant de l'insolvabilité a une obligation générale de maximiser la valeur de la masse de l'insolvabilité et d'en préserver la sécurité. La législation de l'insolvabilité devrait indiquer clairement les ~~pouvoirs et~~ obligations et les fonctions du représentant de l'insolvabilité, notamment:

a) prendre le contrôle des biens composant la masse de l'insolvabilité et des registres commerciaux du débiteur, y compris ceux en possession de tiers;

b) administrer l'ensemble de la masse de l'insolvabilité;

c) contrôler la récupération, la vente et la répartition des biens;

d) obtenir des informations concernant le débiteur, son actif, son passif, ses opérations antérieures (en particulier celles survenues pendant les périodes suspectes), notamment en entendant le débiteur (que ce soit sous serment ou dans le cadre d'une procédure équivalente);

e) veiller à ce que le débiteur s'acquitte de ses obligations;

f) 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;

g) exercer des pouvoirs d'annulation;

h) exercer les droits de la masse de l'insolvabilité dans le cadre de procédures judiciaires, arbitrales ou administratives en cours et auxquelles la suspension s'applique;

i) vérifier et admettre les créances;

j) gérer l'entreprise en redressement ou en liquidation, lorsque celle-ci doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité;

k) fournir régulièrement aux créanciers et au tribunal des informations et leur rendre compte de la conduite de la procédure;

l) recruter et rémunérer des professionnels qui l'aideront dans sa mission;

m) en cas de redressement, établir (ou contribuer à rétablir) un plan de redressement ou un rapport expliquant pourquoi un redressement n'est pas possible (lorsque cette fonction doit être exercée par le représentant de l'insolvabilité);

n) exercer les autres pouvoirs ou fonctions qui lui sont dévolus par le tribunal ou confiés par les créanciers ou le comité des créanciers.

Responsabilité

(101) [(79)] La législation de l'insolvabilité devrait traiter des conséquences d'une défaillance du représentant de l'insolvabilité, ou de l'exécution de ses obligations ~~pouvoirs~~ et fonctions, y compris de l'engagement éventuel de sa responsabilité personnelle [comme énoncé aux recommandations 99 et 100][6]. Les questions liées à la responsabilité du représentant de l'insolvabilité pourraient également relever du droit applicable en dehors de la législation de l'insolvabilité.

[6] À la précédente session du Groupe de travail, certains participants ont appuyé l'idée de préciser davantage la responsabilité découlant des fonctions énoncées dans les recommandations 99 et 100. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner plus avant cette question et faire des propositions spécifiques sur ce qu'il conviendrait d'inclure dans la recommandation 101.

Révocation et remplacement

(102) [(80)] La législation de l'insolvabilité devrait indiquer les motifs pour lesquels 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 ses fonctions;

b) pour absence de possession d'une compétence particulière ou spécialisée requise par une affaire spécifique;

c) lorsqu'il a accompli des actes illégaux ou a effectué des opérations illégales; ou

d) lorsque des conflits d'intérêts ou un manque avéré d'indépendance surgissent dans des circonstances qui justifieraient la révocation.

(103) [(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 de 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 […].

(104) [(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

(105) [(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]~~

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11

TABLE DES MATIÈRES

[*L'introduction et la première partie du projet de guide sont publiées sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63; le chapitre premier de la deuxième partie sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 et Add.2; les sections A et B du chapitre II sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 et Add.4; les sections A à F du chapitre III sous les cotes A/CN.9/WG.V/ WP.63/Add.5 à 9; les sections A et B du chapitre IV sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10; et les chapitres V à VII dans les additifs suivants*]

	Paragraphes	*Pages*
Deuxième partie (suite)		
IV. PARTICIPANTS ET INSTITUTIONS	260-303	258
C. Créanciers	260-295	258
1. Catégories de créanciers	260-262	258
2. Participation des créanciers à la procédure d'insolvabilité	263-295	258
Recommandations	(106)-(120)	263
D. Cadre institutionnel	296-303	265

Les numéros de paragraphe entre crochets renvoient aux paragraphes pertinents de la précédente version du Guide publiée sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.58.

Les numéros de recommandation entre crochets sont ceux des recommandations qui avaient été publiées sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.61 et A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1. Dans le présent document, les ajouts aux recommandations sont indiqués par un texte souligné et les suppressions par un texte barré.

Deuxième partie (*suite*)

IV. PARTICIPANTS ET INSTITUTIONS

C. Créanciers

1. Catégories de créanciers

260. [213] Les intérêts en jeu dans une procédure d'insolvabilité sont à la fois nombreux et antagoniques. Les créanciers 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 extracontractuelle (dont la participation sera généralement moins fréquente). Aussi, [214] les droits des créanciers seront-ils régis par plusieurs lois différentes.

261. [214] 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 peuvent avoir des droits concurrents, 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 l'objectif d'un traitement équitable. 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 l'égalité de traitement, de sauvegarder les intérêts commerciaux légitimes et de favoriser la prévisibilité dans les 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. Lorsque la priorité est accordée à ces intérêts généraux et que l'égalité de traitement compte tenu du classement des créances n'est pas respectée, il est souhaitable que les considérations d'ordre public justifiant l'octroi d'une telle priorité soient 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 (voir deuxième partie, chap. VI.A) et de la répartition (voir deuxième partie, chap. VI.C).

262. [216] On distingue généralement trois catégories de créanciers d'un débiteur insolvable: les créanciers garantis, les créanciers privilégiés ou prioritaires et les créanciers chirographaires ou ordinaires. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, les salariés constituent une catégorie à part.

[*Note au Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer si le* Guide *devrait fournir des informations sur les différents types de créanciers et leurs droits. Il pourrait examiner s'il serait utile, par exemple, d'exposer brièvement dans cette partie du* Guide *les incidences que la procédure d'insolvabilité peut avoir sur les créanciers garantis. La question du classement des créances est abordée au chapitre VI.C.*]

2. Participation des créanciers à la procédure d'insolvabilité

a) *Introduction*

263. [192] Les créanciers ont d'importants intérêts en jeu dans l'entreprise débitrice une fois la procédure d'insolvabilité ouverte. En règle générale, ces intérêts sont protégés par la nomination d'un représentant de l'insolvabilité. En outre, 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 par des personnes qu'ils peuvent considérer comme n'ayant guère d'expérience ou de compétence dans le type d'activité exercée par l'entreprise ou comme manquant d'indépendance, selon la façon dont le représentant de l'insolvabilité est nommé. Ils sont souvent bien placés pour fournir des conseils et une aide concernant l'entreprise débitrice et pour surveiller les faits et gestes du représentant de l'insolvabilité, ce qui permet de parer à d'éventuels abus de la procédure d'insolvabilité et d'éviter des frais d'administration excessifs.

b) *Degré de participation des créanciers au processus de décision*

264. [194] Il existe divers degrés possibles de participation des créanciers au processus de décision dans la procédure d'insolvabilité, les approches et les mécanismes dans ce domaine variant considérablement d'une loi sur l'insolvabilité à l'autre. Une première approche consiste à n'autoriser qu'une participation limitée en prévoyant que le représentant de l'insolvabilité prendra toutes les décisions clefs sur les questions générales d'administration non sujettes à contestation, les créanciers jouant un rôle minime et n'exerçant guère d'influence. Le faible degré de participation des créanciers peut ici être compensé par les obligations mises à la charge du représentant de l'insolvabilité, notamment celle de préserver la valeur et la sécurité de la masse au profit ultime de l'ensemble des créanciers. Une telle approche peut être efficace lorsque la procédure est conduite par un représentant de l'insolvabilité expérimenté, car elle évite les éventuels retards et les frais liés à la gestion de la participation des créanciers, et lorsque le régime de l'insolvabilité réglemente strictement la procédure et l'intervention des différentes parties prenantes.

265. [195] D'autres approches consistent à confier aux créanciers un rôle plus important dans la procédure, rôle

qui peut aller de la participation à une première réunion où sont examinées certaines questions à une collaboration permanente pouvant les amener à exercer une simple fonction consultative ou à approuver certains actes et décisions du représentant de l'insolvabilité — concernant par exemple la vente de biens importants, la vérification des créances et l'approbation des rapport et compte finals du représentant — voire à assumer au premier chef la responsabilité de certaines fonctions d'administration. Les créanciers peuvent également demander au tribunal la révocation et le remplacement du représentant de l'insolvabilité si ce dernier ne s'est pas acquitté de ses fonctions et obligations ou a fait preuve de négligence. Ils peuvent aussi demander ou recommander l'intervention du tribunal, par exemple recommander la conversion du redressement en liquidation ou encore l'engagement d'une action en annulation par la masse de l'insolvabilité ou par les créanciers au nom de la masse. S'agissant des frais, les créanciers peuvent également jouer un rôle en contrôlant les dépenses d'administration et la rémunération du représentant de l'insolvabilité.

266. [196] Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient un degré de participation différent selon qu'il s'agit d'une liquidation ou d'un redressement. 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 au processus de décision, ils peuvent être une source précieuse d'avis autorisés et d'informations sur l'entreprise débitrice, en particulier lorsque celle-ci doit être cédée en vue de la poursuite de son activité. Il peut être souhaitable de faire rapport aux créanciers sur le déroulement de la liquidation de sorte que la procédure leur inspire confiance et soit transparente. En cas de redressement, en revanche, la contribution des créanciers est à la fois utile et nécessaire, car c'est d'eux que dépendront généralement l'acceptation et le succès du plan de redressement.

267. S'agissant des mécanismes de participation, certaines lois sur l'insolvabilité autorisent la participation des créanciers dans leur ensemble. D'autres prévoient la création d'un comité (au sein duquel siègent parfois, outre des créanciers, des actionnaires et éventuellement d'autres parties intéressées) pour faciliter leur participation à l'administration de la masse. Le comité sera généralement constitué d'un nombre restreint de créanciers (dans certaines lois, ce nombre est spécifié). D'autres lois encore prévoient la nomination d'une seule personne chargée de représenter certains groupes de créanciers (tels que des groupes détenant au moins 10 % des créances). Par exemple, un pays a introduit ce type de disposition dans sa législation afin d'assurer une participation plus rapide et plus ordonnée des créanciers et d'éviter les retards et litiges auparavant fréquents.

268. [198] Une question importante qu'il faudra peut-être examiner lorsqu'une loi sur l'insolvabilité confie un rôle actif aux créanciers est celle de savoir comment surmonter l'apathie de ces derniers et les encourager à participer. Il n'est pas rare que des créanciers estiment, même lorsque la législation de l'insolvabilité les autorise à participer activement, qu'ils n'auront rien à gagner d'une telle participation, surtout si les remboursements ont peu de chances d'être élevés et s'ils risquent en fait de perdre encore plus de temps et d'argent en intervenant dans la procédure. La législation de l'insolvabilité peut en partie régler ce problème fréquent en conciliant les différents intérêts des parties prenantes (voir, par exemple, deuxième partie, chap. IV.A.2) et grâce à des mesures spécifiques concernant notamment la sélection des membres du comité des créanciers et les fonctions devant être exercées par ce dernier (ou par les créanciers dans leur ensemble lorsqu'il n'y a pas de comité des créanciers) (voir ci-dessous).

c) *Collectivité des créanciers [ensemble des créanciers]*

269. Lorsque les créanciers dans leur ensemble ont l'obligation ou l'autorisation de participer à la procédure, la loi sur l'insolvabilité devrait énoncer clairement leurs pouvoirs et fonctions et prévoir les modalités de convocation de leurs réunions. Il est également souhaitable qu'elle détermine la mesure dans laquelle les créanciers garantis peuvent ou devraient participer à ces réunions; par exemple certaines lois exigent des créanciers garantis qu'ils restituent leur sûreté pour pouvoir participer à la procédure et voter en tant que membres de la collectivité des créanciers.

i) Fonctions

270. Comme cela est indiqué plus haut, les fonctions exercées par les créanciers varient considérablement d'une loi sur l'insolvabilité à l'autre. Dans certains cas, les créanciers remplissent une fonction consultative générale, le représentant de l'insolvabilité pouvant leur soumettre des questions sans toutefois être lié par leurs décisions. Dans d'autres, les créanciers peuvent se voir confier des fonctions particulières concernant la conduite de la procédure, lesquelles impliquent parfois une coopération et une coordination avec le représentant de l'insolvabilité. Ainsi, il arrive que ce dernier soit tenu de consulter les créanciers avant de prendre une décision ou que le pouvoir décisionnel soit entre les mains des créanciers. Les créanciers peuvent également être amenés à superviser les actes et décisions du représentant de l'insolvabilité. Les questions pouvant présenter un intérêt pour eux sont notamment les suivantes: maintien de l'entreprise en liquidation; financement postérieur à l'ouverture de la procédure; vérification des créances; rémunération des professionnels, y compris du représentant de l'insolvabilité; sort des procédures judiciaires auxquelles le débiteur était partie à l'ouverture de la procédure; examen et approbation d'un plan de redressement; nomination d'un comité ou de représentants des créanciers; supervision des actes du représentant de l'insolvabilité; répartition des biens; et examen (et approbation) des rapport et compte finals du représentant de l'insolvabilité.

271. Lorsque le représentant de l'insolvabilité n'est pas lié par les décisions des créanciers, les lois sur l'insolvabilité comportent souvent des dispositions l'obligeant à demander l'approbation du tribunal pour certains actes ou autorisant les créanciers à saisir le tribunal pour que celui-ci lui donne des instructions contraignantes (ou le remplace s'il ne s'acquitte pas de ses obligations ou agit de toute autre manière au détriment des créanciers). En cas de litige entre les créanciers et le représentant de l'insolvabilité, de nombreuses lois font prévaloir les décisions émanant des réunions de créanciers. Dans la même optique, certaines lois exigent que les créanciers soient consultés sur toute décision devant être soumise à l'approbation du tribunal.

272. Quelles que soient les fonctions revenant à la collectivité des créanciers, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité indique clairement si celle-ci est tenue de les remplir toutes ou si certaines d'entre elles sont discrétionnaires, mais également quel type de relation les créanciers doivent entretenir avec le représentant de l'insolvabilité dans l'exercice de ces fonctions.

ii) Réunions des créanciers

273. De nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient la possibilité pour les créanciers d'exercer leurs fonctions dans le cadre d'assemblées générales (à distinguer des réunions du comité éventuellement constitué pour exercer certaines fonctions au nom de la collectivité des créanciers). Comme on l'a vu plus haut (deuxième partie, chap. II.B), la législation de l'insolvabilité devrait exiger que l'ouverture de la procédure soit notifiée aux créanciers (personnellement, par voie de publicité ou de toute autre manière) et que cette notification contienne des informations sur un certain nombre de points, notamment sur la première réunion des créanciers devant être convoquée par le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité dans un délai prescrit (pouvant aller de cinq jours à un mois) après la date d'ouverture de la procédure.

274. On trouve, suivant les lois sur l'insolvabilité, différentes approches en ce qui concerne les réunions subséquentes de la collectivité des créanciers. Plusieurs lois prévoient uniquement la tenue d'une réunion initiale, d'autres la convocation de réunions subséquentes par le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité à des fins spécifiques, et d'autres encore la possibilité pour les créanciers ou le représentant de l'insolvabilité, et dans un petit nombre de cas le débiteur, de convoquer des réunions selon les besoins. Lorsque les créanciers sont autorisés à convoquer une réunion, la législation peut soumettre l'exercice de ce pouvoir à certaines limitations ou conditions, par exemple l'inaction du représentant de l'insolvabilité ou l'expiration d'un délai déterminé après qu'une mesure particulière aurait dû être prise dans le cadre de la procédure ou après que le représentant a accompli certains actes ou pris certaines décisions. Certaines lois prévoient également que seuls les créanciers détenant un certain pourcentage du total des créances ont le droit de convoquer une réunion (par exemple 10 % de la valeur des créances ou encore au moins 25 % de l'ensemble des créances ou des créances chirographaires). Une autre approche consiste à autoriser toute partie intéressée à demander au tribunal d'ordonner la convocation d'une réunion de créanciers.

275. Il est souhaitable que tous les créanciers aient le droit d'être entendus sur les questions devant être abordées lors d'une réunion. Lorsqu'un vote de la collectivité des créanciers est requis, il est bon que la loi sur l'insolvabilité établisse les règles et mécanismes de vote correspondants. Il sera sans doute souhaitable aussi que la loi permette aux créanciers d'établir des règles pour la conduite de leurs réunions lorsque cela peut faciliter leur participation et leur être utile dans l'exercice des fonctions qui leur ont été confiées dans le cadre de la procédure.

d) *Comité des créanciers*

276. [193] Dans certains cas, la constitution d'un comité des créanciers ou l'élection d'un représentant des créanciers peut être un moyen de faciliter la participation de ces derniers à la procédure, qu'il s'agisse d'une liquidation ou d'un redressement. La constitution d'un comité des créanciers (ou une forme similaire de représentation des créanciers) n'est certes pas indispensable dans tous les cas d'insolvabilité mais elle sera sans doute indiquée lorsque les créanciers sont très nombreux, qu'ils ont des intérêts très divers ou que d'autres caractéristiques de la procédure rendent cette approche souhaitable ou nécessaire (par exemple pour limiter les retards et les frais). Certaines lois sur l'insolvabilité laissent aux créanciers le soin de décider de constituer ou non un comité, tandis que d'autres donnent la possibilité au tribunal de constituer un tel comité pour l'aider à superviser les actes accomplis par le représentant de l'insolvabilité. En cas de constitution d'un comité, il faudra déterminer dans quelle mesure ses frais de fonctionnement seront supportés par la masse de l'insolvabilité. Certaines législations autorisent les créanciers à créer des comités informels qui ne sont pas officiellement reconnus par le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité et dont les frais ne sont pas remboursés sur la masse. D'autres disposent que les créanciers peuvent nommer un représentant mais doivent prendre à leur charge les frais que cela entraîne. Un certain nombre de lois prévoient en revanche que les frais du comité des créanciers doivent être imputés sur la masse. Cette question est étroitement liée au rôle du comité, à la mesure dans laquelle les fonctions confiées aux créanciers par la loi sur l'insolvabilité peuvent être exercées par un comité et aux facteurs rendant ou non nécessaire la constitution d'un comité dans telle ou telle procédure.

i) Créanciers pouvant être nommés pour faire partie du comité

277. [199] La composition du comité des créanciers fait l'objet de différentes approches. Une première question à se poser est sans doute de savoir quels créanciers seront autorisés à y siéger. Certaines lois sur l'insolvabilité disposent, par exemple, que seuls peuvent être nommés au comité les créanciers dont les créances ont été admises (par le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité, selon la procédure d'admission), tandis que d'autres prévoient la constitution d'un comité provisoire, ouvert à tous les créanciers, en attendant que toutes les créances aient été vérifiées et admises. D'autres encore imposent des restrictions concernant le lieu de situation des créanciers pouvant siéger au comité. [205] Pour garantir l'égalité de traitement des créanciers, toutefois, il peut être souhaitable que des créanciers tels que ceux dont les créances n'ont été que provisoirement admises et les créanciers étrangers soient autorisés à siéger au comité.

278. Une deuxième question est de savoir quelles catégories de créanciers doivent être représentées. [199] 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 différents types de créanciers ne convergent pas forcément et que laisser les créanciers garantis participer au processus décisionnel du comité, et éventuellement en déterminer l'issue, n'est pas nécessairement opportun et ne sert pas toujours les intérêts des autres créanciers.

279. [200] D'autres lois sur l'insolvabilité prévoient la représentation des deux types 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 doivent y être représentés, faute de quoi ils se trouveraient exclus de la prise de décisions importantes qui peuvent porter atteinte à leurs intérêts. Selon une autre approche, la loi sur l'insolvabilité ne préciserait pas quels créanciers devraient être représentés dans un cas donné, mais autoriserait les créanciers à choisir collectivement leurs propres représentants sur la base du consentement à siéger au comité (compte tenu du problème de l'apathie des créanciers qui n'est pas rare) et prévoirait l'élargissement ou la réduction du comité selon les besoins. Lorsque les types de créanciers devant être représentés sont trop divers pour que leurs intérêts puissent être défendus par un seul et même comité, comme cela peut être le cas pour des groupes d'intérêts particuliers, tels que les titulaires de créances fondées sur la responsabilité extracontractuelle 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 inutiles et un mécanisme de représentation trop compliqué.

280. [201] La participation des actionnaires ou des propriétaires de l'entreprise débitrice ainsi que des créanciers ayant des liens privilégiés 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 sont pas directement au courant de 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 directement accès. Il peut alors y avoir des raisons impérieuses d'autoriser les actionnaires à participer par l'intermédiaire de leur propre comité. D'autres créanciers pouvant avoir un conflit d'intérêts (par exemple des concurrents du débiteur qui auraient un intérêt personnel susceptible de compromettre leur impartialité dans l'exercice de fonctions au sein du comité) ne devraient sans doute pas être admis non plus de sorte que le comité puisse s'acquitter de ses fonctions au nom de la collectivité des créanciers en toute impartialité et indépendance.

281. [202] On peut également s'interroger sur la participation de parties ayant acheté les créances de créanciers. Ces acheteurs peuvent avoir des liens privilégiés 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 une partie ayant des liens privilégiés avec le débiteur, la question est de savoir si l'acheteur devrait être fondé à se prévaloir de la valeur nominale initiale de la créance ou uniquement du montant effectivement payé pour l'acquérir (lorsque ces deux montants diffèrent), ce qui peut avoir une incidence sur le droit de vote lorsque celui-ci dépend directement de la valeur des créances.

282. [203] Afin d'éviter tout problème, la loi sur l'insolvabilité pourrait indiquer expressément quelles parties ne sont pas habilitées à siéger dans un comité des créanciers ou à voter sur certaines questions, comme le choix d'un représentant de l'insolvabilité ou l'approbation d'un plan de redressement.

ii) Constitution d'un comité des créanciers

283. [204] Lorsque la loi prévoit la création de comités des créanciers, elle précise souvent les modalités de constitution, la nature et l'étendue des fonctions, et le mode de fonctionnement, et règle souvent aussi des questions telles que les droits de vote, le quorum et le déroulement des réunions, ainsi que le remplacement des membres. Il 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.

284. [206] Les membres du comité peuvent être nommés de différentes manières, qui dépendent dans une large mesure des fonctions incombant à ce dernier. Dans de nombreux cas, ce sont les créanciers dans leur ensemble qui nomment les membres du comité, généralement à leur première réunion ou après avoir reçu du représentant de l'insolvabilité des informations préliminaires sur le débiteur. La nomination des membres du comité par les créanciers peut favoriser la confiance de ces derniers dans la procédure et les encourager à y participer. Certaines lois autorisent le tribunal à désigner les membres du comité soit d'office, soit à la demande des créanciers ou du représentant de l'insolvabilité. Cette approche peut présenter plusieurs inconvénients, notamment celui de donner une impression de partialité et de manque d'équité et de transparence; de susciter la méfiance des créanciers à l'égard d'un système qui ne les encourage pas ou ne les autorise pas à intervenir dans le choix de leurs propres représentants; et de ne pas être de nature à résoudre le fréquent problème de l'apathie des créanciers. Elle peut en revanche contribuer à simplifier la procédure de constitution du comité et à réduire les risques de litiges entre créanciers. Le choix entre ces différentes approches peut dépendre de la mesure dans laquelle le tribunal supervise la procédure et intervient régulièrement, ainsi que de la mesure dans laquelle les créanciers sont tenus de jouer un rôle actif en s'acquittant de fonctions qui ne se limitent pas à la fourniture de conseils au représentant de l'insolvabilité.

285. [205] Pour faciliter l'administration 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 et, dans certains cas, pas plus de trois ou cinq personnes. Lorsque le comité

ne représente que les créanciers chirographaires, il n'est parfois ouvert qu'aux principaux créanciers de ce type. On peut identifier ces créanciers de différentes manières, notamment en demandant au débiteur d'en établir la liste. [207] Pour veiller à ce qu'il s'acquitte de l'obligation qui est la sienne de représenter équitablement les créanciers, il peut être souhaitable que le comité soit contrôlé, éventuellement par le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal, lorsque la loi sur l'insolvabilité lui confie un rôle important.

iii) Fonctions d'un comité des créanciers

286. En règle générale, le comité agira au nom de la collectivité des créanciers: ses fonctions seront donc directement liées aux fonctions de cette dernière. Les pouvoirs et attributions qui lui sont conférés ne devraient pas priver la collectivité des créanciers du droit de participer à la procédure ou d'intervenir dans celle-ci de toute autre manière. Le plus souvent, les législations de l'insolvabilité prévoient que le comité des créanciers conseille le représentant de l'insolvabilité, tient avec lui des consultations ou éventuellement le supervise et [208] accomplit un certain nombre de tâches spécifiques, telles que suivre le déroulement de l'affaire (le comité pouvant être amené à demander des informations au représentant de l'insolvabilité), mener des consultations avec d'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 de biens importants et l'élaboration du plan de redressement. Pour s'acquitter de ses fonctions, le comité peut avoir besoin d'une assistance administrative et d'une assistance spécialisée. À cette fin, on peut lui donner la possibilité de demander au représentant de l'insolvabilité ou à la collectivité des créanciers l'autorisation de recruter un(e) secrétaire et, si les circonstances l'exigent, des consultants et des spécialistes. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que la rémunération de ces professionnels sera imputée sur la masse de l'insolvabilité, tandis que d'autres imposent aux créanciers l'obligation de (prendre en charge) leurs propres frais de participation à la procédure.

iv) Responsabilité du comité des créanciers

287. [209] Le comité aurait des obligations envers l'ensemble des créanciers. Il n'aurait pas d'obligation redditionnelle ni 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 responsabilité pour les actes accomplis et les décisions prises par eux en qualité de membres du comité, sauf si l'on constate qu'ils ont commis des irrégularités ou ont manqué à une obligation fiduciaire envers les créanciers qu'ils représentent, par exemple en tirant profit de l'administration de la masse ou en acquérant des biens de la masse sans autorisation préalable du tribunal. En ce qui concerne le niveau de responsabilité du comité, il faut sans doute trouver un juste milieu entre un niveau trop élevé qui favorisera l'apathie des créanciers et risque en fait de les décourager 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.

v) Révocation et remplacement des membres du comité

288. Il faudra peut-être que la loi sur l'insolvabilité traite des motifs pouvant justifier la révocation d'un membre du comité des créanciers et établisse un mécanisme de remplacement. La procédure de révocation et de remplacement pourra être calquée sur celle de nomination des membres du comité, à savoir sur décision du tribunal ou par élection de l'ensemble des créanciers. Un mécanisme de remplacement sera également nécessaire lorsque des membres du comité démissionnent ou ne sont pas en mesure de continuer à s'acquitter de leurs fonctions, par exemple en cas de maladie grave ou de décès.

e) *Vote des créanciers*

289. La loi sur l'insolvabilité devra sans doute faire une distinction entre les questions devant être soumises à un vote de l'ensemble des créanciers et celles pouvant être tranchées par le comité des créanciers et énoncer les règles de vote applicables dans chaque cas. Elle devra peut-être aussi déterminer le nombre de membres requis (ou quorum) pour que le comité des créanciers puisse valablement se réunir. La nécessité d'une telle disposition peut toutefois dépendre des fonctions devant être exercées par ce dernier.

290. [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'en être avisés et de voter. Il peut s'agir de l'élection du représentant de l'insolvabilité lorsque la loi sur l'insolvabilité confie cette tâche aux créanciers; de l'approbation du plan de redressement; et d'autres actes importants tels que la vente de biens essentiels et le financement postérieur à l'ouverture de la procédure.

291. Différentes approches peuvent être adoptées en ce qui concerne les modalités de vote, selon la nature des questions devant être tranchées. Certaines lois prévoient que le vote doit avoir lieu en personne au cours d'une réunion de créanciers; d'autres, lorsque les créanciers sont nombreux ou qu'ils ne résident pas sur place, que le vote peut avoir lieu par correspondance ou par procuration. Il peut également être souhaitable d'admettre le vote par voie électronique.

292. [211] Diverses approches sont adoptées en ce qui concerne le nombre de voix requis pour que différentes décisions s'imposent aux créanciers, [212] certaines lois sur l'insolvabilité établissant une distinction entre différents types de décisions. Pour les décisions importantes, comme l'approbation d'un plan de redressement, la loi peut

exiger à la fois un pourcentage de la valeur des créances et un certain nombre de créanciers (voir deuxième partie, chap. V). 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 de professionnels par ce dernier. D'autres lois prévoient uniquement la majorité simple 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 et d'autres pas, les créanciers garantis participant au vote uniquement sur des questions comme la sélection du représentant de l'insolvabilité et les questions qui touchent leur sûreté.

293. Différentes approches — inspirées de celles suivies pour la collectivité des créanciers — sont également adoptées pour l'établissement du mécanisme de vote du comité. Il importe avant tout ici d'énoncer des règles régissant la prise de décisions par le comité, notamment des règles spécifiant les majorités requises et les modalités de vote.

f) *Règlement des litiges entre l'ensemble des créanciers et le comité des créanciers*

294. Comme cela a été indiqué plus haut pour les litiges avec le représentant de l'insolvabilité, de nombreuses lois sur l'insolvabilité font prévaloir les décisions émanant des réunions de la collectivité des créanciers. Les décisions expresses de ces derniers, en tant que principaux détenteurs du pouvoir décisionnel, devraient l'emporter sur les décisions prises par le comité des créanciers à propos des mêmes questions.

g) *Confidentialité*

295. Comme on l'a vu plus haut (deuxième partie, chap. IV.A et B), il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité impose une obligation de confidentialité à la fois au débiteur et au représentant de l'insolvabilité. Pour des raisons analogues, il peut être indiqué de déterminer également dans quels cas les créanciers devraient être soumis à cette obligation. Durant une procédure, les créanciers seront généralement en mesure d'obtenir sur le débiteur et son entreprise de nombreuses informations dont une grande partie pourra être commercialement sensible. Si, dans le cas d'une liquidation, on peut supposer que les créanciers n'auront guère la possibilité de tirer un avantage déloyal de ces informations (ou de les utiliser d'une manière préjudiciable au débiteur), il n'en va pas de même en cas de redressement, les créanciers pouvant dans certaines circonstances utiliser ces informations pour compromettre la réussite du plan convenu. C'est pourquoi il sera sans doute bon d'imposer aux créanciers une obligation de confidentialité de sorte que ceux-ci ne soient autorisés à utiliser les informations obtenues dans le cadre de la procédure que pour l'administration de cette dernière, sauf décision contraire du tribunal.

Recommandations

Catégories de créanciers

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant les catégories de créanciers est de: [...].

Contenu des dispositions législatives

106) La législation de l'insolvabilité devrait indiquer clairement les différentes catégories de créanciers auxquelles elle s'appliquera et le traitement réservé à chaque catégorie [en ce qui concerne les créances, la priorité et la répartition].

Participation des créanciers à la procédure d'insolvabilité

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant 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 permettre la participation de la collectivité des créanciers à la procédure d'insolvabilité grâce à la constitution d'un comité des créanciers;

c) De prévoir un mécanisme pour la nomination des membres de ce comité;

d) D'établir les fonctions et les responsabilités du comité des créanciers.

Contenu des dispositions législatives

Collectivité des créanciers [ensemble des créanciers]

107) [85)] La législation de l'insolvabilité devrait établir les pouvoirs et les fonctions de la collectivité des créanciers. Ces pouvoirs et fonctions devraient notamment être 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, notamment donner des avis sur la poursuite de l'activité de l'entreprise en liquidation, le financement postérieur à l'ouverture de la procédure, la vérification des créances, la rémunération des professionnels, le sort des procédures judiciaires auxquelles le débiteur était partie au moment de l'ouverture de la procédure, la répartition des biens et [...].

— Vote de la collectivité des créanciers

108) [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.

— Droit d'être entendu

109) [87)] Chaque créancier devrait avoir le droit d'être entendu dans la procédure d'insolvabilité sur les questions relatives à [...].

— Participation des créanciers garantis

110) [90)] La législation de l'insolvabilité devrait indiquer clairement dans quelle mesure les créanciers garantis [peuvent] [devraient] participer tant à la procédure de liquidation qu'à celle de redressement. Lorsque des créanciers garantis comptent sur des biens grevés pour être partiellement ou totalement désintéressés, la législation de l'insolvabilité [peut] [devrait] limiter leur participation à la valeur de la sûreté garantissant leur créance. 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 la créance d'un créancier garanti doit être restructurée dans le cadre d'un plan de redressement, celui-ci devrait être habilité à participer à la procédure de redressement.

— Convocation des réunions de la collectivité des créanciers

111) Les réunions de la collectivité des créanciers peuvent être convoquées [par le tribunal] [par le représentant de l'insolvabilité] [à la demande des créanciers [détenant (*indiquer un pourcentage du montant total des*) créances [chirographaires]].

Comité des créanciers

112) [88)] La législation de l'insolvabilité devrait prévoir [un mécanisme pour assurer] la participation active de la collectivité des créanciers à la procédure d'insolvabilité [par exemple] par l'intermédiaire d'un comité des créanciers. Lorsque les créanciers participant à la procédure d'insolvabilité ont des intérêts divergents et appartiennent à des catégories différentes et que leur participation ne sera pas facilitée par la constitution d'un comité unique, la législation de l'insolvabilité peut prévoir la constitution de plusieurs comités de créanciers.

113) Lorsque la législation de l'insolvabilité prévoit la constitution d'un comité des créanciers, les rapports entre ce dernier et la collectivité des créanciers devraient clairement être indiqués. En particulier, la législation de l'insolvabilité devrait préciser si un comité est requis dans tous les cas d'insolvabilité; comment les fonctions et les pouvoirs se répartissent entre la collectivité des créanciers et le comité; quel mécanisme est prévu pour régler les litiges entre la collectivité des créanciers et le comité et [...].

— Créanciers pouvant être nommés au comité des créanciers

114) [89)] La législation de l'insolvabilité devrait spécifier les catégories de créanciers qui peuvent ou ne peuvent pas être nommés au comité, et notamment préciser si sa créance doit ou non être admise [provisoirement ou autrement] pour qu'un créancier puisse être nommé au comité. Les créanciers qui ne [peuvent] [devraient] pas être nommés au comité des créanciers seraient notamment les personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur (soit sur le plan personnel soit en tant qu'administrateur, dirigeant ou conseil de l'entreprise débitrice) et les créanciers ayant un intérêt personnel dans les affaires du débiteur, lorsque cet intérêt pourrait compromettre leur impartialité s'ils exerçaient des fonctions au sein du comité (par exemple un concurrent du débiteur).

— Mécanisme de nomination au comité des créanciers

115) [91)] La législation de l'insolvabilité devrait établir le mécanisme de nomination des membres 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 du comité des créanciers

116) [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 donnant des conseils et en apportant 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.

— Emploi et rémunération de professionnels par le comité des créanciers

117) [93)] La législation de l'insolvabilité devrait permettre au comité des créanciers, sous réserve de l'approbation [du tribunal] [de la collectivité des créanciers] d'employer et de rémunérer les professionnels qui pourraient être nécessaires pour l'aider dans l'exercice de ses fonctions.

— Responsabilité des membres du comité des créanciers

118) [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 des membres du comité des créanciers

119) [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 des créanciers

120) [96)] La législation de l'insolvabilité peut prévoir l'élaboration de règles appelées à régir l'exercice des

fonctions du comité des créanciers et la prise des décisions par ce dernier, y compris des règles spécifiant les majorités requises et les modalités de vote.

D. Cadre institutionnel

296. La législation de l'insolvabilité fait partie intégrante d'un système plus vaste de droit commercial. Sa bonne application dépend dans une très large mesure du niveau de développement non seulement de ce système mais également du cadre institutionnel chargé de l'administrer. Les choix opérés à l'occasion de l'élaboration ou de la réforme d'une législation de l'insolvabilité devront donc être fonction des capacités dont disposent les institutions en place. Le régime de l'insolvabilité ne produira les effets voulus que si les tribunaux et les agents chargés de l'appliquer ont les moyens nécessaires pour garantir aux personnes devant en bénéficier le maximum d'efficacité, de rapidité et d'équité. Lorsque ces moyens font défaut, il est très souhaitable que la réforme de la législation de l'insolvabilité s'accompagne d'une réforme institutionnelle, dans laquelle on mettra en balance les coûts d'établissement et de maintien du cadre institutionnel nécessaire et les avantages d'un régime effectif et efficace qui inspire confiance au public. Si le présent *Guide* n'a pas pour vocation d'examiner dans le détail comment mettre en place ou accroître ces capacités institutionnelles, on peut néanmoins formuler un certain nombre d'observations générales.

297. Dans la plupart des pays, la procédure d'insolvabilité est administrée par une juridiction, à savoir généralement par des tribunaux de commerce ou des tribunaux de droit commun ou, plus rarement, par des tribunaux spécialisés dans la faillite. Certains pays ont des juges spécialisés dans l'insolvabilité, qui ne s'occupent pas d'autres affaires, alors que dans d'autres pays l'insolvabilité n'est qu'un aspect du travail des juges concernés. Dans quelques pays, des organes non judiciaires ou quasi judiciaires remplissent la même fonction que les tribunaux dans d'autres pays.

298. Lorsqu'on élabore une législation de l'insolvabilité, il peut être souhaitable de se demander dans quelle mesure les tribunaux seront tenus de superviser la procédure et si leur participation peut ou non être limitée sur certains points ou être contrebalancée par l'intervention d'autres parties, telles que les créanciers et le représentant de l'insolvabilité. Cette question revêt une importance particulière lorsque la législation de l'insolvabilité fait obligation aux juges de trancher rapidement des questions délicates (qui comportent souvent des aspects commerciaux) et que la capacité du système judiciaire est limitée, que ce soit en raison de sa taille, d'une insuffisance générale de ressources ou d'un manque de connaissance et d'expérience des types de questions pouvant se poser dans le cadre de l'insolvabilité.

299. Afin de limiter le rôle du tribunal, la législation de l'insolvabilité peut autoriser le représentant, par exemple, à prendre des décisions sur un certain nombre de questions, comme la vérification et l'admission des créances, la nécessité d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, la remise des biens grevés sans valeur pour la masse, la vente de biens importants, l'engagement d'actions en annulation et le traitement des contrats, sans que le tribunal soit tenu d'intervenir, sauf en cas de litige. Elle peut également autoriser les créanciers à donner leur avis au représentant de l'insolvabilité ou à approuver certaines de ses décisions, concernant par exemple la vente de biens importants ou l'obtention d'un financement après l'ouverture de la procédure, sans que le tribunal ait à intervenir, sauf en cas de litige. La législation peut indiquer les procédures devant être soumises à l'approbation du tribunal, telles que l'octroi d'un droit de priorité par rapport aux créanciers garantis existants pour garantir le remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure.

300. Pour qu'un tribunal puisse traiter les questions commerciales souvent complexes se posant dans les affaires d'insolvabilité, il ne lui suffit pas d'avoir la connaissance et l'expérience de certaines pratiques juridiques et commerciales; il faut également que cette connaissance et cette expérience soient régulièrement actualisées. S'agissant de la capacité du système judiciaire, l'accent doit être mis avant tout sur la formation théorique et sur la formation pratique continue du personnel des tribunaux, à savoir non seulement des juges mais également des greffiers et autres auxiliaires de justice, si l'on veut que les organes judiciaires puissent traiter effectivement et efficacement toutes les affaires d'insolvabilité dont ils sont saisis.

301. Un autre problème lié à la fonction de supervision pouvant être exercée par le tribunal dans les affaires d'insolvabilité est l'établissement d'un juste équilibre, dans la législation de l'insolvabilité, entre les éléments contraignants et les éléments discrétionnaires. Si des éléments contraignants, comme l'ouverture automatique de la procédure ou l'arrêt automatique des poursuites, peuvent apporter un degré élevé de sécurité et de prévisibilité au débiteur et aux créanciers et limiter les questions devant être examinées par les tribunaux, ils risquent également d'entraîner une certaine rigidité s'ils sont trop nombreux. Une approche discrétionnaire permet au tribunal d'examiner les faits et circonstances, en tenant compte des précédents, de l'intérêt général, des intérêts des personnes qui seront touchées par sa décision et des conditions du marché, mais elle peut également lui compliquer la tâche lorsqu'il n'a pas la connaissance ou l'expérience requise pour procéder à cet examen ou ne dispose pas des ressources nécessaires pour agir rapidement. Lorsque la législation de l'insolvabilité prévoit l'homologation du plan de redressement par le tribunal, par exemple, il n'est pas souhaitable de demander à ce dernier de se lancer dans une évaluation économique complexe de la faisabilité ou de l'opportunité du plan. Il vaut mieux qu'il se borne à vérifier la régularité de la procédure d'approbation et d'autres points précis. Lorsqu'une législation de l'insolvabilité confère un pouvoir discrétionnaire à un organe décisionnel, par exemple à un tribunal, il est préférable qu'elle fournisse également des indications suffisantes sur l'exercice approprié de ce pouvoir, en particulier lorsque se posent des questions économiques ou commerciales. Cette approche est conforme à l'objectif de transparence et de prévisibilité du régime de l'insolvabilité.

302. La qualité de l'infrastructure judiciaire et, en particulier, les ressources dont disposent les tribunaux connaissant des affaires d'insolvabilité peuvent avoir une influence déterminante sur l'efficacité avec laquelle sont traitées ces

affaires et sur la durée de la procédure. C'est là un aspect dont il faudra probablement tenir compte pour déterminer si la législation de l'insolvabilité devrait imposer des délais pour la conduite de certaines parties de la procédure. Si l'infrastructure judiciaire n'est pas en mesure de satisfaire avec diligence à l'obligation qui lui est faite de veiller au respect des délais par les parties et à la progression rapide de la procédure, l'insertion de telles dispositions dans la législation ne permettra pas d'assurer l'efficacité et l'effectivité voulues au régime de l'insolvabilité. Les règles de procédure seront également importantes et des règles précises aideront les tribunaux et les professionnels chargés des affaires d'insolvabilité à remédier de manière efficace et ordonnée à la situation économique du débiteur, en réduisant les retards pouvant entraîner une dépréciation des biens de ce dernier et compromettre les chances de succès de la procédure (qu'il s'agisse d'une liquidation ou d'un redressement). Ces règles contribueront également à assurer une certaine prévisibilité et une certaine uniformité dans le traitement des affaires d'insolvabilité.

303. L'application d'un régime de l'insolvabilité dépend non seulement des tribunaux mais également des professionnels intervenant dans la procédure, notamment les représentants de l'insolvabilité, les conseillers juridiques, les comptables, les experts en évaluation ou autres consultants. L'adoption de normes professionnelles et la formation peuvent aider à renforcer les capacités dans ce domaine. Il peut être également indiqué de déterminer quelles fonctions présentent un caractère strictement public et devraient donc être exercées par le secteur public, de manière à inspirer la confiance nécessaire pour que le régime de l'insolvabilité soit efficace, et quelles fonctions pourraient être accomplies par des personnes du secteur privé participant à la procédure si des mesures d'incitation appropriées sont prévues. La fonction de représentant de l'insolvabilité pourrait être un exemple.

Recommandations

[*Note au Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si des recommandations sur le cadre institutionnel nécessaire pour assurer l'efficacité et l'effectivité du régime de l'insolvabilité devraient être insérées dans le* Guide *et, dans l'affirmative, quel devrait en être le contenu.*]

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12

TABLE DES MATIÈRES

[*L'introduction et la première partie du projet de guide sont parues sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63; le chapitre premier de la deuxième partie est paru sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 et Add.2; les sections A et B du chapitre II sont parues sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 et Add.4; les sections A à F du chapitre III sont parues sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 à Add.9; les sections A et D du chapitre IV sont parues sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10 et Add.11; et les chapitres VI et VII paraîtront dans d'autres additifs*]

	Paragraphes	*Pages*
Deuxième partie (suite)		
V. REDRESSEMENT	304-375	267
A. Le plan de redressement	304-360	267
1. Introduction	304-305	267
2. Nature ou forme du plan	306-308	267
3. Élaboration du plan	309-317	268
4. Le plan	318-324	269
5. Approbation du plan	325-344	271
6. Lorsque le plan est soumis à l'approbation des créanciers mais n'est pas approuvé	345-346	274
7. Lier les créanciers opposants	347	274
8. Homologation du plan par le tribunal	348-352	274
9. Effets du plan	353	275
10. Contestation d'un plan après homologation	354	275
11. Modification d'un plan après approbation par les créanciers (et homologation par le tribunal)	355-356	276
12. Exécution d'un plan	357	276
13. Échec de l'exécution	358-359	276
14. Conversion en liquidation	360	276
Recommandations	(121)(138)	277

	Paragraphes	*Pages*
B. Procédure de redressement accélérée [Reconnaissance d'un plan de redressement négocié et convenu avant l'ouverture d'une procédure de redressement]	361-375	279
1. Introduction	361-362	279
2. Redressement extrajudiciaire	363-366	279
3. Procédure de reconnaissance d'un plan de redressement négocié et convenu extrajudiciairement	367-375	280
Recommandations	(139)(145)	281

Les numéros de paragraphe entre crochets renvoient aux paragraphes pertinents du document A/CN.9/WG.V/WP.58, qui contient la version précédente du projet de guide.

Les numéros de recommandation entre crochets sont ceux des recommandations qui avaient été publiées sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.61 et A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1. Dans le présent document, les ajouts aux recommandations sont indiqués par un texte souligné et les suppressions par un text barré.

Deuxième partie *(suite)*

V. REDRESSEMENT

A. Le plan de redressement

1. Introduction

304. [261] Les législations de l'insolvabilité traitent généralement de diverses questions concernant le plan de redressement, telles que celles de savoir quelle doit être la nature ou la forme du plan; quand celui-ci doit être élaboré; par qui; ce qu'il doit comporter; comment il doit être approuvé et quels en sont les effets.

305. [262] Les plans de redressement remplissent des fonctions différentes suivant les types de procédure. 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) et la structure finale de l'entreprise une fois le redressement achevé. Dans d'autres, il peut être proposé à l'ouverture de la procédure et peut indiquer 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 — ainsi que les dividendes et les échéances escomptés. Dans d'autres cas encore, un plan analogue à un plan de redressement est élaboré dans le cadre d'une liquidation lorsque l'entreprise doit être cédée en vue d'une poursuite de son activité. Ce plan peut indiquer les échéances et les mécanismes de répartition provisoire. Les développements ci-après sont axés sur les questions liées à un plan proposé à l'ouverture et traitent de la conduite de l'entreprise en redressement et de la modification des droits proposée pour redresser la situation financière du débiteur. Ces questions seront aussi pertinentes, ne serait-ce que partiellement, pour d'autres types de plan.

2. Nature ou forme du plan

306. [263] Le redressement a pour objet, en aboutissant à un meilleur résultat que si l'entreprise débitrice devait être liquidée, d'optimiser les perspectives de recouvrement des créances et de maintenir les entreprises viables en activité afin de préserver les emplois et les débouchés des fournisseurs. Vu la diversité des parties prenantes, il se peut que chacune ait des idées différentes sur la meilleure façon d'atteindre cet objectif. Certains créanciers, tels que de gros clients ou fournisseurs, préféreront sans doute la poursuite des relations d'affaires avec le débiteur à un remboursement rapide de leur créance. Certains créanciers pourront 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 s'il se montre trop directif quant à l'étendue de cette gamme ou quant au choix devant être fait dans tel ou tel cas, le législateur risque d'entraver la réalisation de l'objectif de maximisation de la valeur de l'entreprise. Il est souhaitable que la législation, par exemple, n'autorise pas uniquement un plan axé sur la parfaite remise en selle du débiteur, n'interdise pas les annulations de dettes, ne prévoie pas qu'un certain montant minimal devra finalement être versé aux créanciers ou n'interdise pas la conversion de créances en prises de participation. [264] Une telle approche non directive a des chances de ménager 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 législations de l'insolvabilité dressent une liste de possibilités pouvant être retenues, mais cette liste ne se veut pas exhaustive.

307. [264] Ces possibilités peuvent comprendre un simple règlement amiable (un accord prévoyant le versement aux créanciers d'un pourcentage de leurs créances); le maintien en activité de l'entreprise en vue de sa cession à un repreneur (et la liquidation de l'entreprise débitrice); le transfert de la totalité ou d'une partie des biens de la masse à une ou plusieurs entreprises existant déjà ou à des entreprises qui seront alors créées; la fusion ou le regroupement de l'entreprise débitrice avec une ou plusieurs autres entités commerciales; une forme sophistiquée de restructuration de la dette et du capital social ou quelque autre solution. Il est sans doute préférable que la solution à

retenir soit déterminée par les forces du marché, lorsqu'il y en a effectivement un, ou du moins par des négociations entre le débiteur, le représentant de l'insolvabilité, les créanciers et d'autres personnes ayant des intérêts économiques.

308. [264] Même s'il n'adopte pas une approche directive concernant la forme ou la nature du plan, le législateur pourra fixer certaines limites. Il pourra, par exemple, prescrire que le rang de priorité des créanciers prévu en cas de liquidation soit maintenu en cas de redressement, que le plan n'aboutisse pas à un retour de l'entreprise débitrice sur le marché alors qu'elle demeure insolvable et qu'il se conforme aux restrictions imposées par d'autres lois (lorsque la loi sur l'insolvabilité ne modifie pas ces restrictions), par exemple aux dispositions concernant le contrôle des changes.

3. Élaboration du plan

309. [265] Deux questions importantes se posent à propos de l'élaboration du plan de redressement: celle du stade de la procédure auquel il devrait être élaboré et celle de la partie ou des parties qui seraient à même ou qui pourraient être autorisées à l'élaborer. Un certain nombre de réponses différentes peuvent être apportées à chacune de ces questions.

a) *Choix du moment pour l'élaboration du plan*

310. [266] En ce qui concerne la première question, celle du moment auquel il convient d'élaborer le plan, la réponse pourra dépendre du but ou de l'objectif du redressement en question, ou être liée à la façon dont la procédure de redressement a commencé. Certaines législations, par exemple, prévoient que le plan de redressement doit être déposé avec la demande d'ouverture d'une procédure de redressement (la demande pouvant alors être considérée comme une "proposition" de redressement) lorsque c'est le débiteur qui en prend l'initiative. Les difficultés que peut soulever cette approche sont notamment les suivantes: l'ouverture de la procédure risque d'être retardée de même que, par voie de conséquence, l'arrêt des poursuites individuelles; il peut être difficile de savoir, à un stade aussi précoce, exactement ce que doit viser le plan; et si celui-ci a été élaboré sans que les créanciers et les autres parties intéressées aient été consultés tout en étant censé être un plan définitif, il se peut que sa mise en œuvre suscite des difficultés et que cela pèse sur la procédure et entraîne des retards. De nombreuses autres législations prévoient l'élaboration du plan après l'ouverture de la procédure de redressement. Cette solution offre plus de souplesse puisqu'elle permet des consultations et la négociation d'un plan de redressement acceptable alors que le débiteur bénéficie de l'arrêt des poursuites. Elle présente cependant aussi un risque: celui de voir des débiteurs qui n'ont nullement l'intention, ou ne sont pas à même, de présenter un plan de redressement mettre à profit le régime de l'insolvabilité dans le seul but d'obtenir l'arrêt des poursuites.

b) *Parties capables d'élaborer [autorisées à élaborer] le plan*

311. [267] S'agissant de la deuxième question, les aptitudes et les responsabilités des participants à la procédure de redressement concernant l'élaboration du plan différeront suivant la façon dont la législation de l'insolvabilité est conçue et en particulier suivant le rôle assigné au représentant de l'insolvabilité, au débiteur et aux créanciers. Par exemple, dans certaines législations, ces parties sont tenues de coopérer à l'élaboration du plan. Pour déterminer quelle partie devrait être autorisée à élaborer le plan, ou quelles parties en sont capables, il pourra être souhaitable de trouver un équilibre entre la liberté accordée aux différentes parties d'élaborer le plan (par exemple, toutes les parties devraient-elles pouvoir élaborer un plan? Devraient-elles pouvoir le faire simultanément ou successivement et en fonction seulement de l'acceptabilité du plan proposé?) et les contraintes qui accompagnent nécessairement le processus: conditions d'approbation (de vote) (par exemple, tous les créanciers devraient-ils jouer un rôle dans la formulation d'un plan qu'ils doivent approuver?), délais d'élaboration, possibilité de modifier le plan offerte par la législation de l'insolvabilité et autres considérations d'ordre procédural. Une approche souple, par opposition à une approche directive, aura plus de chance de déboucher sur cet équilibre, quoiqu'il soit souhaitable, dans l'intérêt de l'efficacité, de la sécurité juridique et de la prévisibilité et d'une progression de la procédure sans retard indu, que la législation de l'insolvabilité fournisse des orientations suffisantes pour faire en sorte que soit élaboré un plan viable.

i) Élaboration par le débiteur

312. [268] Certaines législations de l'insolvabilité prévoient l'élaboration du plan de redressement par le débiteur, parfois en précisant que celui-ci devrait agir en coopération avec d'autres parties telles que le représentant de l'insolvabilité, les créanciers, un avocat, un comptable ou d'autres conseillers financiers. Une approche impliquant le débiteur peut avoir pour avantages d'encourager les débiteurs à demander une procédure de redressement à un stade précoce de leurs difficultés et de tirer le meilleur parti de leur connaissance de leur entreprise ainsi que des mesures nécessaires pour la rendre de nouveau viable (quoique 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 uniquement pendant un délai déterminé que le tribunal serait habilité à proroger si cela devait améliorer les chances de succès de la procédure de redressement, et prévoir qu'une autre partie pourrait élaborer un plan si à l'expiration de ce délai aucun plan n'a été proposé. Lorsque l'élaboration du plan doit intervenir avant l'ouverture de la procédure, elle sera généralement le fait du débiteur mais pourra impliquer des négociations avec une ou plusieurs catégories de créanciers — pas nécessairement toutes — qui pourront convenir d'un plan, sous réserve de son acceptation par les autres créanciers ou de son imposition aux autres catégories.

ii) Participation des créanciers

313. [269] Lorsque l'approbation du plan par les créanciers est exigée, il y a toujours le 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 n'approuver qu'un plan qui prive les actionnaires de la société débitrice d'une participation majoritaire au capital et, peut-être aussi, qui retire à la direction en place toute responsabilité dans la 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 du débiteur. Même si le débiteur n'est pas principalement chargé de l'élaboration du plan, sa participation présente des avantages, en particulier lorsque le plan envisage la poursuite de l'activité de l'entreprise et que le personnel de direction clef est nécessaire à son succès (en raison de sa complexité) ou sera difficile à remplacer rapidement. Pour ces raisons, dans certaines législations de l'insolvabilité, si le débiteur ne présente pas un plan acceptable avant l'expiration de la période d'exclusivité, il est donné aux créanciers la possibilité de proposer leur propre plan (éventuellement par l'entremise d'un comité des créanciers (voir deuxième partie, chap. IV.C). Cette option peut offrir les moyens de pression nécessaires pour amener les parties à un compromis.

iii) Participation du représentant de l'insolvabilité

314. [270] Une autre solution adoptée par de nombreuses législations de l'insolvabilité consiste à donner au représentant de l'insolvabilité la possibilité d'élaborer le plan soit à titre subsidiaire à la place du débiteur ou des créanciers, soit à titre complémentaire. Le représentant de l'insolvabilité ayant eu depuis l'ouverture de la procédure l'occasion de se familiariser avec l'entreprise du débiteur, il sera sans doute bien placé pour déterminer les mesures nécessaires afin de la rendre viable. Il sera sans doute aussi bien placé pour faciliter des négociations sur le plan entre le débiteur et les créanciers. Il sera plus ou moins important de prévoir la participation du représentant de l'insolvabilité ou des créanciers suivant les caractéristiques de la loi. Lorsque le législateur subordonne la prise d'effet du plan à l'approbation de ce dernier par une majorité des créanciers, un plan qui tient compte de propositions rencontrant l'agrément des créanciers aura plus de chances d'être approuvé. Cette considération ne vaut pas lorsque l'approbation des créanciers n'est pas nécessaire ou que le tribunal peut y passer outre. Lorsque le plan doit seulement être approuvé par le tribunal, il importera sans doute de prendre l'avis de juristes pour que le plan présenté soit approuvé.

iv) Élaboration par plusieurs parties

315. [270] Certaines législations de l'insolvabilité laissent la possibilité d'élaborer un plan à plusieurs parties, dont la direction de l'entreprise débitrice, les actionnaires de l'entreprise débitrice, le représentant de l'insolvabilité et les créanciers ou le comité des créanciers. Il pourra être souhaitable, dans les législations qui comportent une telle disposition, de prévoir un mécanisme qui garantisse que plusieurs plans concurrents ne soient pas élaborés simultanément. Même si elle peut dans certains cas favoriser l'élaboration d'un plan mutuellement acceptable, l'élaboration simultanée de plusieurs plans risque aussi de compliquer le processus et d'être source d'inefficacité et de retard.

316. [271] Dans certaines législations, 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 certains cas aider à élaborer un plan acceptable, il y aussi 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 un cas donné et si elle est suivie de près et assortie de délais à respecter.

c) *Délais d'élaboration du plan*

317. Certaines législations de l'insolvabilité fixent un délai dans lequel le plan doit être élaboré. Ce délai peut s'appliquer spécifiquement à l'élaboration du plan par le débiteur ou s'appliquer à l'élaboration du plan en général. Une législation, par exemple, prévoit un délai maximal de 120 jours pour l'élaboration du plan par le débiteur; une fois ce délai arrivé à expiration, toute autre partie peut présenter un plan sans qu'un délai ne lui soit imposé. Les exemples de délai généralement applicable à l'élaboration et à la présentation d'un plan s'échelonnent entre 35 et 120 jours à compter de l'ouverture de la procédure, certaines législations prévoyant que ce délai pourra être prorogé ou écourté par le tribunal dans certaines circonstances. Si l'imposition de délais peut contribuer à éviter les retards dans la procédure de redressement, elle peut aussi présenter des inconvénients: il faut se garder de délais trop stricts qui imposent des contraintes arbitraires, en particulier dans les grandes insolvabilités lorsque l'élaboration du plan peut prendre plus de 12 mois; il y a aussi le risque que les délais ne soient pas observés, en particulier en l'absence de sanctions appropriées, ou que l'infrastructure de l'insolvabilité ne puisse s'y tenir (par exemple faute des ressources voulues). L'avantage de délais qui peuvent être prorogés par le tribunal est que dans ce cas la partie qui demande la prorogation doit démontrer au tribunal que celle-ci se justifie, c'est-à-dire, par exemple, que le retard n'est pas abusif, qu'il ne compromettra pas la procédure et que les perspectives de redressement sont bonnes.

4. Le plan

318. [273] La question de ce qui doit être inclus dans le plan est étroitement liée à la procédure d'approbation de ce dernier (par exemple les créanciers qui doivent approuver le plan, la majorité requise pour l'approbation et, éventuellement, la procédure d'homologation par le tribunal) et à l'effet du plan une fois approuvé (et homologué par le tribunal, lorsque cela est nécessaire) (par exemple, le plan s'imposera-t-il aux créanciers opposants et aux créanciers garantis? Qui sera responsable de son exécution et de la poursuite de la gestion de l'entreprise débitrice?). Le résultat du plan dépend de ce qui est faisable. En d'autres termes, il faut se demander si, sur la base des faits et circonstances connus et d'hypothèses raisonnables, le plan et le débiteur ont plus de chances de réussir que d'échouer. S'agissant de déterminer si un plan a des chances de réussir, deux questions connexes se posent: la première est celle du contenu du plan lui-même, soit, en d'autres termes, ce

qu'il propose; la seconde est celle de la façon dont ces propositions sont présentées et expliquées aux créanciers afin d'obtenir leur appui.

a) *Contenu du plan*

319. [272] De nombreuses législations de l'insolvabilité comportent des dispositions consacrées au contenu du plan de redressement. Certaines d'entre elles posent des règles générales, par exemple que le plan de redressement doit faire connaître de façon suffisamment claire et précise à toutes les parties la situation financière de l'entreprise insolvable et les modifications de certains droits qui y sont proposées, ou énoncent des exigences minimales, par exemple que le plan doit prévoir le paiement de certaines créances privilégiées.

320. D'autres législations entrent plus dans le détail à propos des informations qui doivent être données concernant la situation financière du débiteur et les propositions figurant dans le plan. [272] Les informations sur la situation financière du débiteur peuvent inclure les états de l'actif et du passif, les états des flux de trésorerie et des informations concernant les causes ou les raisons de cette situation.

321. [272] Les informations concernant ce qui est proposé dans le plan peuvent inclure le détail des catégories de créances; les créances affectées par le plan et le traitement réservé dans le plan à chacune des catégories de créances; la continuation ou la résiliation des contrats qui ne sont pas entièrement exécutés; le traitement des baux en cours; les mesures et arrangements concernant les biens du débiteur (par exemple transfert, liquidation, conservation); la vente de biens grevés d'une sûreté; la procédure d'information et d'acceptation; les droits liés aux créances contestées en matière de participation au vote et les dispositions prévues pour le règlement des litiges concernant ces créances; les arrangements concernant le personnel du débiteur; le rôle devant être joué par le débiteur dans l'exécution du plan et l'identification de ceux qui seront responsables à l'avenir de la gestion de l'entreprise débitrice; le financement de l'exécution du plan; la rémunération de la direction de l'entreprise débitrice pour ses services; le règlement des créances et les raisons pour lesquelles le montant que recevront les créanciers sera plus élevé que celui qu'ils auraient reçu en cas de liquidation; le paiement des intérêts sur les créances; les modifications éventuelles de la forme de l'entreprise débitrice (modification du règlement intérieur, des statuts, etc.); les raisons pour lesquelles l'entreprise sera capable de poursuivre son activité et pourra être redressée; la supervision du plan; et la durée d'exécution du plan, y compris, dans certains cas, une durée légale maximale.

322. [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 éliminer cette interdiction, du moins dans le contexte de l'insolvabilité, pour qu'un plan puisse comporter des dispositions à cet effet et être approuvé. De même, si un plan est limité par le jeu d'autres pans du droit à la remise de dette ou au report d'échéances, 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: les restrictions en matière d'investissement étranger et le contrôle des changes (en particulier lorsque de nombreux créanciers sont des non-résidents), ou le traitement des salariés conformément à la législation du travail pertinente si, par exemple, le redressement soulève des questions concernant la modification de conventions collectives ou des questions liées au droit fiscal. Certaines législations de l'insolvabilité autorisent, dans des circonstances bien déterminées, par exemple lorsque les créanciers y consentent, la levée de certaines restrictions imposées par d'autres lois, par exemple celles ayant trait à la disposition des biens du débiteur et au rang de priorité pour la répartition du produit de leur réalisation, et il est souhaitable, dans l'intérêt de la transparence et de la prévisibilité, qu'une loi sur l'insolvabilité traite expressément la question de ses rapports avec d'autres lois.

b) *Informations devant accompagner le plan*

323. [273] Lorsqu'ils sont appelés à se prononcer sur un plan, les créanciers doivent pouvoir s'assurer que les propositions que contient le plan sont réalisables et ne sont pas fondées, par exemple, sur des hypothèses erronées et qu'une fois le plan exécuté le débiteur ne sera plus surendetté. Pour faciliter cette évaluation, les créanciers devront disposer d'informations expliquant les propositions et leur impact à la fois sur le débiteur et sur les créanciers. À cette fin, le plan pourra être accompagné d'un rapport établi par un professionnel qualifié dont on peut s'attendre qu'il fournisse une évaluation crédible et impartiale des mesures proposées par le plan ou d'informations détaillées permettant aux créanciers d'évaluer le plan. Si les créanciers ne souscrivent pas à l'évaluation qui leur a été communiquée, ou ne jugent pas convaincantes les informations accompagnant le plan, leurs objections pourraient être prises en compte soit à l'occasion du vote, par le biais d'un mécanisme autorisant la modification du plan, soit à l'occasion de l'homologation du plan par le tribunal (lorsque l'homologation est requise).

324. [272] Un certain nombre de législations de l'insolvabilité traitent la question des informations qui doivent être communiquées aux créanciers afin de permettre à ceux-ci d'évaluer le plan en connaissance de cause, que ces informations doivent figurer dans le plan lui-même ou dans un document séparé. Lorsque le plan de redressement est accompagné d'un tel document, la législation de l'insolvabilité peut spécifier les informations qui doivent y figurer. La communication de ces informations va dans le sens de la transparence, qui est un objectif essentiel, et peut contribuer à emporter la confiance des créanciers dans la procédure d'insolvabilité. Mais il faut aussi sans doute prendre en compte les éventuels problèmes de confidentialité découlant de l'accès des créanciers à des informations financières et commerciales potentiellement sensibles concernant le débiteur, même si celles-ci seront peut-être

finalement rendues publiques à l'occasion de l'approbation ou de l'homologation du plan par le tribunal. Il faut aussi éviter la communication d'informations qui ne sont d'aucun secours pour évaluer le plan; l'accent devrait être mis sur les informations nécessaires, dans le cas d'espèce, pour évaluer les propositions spécifiques faites dans le plan.

5. Approbation du plan

325. [275] L'élaboration des dispositions d'une loi sur l'insolvabilité relatives à l'approbation du plan nécessite la réalisation d'un équilibre entre un certain nombre de considérations antagoniques, qui sera d'autant plus important si le plan n'a pas le soutien de tous les créanciers ou de toutes les catégories de créanciers. D'une part, il sera capital de prévoir un moyen d'imposer un plan convenu aux créanciers opposants minoritaires au sein d'une catégorie afin d'accroître les chances de succès du redressement. Il pourra aussi être nécessaire, selon le mécanisme retenu pour voter sur le plan et selon que les créanciers votent ou non par catégorie, de voir si le plan peut s'imposer aux catégories opposantes de créanciers. Dès lors qu'un plan peut être approuvé et imposé aux créanciers opposants, il pourra être nécessaire de veiller à ce qu'il protège convenablement ces créanciers opposants et, en particulier, à ce que leurs droits ne puissent être injustement lésés. D'autre part, dès lors que la procédure d'approbation a pour résultat qu'il est fortement porté atteinte aux créances des créanciers (en particulier des créanciers garantis) sans leur consentement, on court le risque qu'à l'avenir ceux-ci ne soient guère disposés à accorder des crédits. Le mécanisme d'approbation du plan et l'existence de garde-fous appropriés seront donc très importants pour la protection de ces intérêts.

a) *Procédures d'approbation*

326. [275] De nombreuses législations de l'insolvabilité prévoient la convocation d'une réunion spéciale des créanciers pour que ceux-ci votent sur le plan de redressement et exigent que le plan (et le document d'information lorsqu'un tel document doit accompagner le plan) soit communiqué aux créanciers un certain temps avant la réunion. [210] Dans certaines législations, les créanciers doivent voter en personne à la réunion des créanciers tandis que d'autres admettent le vote par correspondance ou par procuration. Il pourra aussi être souhaitable de prendre en compte la possibilité d'un vote par des moyens électroniques.

327. Se posent également en ce qui concerne l'approbation du plan les questions suivantes: les types de créances (créances admises ou provisoirement admises) qui seront pris en compte pour déterminer si la majorité requise a été atteinte; si les créanciers garantis doivent voter; si les voix correspondant aux créances prioritaires seront prises en compte pour déterminer la majorité requise; et la façon dont seront considérées les abstentions. Dans certains cas, par exemple, les créanciers qui s'abstiennent sont considérés comme ayant voté contre le plan [280] alors que, dans de nombreux pays, on calcule le pourcentage d'adhésion au plan sur la base des suffrages effectivement exprimés et les créanciers qui n'ont pas participé au vote ou qui se sont abstenus sont considérés comme ne s'intéressant guère à la procédure. Cette dernière approche nécessite des dispositions adéquates en matière de notifications et leur application effective, en particulier lorsque des créanciers sont non-résidents.

328. Certaines législations de l'insolvabilité admettent aussi des présomptions concernant le vote. Si, par exemple, un plan annule la créance d'un créancier ou un titre participatif (et que la partie concernée n'obtient rien), un vote contre le plan peut être présumé. À l'inverse, si le plan laisse une créance intacte ou prévoit son paiement intégral, un vote en faveur du plan peut être présumé. De telles présomptions peuvent simplifier la procédure de vote et rendre moins nécessaires la notification et l'information de ces créanciers.

b) *Approbation par les créanciers garantis et les créanciers prioritaires*

329. [276] Dans de nombreux cas, les créances garanties représenteront une part importante de la dette du débiteur, et différentes approches sont possibles en ce qui concerne l'approbation du plan par les créanciers garantis et les créanciers prioritaires. En règle générale, toutefois, l'opportunité d'un vote des créanciers garantis dépendra de la façon dont le régime de l'insolvabilité traite ces derniers, de la mesure dans laquelle un plan de redressement peut affecter leurs sûretés et de celle dans laquelle la valeur du bien grevé permettra de désintéresser le créancier garanti.

330. Lorsque le législateur fait en sorte qu'un plan approuvé ne puisse empêcher les créanciers garantis d'exercer leurs droits sur les biens grevés, il n'y a généralement pas besoin de donner le droit de vote à ces créanciers puisque leurs sûretés ne seront pas affectées par le plan. Cette approche place les créanciers prioritaires dans une situation analogue: le plan ne peut amoindrir la valeur de leurs créances et ils ont le droit d'être intégralement désintéressés. Le problème que pose cette approche, toutefois, est qu'elle risque de réduire les chances de succès du redressement, en particulier lorsque les biens grevés sont essentiels à la réussite du plan: si le créancier garanti n'est pas lié par le plan et qu'il choisit d'exercer ses droits, par exemple en prenant possession du bien grevé et en le vendant, le plan risque de devenir impossible à exécuter. De même, dans certaines circonstances, la seule façon de donner au plan des chances de succès est de prévoir que les créanciers prioritaires ne seront pas intégralement désintéressés dès l'approbation du plan. Les perspectives de redressement peuvent être meilleures si les créanciers prioritaires acceptent un paiement étalé et si les créanciers garantis souscrivent à une modification provisoire des conditions de leur garantie.

331. Lorsque la valeur du bien grevé n'est pas suffisante pour désintéresser intégralement le créancier garanti, un certain nombre de législations de l'insolvabilité lui donnent la possibilité de voter avec les créanciers chirographaires ordinaires pour la portion non réglée de sa créance. Dans certains systèmes juridiques, cela soulève de difficiles

questions d'évaluation pour déterminer si et dans quelle mesure tous les créanciers garantis le sont effectivement. Par exemple, si trois créanciers détiennent une sûreté constituée sur le même bien, il se peut que la valeur de ce bien permette uniquement de garantir la créance de premier rang et une partie de la créance de deuxième rang. Le deuxième créancier sera alors appelé à voter pour la portion non garantie de sa créance et le troisième créancier ne sera pas garanti du tout. L'évaluation du bien est donc cruciale pour déterminer si un créancier est ou non garanti et quelle est l'étendue de sa garantie, ce qui a son importance lorsque les créanciers garantis ne sont pas tenus de voter (mais sont liés par le plan s'ils le font), alors que les créanciers chirographaires doivent voter.

332. [277] Il existe diverses approches en ce qui concerne le vote des créanciers garantis sur le plan de redressement. Dans certaines législations de l'insolvabilité, les créanciers garantis et les créanciers prioritaires sont appelés à voter, en tant que catégories distinctes, sur un plan qui réduirait la valeur ou modifierait les conditions de leurs créances ou à donner d'une autre façon leur consentement à être liés par le plan. Cette approche reconnaît que les droits et intérêts respectifs de ces créanciers diffèrent de ceux des créanciers chirographaires et qu'ils n'ont eux-mêmes pas les mêmes droits et les mêmes intérêts. Lorsque les créanciers garantis votent par catégorie, certaines législations de l'insolvabilité prévoient que, si la majorité requise dans une catégorie vote pour le plan, les membres de cette catégorie qui n'ont pas approuvé le plan seront néanmoins liés par ce dernier. La majorité requise sera généralement la même que celle applicable pour l'approbation par les créanciers chirographaires, quoique certaines législations prévoient des majorités différentes suivant la façon dont les droits des créanciers garantis sont affectés (par exemple la majorité des trois quarts est nécessaire lorsqu'il y a un report d'échéance et la majorité des quatre cinquièmes lorsque les droits sont affectés d'une autre façon). D'autres législations de l'insolvabilité prévoient que le plan ne peut être imposé aux créanciers garantis sans leur consentement.

333. Une autre approche adoptée par des législations de l'insolvabilité consiste à prévoir que les créanciers garantis opposants doivent recevoir au moins autant que ce qu'ils auraient reçu en cas de liquidation et que c'est là une condition *sine qua non* pour qu'ils soient liés par le plan. Une variante de cette approche consiste à prévoir qu'ils seront liés par le plan si celui-ci prévoit leur désintéressement, dans un certain délai, à hauteur de la valeur de leurs sûretés majorée des intérêts. Certaines législations de l'insolvabilité prévoient également la possibilité pour le tribunal d'ordonner que des créanciers garantis soient liés par le plan, à condition qu'il soit convaincu, par exemple, que la réalisation de sa sûreté par le créancier garanti compromettra considérablement les chances de succès du plan, que sa sûreté sera suffisamment protégée par le plan et que sa position ne se détériorera pas en raison de l'exécution du plan (par exemple les intérêts futurs seront payés et la valeur de la sûreté ne sera pas affectée).

334. Pour déterminer quelle approche il convient d'adopter sur ce point, il importera d'évaluer les effets sur la disponibilité et le coût du crédit garanti et d'assurer au mieux la sécurité juridique et la prévisibilité.

c) *Approbation par les créanciers chirographaires ordinaires*

335. [278] Différents mécanismes peuvent être utilisés pour faire en sorte que les créanciers chirographaires ordinaires puissent effectivement se prononcer sur le plan. Quel que soit le mécanisme retenu, il est souhaitable qu'il soit aussi simple que possible et qu'il soit clairement exposé dans la loi sur l'insolvabilité afin d'assurer la prévisibilité et la transparence.

i) Catégories de créanciers chirographaires

336. Un certain nombre de législations de l'insolvabilité ne prévoient pas la répartition des créanciers chirographaires dans différentes catégories, ceux-ci formant, aux fins du vote, un seul groupe. D'autres législations prévoient le vote par catégorie lorsque les créanciers chirographaires sont nombreux ou lorsque leurs intérêts divergent compte tenu de la nature de leurs créances. Lorsque les créanciers chirographaires sont peu nombreux ou lorsque leurs intérêts sont analogues, il n'est sans doute pas nécessaire que les créanciers votent sur le plan par catégorie, ce qui simplifie la procédure.

337. [281] Les pays dans lesquels les créanciers garantis et les créanciers prioritaires forment des catégories à part prévoient aussi souvent la répartition des créanciers non garantis ordinaires dans différentes catégories en fonction de leurs intérêts économiques divergents. La création de ces catégories vise à améliorer les chances de succès du redressement au moins à trois égards en offrant: un moyen utile de faire apparaître les intérêts économiques divergents des créanciers chirographaires; un cadre pour structurer le plan; et un moyen pour le tribunal de s'appuyer sur le fait qu'une catégorie s'est prononcée pour le plan à la majorité requise pour rendre celui-ci opposable à d'autres catégories qui se sont prononcées contre. La création de différentes catégories risquant de compliquer la procédure de vote, elle n'est sans doute souhaitable que lorsqu'il y a des raisons impérieuses d'accorder un traitement spécial à certains créanciers chirographaires ordinaires, par exemple s'ils n'ont pas les mêmes intérêts économiques que les autres. Parmi les critères pertinents pour déterminer l'absence de communauté d'intérêts, on peut citer la nature des dettes correspondant aux créances; les voies de recours ouvertes aux créanciers en l'absence du plan de redressement et la mesure dans laquelle elles leur permettraient de recouvrer leurs créances; le traitement réservé aux créances par le plan de redressement; et le taux de recouvrement des créances prévu par le plan.

ii) Établissement des catégories

338. Certaines législations de l'insolvabilité indiquent comment établir les catégories de créanciers chirographaires ordinaires aux fins de l'approbation du plan de redressement. L'une des approches consiste à prendre comme critère pour placer des créances ou des intérêts dans une même catégorie la communauté d'intérêts ou des intérêts voisins ou encore la valeur de la créance. Lorsque le critère est la communauté d'intérêts ou des intérêts voisins, la personne qui établit le plan aura une certaine latitude pour inclure les créances dans telle ou telle

catégorie. Suivant une autre approche, le représentant de l'insolvabilité fait des recommandations au tribunal avant que les créanciers ne votent sur le plan. Suivant une autre approche encore, les catégories sont établies initialement par le débiteur auquel est laissé un certain degré de latitude pour déterminer la composition de chacune d'elles; les créanciers chirographaires qui ne sont pas satisfaits de la composition des catégories peuvent demander au tribunal de trancher.

d) *Approbation par les actionnaires*

339. [283] Dans certaines législations de l'insolvabilité, le plan de redressement doit être approuvé par les actionnaires de l'entreprise débitrice, du moins lorsqu'il aura des incidences sur la forme sociale, la structure financière ou la répartition du capital. Les actionnaires peuvent aussi être appelés à voter lorsque certains d'entre eux sont inclus dans la répartition prévue par le plan. Lorsque la direction de l'entreprise débitrice propose un plan, il se peut que celui-ci ait déjà été approuvé par les actionnaires (suivant la structure de l'entreprise débitrice en question, cette condition peut être imposée par les statuts). Tel est souvent le cas lorsque le plan touche directement les actionnaires, par exemple en prévoyant des conversions de créances en prises de participation, soit par le biais du transfert d'actions existantes, soit par celui de la création de nouvelles actions.

340. [284] Lorsque le législateur autorise les créanciers ou le représentant de l'insolvabilité à proposer un plan et que celui-ci prévoit la conversion de créances en prises de participation, certaines législations de l'insolvabilité permettent l'approbation du plan malgré l'opposition des actionnaires, indépendamment des dispositions des statuts de l'entreprise. De tels plans peuvent avoir pour résultat que des actionnaires en place se trouvent totalement évincés sans leur consentement, sous réserve de certaines protections, par exemple lorsque le plan de redressement prévoit une certaine restitution aux actionnaires.

e) *Créanciers ayant des liens privilégiés avec le débiteur*

341. [285] Certaines législations de l'insolvabilité prévoient que les personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur ne doivent pas voter avec les autres créanciers pour l'approbation du plan ou que leurs voix ne compteront pas à certaines fins, par exemple pour déterminer qu'une catégorie de créanciers affectée a accepté le plan (lorsque c'est là une condition pour l'approbation). De nombreuses législations de l'insolvabilité, toutefois, ne comportent pas de dispositions traitant spécifiquement de cette question. Dans ce cas, les personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur devraient voter comme les autres créanciers. Elles seront néanmoins en général soumises au droit commun pour leurs affaires personnelles avec le débiteur et son entreprise.

f) *Majorités requises pour l'approbation du plan*

342. [279] De nombreuses législations de l'insolvabilité fixent le seuil minimal d'adhésion des créanciers nécessaire pour que le plan soit approuvé. La majorité requise peut être calculée de diverses manières, selon que les créanciers votent ou non par catégorie, et selon la façon dont ces catégories sont prises en compte pour déterminer la majorité. Lorsque les créanciers ne votent pas par catégorie, la majorité peut être fixée par référence à l'adhésion d'une certaine proportion ou d'un certain pourcentage de la valeur des créances ou d'un certain nombre de créanciers, ou une combinaison de ces deux formules. Certaines législations exigent, par exemple, que le plan reçoive l'adhésion de créanciers détenant au moins les deux tiers ou les trois quarts de la valeur totale des créances et de plus de la moitié ou des deux tiers du nombre de créanciers. Si, en général, ces proportions s'appliquent aux créanciers ayant pris part au vote concernant l'approbation du plan, dans certaines législations, elles sont déterminées par référence à la valeur totale des créances et au nombre total de créanciers, que ceux-ci aient ou non pris part au vote. D'autres combinaisons ont également cours.

343. [279] Lorsque les créanciers votent par catégorie, toutes sortes de formules sont possibles pour déterminer quand le plan a été approuvé. Certaines législations de l'insolvabilité exigent une majorité dans chaque catégorie de créanciers, ladite majorité représentant un pourcentage ou une proportion de la valeur des créances ou un certain nombre de créanciers, ou une combinaison des deux. D'autres législations fixent la majorité de créanciers requise au sein de chaque catégorie ainsi que ce qui constituera la majorité des catégories. Par exemple, la majorité simple des catégories peut être exigée, ou lorsque le plan reçoit l'adhésion de moins de la majorité des catégories, il peut néanmoins lier les créanciers opposants, que ceux-ci fassent ou non partie d'une catégorie qui le soutient majoritairement, à condition que le tribunal constate que certaines conditions sont réunies (voir ci-après les sections 6, Lier les créanciers opposants, et 7, Homologation du tribunal). Une législation, par exemple, reconnaît trois catégories de créanciers et prévoit que le plan doit être approuvé par au moins deux d'entre elles et qu'au moins l'une des catégories approuvant le plan ne serait pas totalement désintéressée si l'entreprise débitrice devait être liquidée. Selon une autre variante, il faut qu'au moins l'une des catégories approuvant le plan soit constituée de créanciers dont les droits seront en partie lésés, et ce afin que le plan ne reçoive pas uniquement le soutien des créanciers dont il laisse les droits intacts. D'autres législations prévoient que le soutien de catégories de créanciers chirographaires ne peut déboucher sur l'approbation du plan si des créanciers garantis y sont opposés.

344. [279] Même si elle rend plus difficile l'approbation du plan, une formule qui associe la valeur des créances et le nombre de créanciers a le mérite de préserver le caractère collectif de la procédure. Par exemple, si un créancier détient à lui seul plus de 50 % de la masse des créances, une telle règle l'empêchera d'imposer le plan à tous les autres créanciers contre leur gré. De même, elle pourra empêcher un gros créancier d'imposer sa non-adhésion au plan aux autres créanciers au détriment de ces derniers, quoique certaines législations donnent aux créanciers qui détiennent plus d'un certain pourcentage de la valeur totale des créances le pouvoir de mettre leur veto à l'approbation du plan ou d'imposer l'amélioration de ce dernier au profit

de tous les créanciers. Une procédure de vote qui combine la valeur des créances et un nombre de créanciers empêchera également un grand nombre de très petits créanciers d'imposer leur volonté à quelques créanciers détenteurs de très grosses créances. Certaines législations de l'insolvabilité comportent des dispositions telles que même lorsqu'une majorité du nombre de créanciers soutient le plan, mais que ces créanciers détiennent moins qu'un certain pourcentage de la valeur totale des créances (par exemple moins de 25 ou de 30 %), le tribunal hésitera à approuver ou à homologuer le plan. Cette procédure a aussi le mérite de contribuer à faire en sorte que le plan bénéficie d'un appui suffisant pour pouvoir être appliqué avec succès.

6. Lorsque le plan est soumis à l'approbation des créanciers mais n'est pas approuvé

a) *Modification du plan*

345. [291] Lorsque les voix requises pour l'approbation du plan de redressement ne sont pas obtenues, le législateur peut prévoir un mécanisme pouvant déboucher sur la modification et le réexamen du plan par les créanciers. 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 devrait 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 d'insolvabilité, 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 très limité et peut-être aussi que des délais soient fixés afin de faciliter une issue rapide des renégociations et d'éviter les abus.

b) *Conversion de procédures*

346. [294] Lorsqu'un plan de redressement n'est pas approuvé et qu'une modification du plan ne permet pas de résoudre les difficultés rencontrées, le législateur peut adopter différentes approches concernant la poursuite de la procédure. Certaines législations de l'insolvabilité considèrent que, si les créanciers n'ont pas approuvé le plan, c'est le signe qu'ils sont favorables à la liquidation et prévoient alors la conversion de la procédure de redressement en une procédure de liquidation. Une telle approche peut encourager les débiteurs à proposer un plan acceptable, mais il peut être souhaitable de prévoir des garde-fous afin de prévenir les abus dans les cas où la liquidation n'est pas dans l'intérêt de tous les créanciers. Lorsque la procédure de redressement est convertie en liquidation, la législation de l'insolvabilité devra considérer le statut de toutes mesures prises par le représentant de l'insolvabilité avant l'approbation du plan ainsi que le maintien de l'arrêt des poursuites, en particulier à l'égard des créanciers garantis lorsqu'elle prévoit une date limite (voir deuxième partie, chap. III.B.4 *c* et recommandation 40). D'autres législations de l'insolvabilité prévoient que la procédure de redressement doit être abandonnée. Cette approche présente l'inconvénient de laisser le débiteur en état de difficulté financière, de faire courir le risque de voir de nouvelles dettes venir s'ajouter aux autres et les biens se déprécier et de retarder l'ouverture d'une procédure de liquidation sans doute inévitable.

7. Lier les créanciers opposants

347. [282] 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 ou de plusieurs catégories permettra de rendre le plan contraignant pour d'autres catégories (y compris, dans certaines législations, celles des créanciers garantis et des créanciers prioritaires) qui ne soutiennent pas le plan. Une législation de l'insolvabilité qui comporte de telles dispositions pose aussi généralement des conditions qui visent à protéger les intérêts de ces catégories de créanciers opposantes. Puisque c'est en général au tribunal qu'il appartient de voir si ces conditions sont satisfaites, elles sont traitées dans la section suivante.

8. Homologation du plan par le tribunal

348. [287] Tous les pays n'exigent pas l'homologation par le tribunal d'un plan qui a été approuvé par les créanciers; il suffit, pour qu'il soit valable, que le plan ait été approuvé par la majorité requise des créanciers, et il s'imposera aux créanciers opposants par le jeu de la législation de l'insolvabilité. Dans ces systèmes, le tribunal peut néanmoins avoir un rôle à jouer lorsque le plan lui-même ou les moyens par lesquels il a été obtenu sont contestés par des créanciers minoritaires.

a) *Objections contre l'approbation du plan*

349. De nombreuses législations de l'insolvabilité prévoient que les objections contre l'approbation du plan doivent être présentées à l'audience d'homologation, et un certain nombre d'entre elles fixent les motifs d'objection [290], notamment 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); qu'il y a eu quelque irrégularité dans la procédure de vote (par exemple des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur ont participé au vote alors que la législation de l'insolvabilité l'interdit ou la résolution approuvant le plan allait à l'encontre des intérêts de l'ensemble des créanciers); qu'il y a eu quelque irrégularité dans la façon dont a été menée la réunion au cours de laquelle le vote a eu lieu; que des motivations répréhensibles sont à l'origine des propositions avancées dans le plan; que le plan n'est pas réalisable (par exemple des biens grevés d'une sûreté sont nécessaires à son succès, mais il ne s'impose pas aux créanciers garantis et aucun accord n'a été conclu avec les créanciers garantis concernés au sujet de leurs sûretés); que le plan ne satisfait pas aux conditions visant à protéger les créanciers opposants au sein d'une catégorie (par exemple le plan ne leur permettra pas de recevoir autant que ce qu'ils auraient reçu si l'entreprise débitrice avait été liquidée sans qu'ils aient consenti

à un tel traitement); ou que les propositions lèsent de façon injuste les intérêts de celui qui remet en question l'approbation du plan. Puisqu'il est probable que tous les créanciers seront dans une certaine mesure lésés par la procédure de redressement, un préjudice ou dommage plus élevé que celui subi par d'autres créanciers ou catégories de créanciers sera généralement exigé. Lorsque le créancier qui conteste le plan a voté pour ce dernier, les motifs de contestation pourront être limités, par exemple, à la fraude et autres irrégularités. Si le tribunal reçoit les objections contre l'approbation du plan, le législateur peut prévoir que le plan sera réexaminé par les créanciers ou abandonné.

b) *Mesures nécessaires pour l'homologation par le tribunal*

350. [288] Lorsque la législation de l'insolvabilité exige que le tribunal (ou, dans certains pays, une autorité administrative) homologue le plan, on s'attend normalement que le tribunal ou l'autorité administrative en question homologue un plan qui a été approuvé par la majorité requise des créanciers (ayant ou non voté par catégorie). De nombreux pays font jouer 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 régulièrement obtenue (c'est-à-dire qu'il n'y a aucun indice de fraude dans le processus d'approbation) et que certaines conditions sont satisfaites: par exemple que les catégories de créanciers opposées au plan participeront aux avantages économiques du plan, qu'aucun créancier ne recevra plus que l'intégralité de la valeur de sa créance, que le plan respecte le rang de priorité normal des créances et que les créanciers se trouvant dans une situation similaire bénéficient de l'égalité de traitement (sauf bien sûr si la législation de l'insolvabilité prévoit que des créanciers peuvent convenir de renoncer au rang de priorité normal et de recevoir un traitement différent de celui réservé aux créanciers se trouvant dans une situation similaire). Dans certaines législations, le tribunal peut aussi être appelé à apprécier d'autres points, par exemple si le plan est équitable à l'égard des catégories qui l'ont accepté mais dont il lèse en partie les intérêts et que les intérêts des catégories de créanciers opposantes ont été convenablement protégés (du fait, par exemple, qu'elles recevront en application du plan autant que ce qu'elles auraient reçu en cas de liquidation, à moins qu'elles n'aient accepté de recevoir un traitement moins favorable dans le cadre du plan).

351. [289] Certaines législations de l'insolvabilité habilitent également le tribunal à rejeter un plan au motif qu'il n'est pas réalisable ou qu'il est impossible à mettre en œuvre. 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 exerceront leurs droits sur les biens grevés, 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.

352. Plus les décisions que le tribunal est appelé à prendre concernant l'approbation ou l'homologation sont complexes, plus il faut que les juges aient des connaissances spécialisées et plus on court le risque de voir des juges s'immiscer dans des décisions à caractère essentiellement commercial, à savoir la décision des créanciers d'accepter ou de rejeter un plan. [289] Il est souhaitable en particulier qu'il ne soit pas demandé au tribunal d'apprécier les considérations économiques et commerciales sur lesquelles repose la décision des créanciers, à moins qu'il n'ait la compétence et l'expérience voulues pour ce faire, ni d'apprécier la faisabilité économique de certains aspects du plan, sauf s'il a la compétence voulue. Pour ces raisons, il est souhaitable de concevoir avec soin les conditions d'approbation du plan afin de réduire au minimum les problèmes susceptibles de surgir alors que ces conditions sont satisfaites.

9. Effets du plan

353. [286] Lorsque le plan est approuvé par la majorité requise des créanciers et, si cela est nécessaire, homologué ou approuvé par le tribunal, les législations de l'insolvabilité prévoient en général qu'il s'imposera à tous les créanciers chirographaires ordinaires concernés, y compris ceux qui ont voté pour, les créanciers opposants et les créanciers qui n'ont pas participé au vote. Certaines législations de l'insolvabilité prévoient également que le plan s'imposera aux administrateurs, aux actionnaires et aux membres de l'entreprise débitrice, et à d'autres parties sur décision du tribunal. Certaines législations de l'insolvabilité interdisent aux parties qui sont liées par le plan de s'adresser au tribunal pour obtenir la liquidation de l'entreprise débitrice (sauf lorsque l'exécution échoue ou lorsque le débiteur ne respecte pas le plan), d'engager ou de poursuivre une action en justice contre le débiteur ou de rechercher l'exécution sans l'approbation du tribunal. Certaines législations prévoient également qu'une fois le plan approuvé par les créanciers et approuvé ou homologué par le tribunal (lorsque cela est nécessaire), le débiteur retrouve le contrôle des biens de la masse de l'insolvabilité aux fins de l'exécution du plan et peut obtenir une remise de dettes en application du plan.

10. Contestation d'un plan après homologation

354. [290] De nombreuses législations de l'insolvabilité prévoient la possibilité de contester le plan après l'audience d'homologation (dans certains cas, jusqu'à l'expiration d'un certain délai). Les motifs de contestation après homologation peuvent être plus restreints que les motifs de contestation au moment de l'homologation et se limiter, par exemple, à la fraude. Dans le cas où la contestation d'un plan qui a déjà été homologué est reçue par le tribunal, le législateur a plusieurs options à sa disposition; il peut par exemple prévoir que le plan sera écarté et que la procédure sera convertie en une procédure de liquidation ou que le débiteur restera en état de difficulté financière et reprendra le contrôle de ses biens. Cette dernière option ne résout pas les difficultés financières du débiteur et risque tout

simplement de retarder l'ouverture de la procédure de liquidation et d'accentuer la dépréciation des biens du débiteur. Pour déterminer ce qui convient le mieux dans ces circonstances, il faudra tenir compte de la mesure dans laquelle le plan a déjà été exécuté et voir comment les mesures qui ont été prises en exécution du plan, telles que les versements effectués aux créanciers, doivent être traitées.

11. Modification d'un plan après approbation par les créanciers (et homologation par le tribunal)

355. [292] La législation de l'insolvabilité peut ménager la possibilité de modifier le plan après qu'il a été approuvé si un problème majeur survient en cours d'exécution ou s'il s'avère impossible à exécuter. Parmi les législations qui autorisent la modification, certaines prévoient cette possibilité lorsque les modifications proposées sont dans l'intérêt bien compris des créanciers. D'autres législations prévoient que le plan pourra être modifié si les circonstances le justifient et s'il continue, une fois modifié, de satisfaire aux conditions posées par la loi concernant, par exemple, le contenu du plan, les catégories de créanciers et la notification des créanciers.

356. Suivant la nature de la modification, il se peut qu'il ne soit pas nécessaire d'obtenir l'approbation de toutes les catégories de créanciers, mais uniquement de celles affectées par la modification. Obtenir cette approbation pouvant dans certains cas s'avérer difficile, il convient sans doute de prévoir une solution de rechange, par exemple, que les modifications mineures pourront être approuvées par le tribunal ou que les créanciers qui se sont prononcés pour l'approbation du plan devront être avisés des modifications proposées et pourront élever des objections à leur encontre dans un certain délai, à défaut de quoi ils seront réputés avoir accepté la modification. La même approche peut être adoptée à l'égard des créanciers qui n'ont pas approuvé le plan. Lorsque la modification proposée est importante, l'approbation de tous les créanciers pourra être nécessaire. [292] Lorsque le tribunal a homologué le plan initial, il pourra aussi être nécessaire qu'il homologue la modification du plan.

12. Exécution d'un plan

357. [293] De nombreux plans peuvent être exécutés par le débiteur sans que le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité ait à intervenir. Mais il peut parfois être nécessaire que l'exécution soit supervisée ou contrôlée par une personne indépendante. Plusieurs lois sur l'insolvabilité prévoient que le tribunal continue de superviser le débiteur après l'approbation et l'homologation du plan jusqu'à complète exécution de ce dernier, ce qui peut être très utile lorsque se posent des questions notamment d'interprétation de l'exécution ou des obligations du débiteur. Dans certains pays, le tribunal peut autoriser un contrôleur ou un représentant de l'insolvabilité à continuer de superviser les affaires du débiteur, à divers degrés, après l'homologation du plan.

13. Échec de l'exécution

358. L'inexécution du plan du fait de la défaillance du débiteur ou pour une autre raison entraîne, dans certaines lois sur l'insolvabilité, la résiliation du plan et la liquidation du débiteur. Dans un tel cas de liquidation, les législations de l'insolvabilité prévoient généralement que les créances qui ont pu être réduites en vertu du plan de redressement seront rétablies dans leur intégralité. Dans d'autres lois, l'inexécution du plan entraîne la résiliation uniquement en ce qui concerne l'obligation non exécutée, le plan demeurant par ailleurs valable. Le créancier auquel était due l'obligation n'est pas lié par le plan et sa créance sera intégralement rétablie. Cela ne sera parfois le cas que si le débiteur a accumulé un arriéré important[1] dans l'exécution du plan. Dans certains pays, les conséquences d'une inexécution peuvent être énoncées dans le plan lui-même.

359. [295] La conversion du redressement en liquidation lèvera toute incertitude quant à l'issue ultime de la procédure, mais elle risque aussi d'entraîner de nouveaux retards et une dépréciation des biens si la liquidation doit être considérée comme une nouvelle procédure. Une autre solution serait de considérer que la procédure d'insolvabilité a atteint son terme et d'autoriser les créanciers à engager des poursuites individuelles, mais elle ne résout pas les difficultés financières du débiteur et pourrait aboutir à la course aux biens que l'ouverture de la procédure collective était censée 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 faut reconnaître qu'à un certain moment le souci de faisabilité doit l'emporter sur la recherche du meilleur résultat pour l'ensemble des créanciers et il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité soit suffisamment souple à cette fin.

14. Conversion en liquidation

360. [296] Il peut être 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 cas, par exemple lorsque le plan ne peut pas être approuvé ou qu'il n'est pas exécuté par le débiteur mais également lorsqu'il est établi que l'entreprise n'a aucune chance raisonnable d'être redressée; lorsqu'il est évident que le débiteur abuse de la procédure de redressement soit en ne coopérant pas avec le représentant de l'insolvabilité (par exemple en faisant de la rétention d'informations), soit en étant de mauvaise foi (par exemple en opérant des transferts frauduleux); ou encore lorsque l'entreprise continue d'accumuler des pertes ou que les dépenses d'administration ne sont pas payées. Le représentant de l'insolvabilité étant celui qui, après le débiteur ou la direction de l'entreprise débitrice, connaît le mieux cette dernière et, de ce fait, sait souvent 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 lorsque certaines conditions sont remplies, par exemple […].

[1]Une loi définit cet arriéré comme le non-paiement par le débiteur de la créance exigible au moins deux semaines après que le créancier lui en a fait la demande.

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant le plan de redressement est:

a) de faciliter le sauvetage d'entreprises ~~en difficulté financière~~ soumises à la législation de l'insolvabilité, 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 un plan approuvé;

d) de prévoir 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 de prévoir ce qu'il adviendra si l'exécution du plan échoue.

Contenu des dispositions législatives

Délai pour l'élaboration du plan

121) [125)] La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que le plan de redressement doit être [élaboré] [déposé] au moment de la présentation, ou après la présentation, d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, ~~mais pas au-delà d'~~ ou dans un délai spécifié après l'ouverture de la procédure.

a) Le délai devrait ~~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 [autorisées à] [pouvant] élaborer le plan

122) [126)] La législation de l'insolvabilité devrait ~~spécifier~~ indiquer quelles parties ~~doivent élaborer~~ [sont autorisées à proposer] [peuvent proposer] un plan de redressement pour approbation par les créanciers.

123) [127)] Dans ses dispositions relatives à l'élaboration du plan de redressement, la législation de l'insolvabilité devrait adopter une approche souple qui permette la participation de toutes les parties qui ont un rôle central dans la procédure d'insolvabilité: le débiteur, les créanciers [bien qu'un plan ne doive pas nécessairement léser ou modifier les droits de chaque catégorie de créanciers] et le représentant de l'insolvabilité. La législation de l'insolvabilité peut combiner différents éléments:

a) La possibilité de proposer un plan peut 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 [peut] [devrait] être donnée au débiteur. La partie à laquelle la possibilité de proposer un plan est réservée peut 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 peut être donnée à d'autres parties, telles que le représentant de l'insolvabilité, les créanciers ou le comité des créanciers agissant en collaboration avec le représentant de l'insolvabilité, ou le tribunal peut proroger ledit délai si la partie à qui celui-ci a été accordé peut montrer qu'une telle prorogation est nécessaire [par exemple en montrant que son retard est justifié et qu'il existe de réelles perspectives de redressement].

Contenu du plan

124) [128)] La législation de l'insolvabilité devrait spécifier les éléments minimaux d'un plan de redressement. Ces éléments devraient notamment être les suivants:

a) des indications concernant les catégories de créanciers et le traitement accordé à chacune d'elles par le plan (par exemple ce qu'elles recevront et le calendrier des paiements);

b) les stipulations du plan concernant notamment:

i) le traitement des contrats, y compris les contrats de travail;

ii) le rôle du débiteur dans l'exécution du plan, y compris le contrôle qu'il exercera sur les biens;

c) les modalités d'exécution du plan qui peuvent inclure:

i) la possibilité d'une cession partielle ou totale de l'entreprise débitrice;

ii) une proposition de restructuration du capital de l'entreprise;

iii) la modification des statuts de l'entreprise;

iv) la fusion ou le regroupement de l'entreprise avec une ou plusieurs personnes;

v) le report de la date d'échéance ou la modification du taux d'intérêt ou autre condition de valeurs mobilières en circulation;

vi) la répartition de tout ou partie des biens de la masse de l'insolvabilité entre ceux qui ont un droit sur ces biens;

vii) l'identification des personnes qui seront chargées de la gestion future de l'entreprise;

viii) la supervision de l'exécution du plan.

Note [explicative] [d'information]

125) [129)] La législation de l'insolvabilité devrait exiger qu'un plan de redressement soumis à l'approbation des créanciers soit accompagné d'une note [explicative] [d'information] qui permettra aux créanciers de se prononcer en

connaissance de cause sur le plan. Cette note devrait être établie par la même partie que celle qui élabore le plan, être soumise aux créanciers en même temps que le plan et comporter:

a) des informations sur 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 fera que l'actif du débiteur excédera le passif et que celui-ci disposera des liquidités nécessaires pour payer [ses dettes échues] [ses dettes comme prévu dans le plan].

Présentation du plan et de la note [explicative] [d'information]

126) La législation de l'insolvabilité devrait prévoir un mécanisme pour la présentation aux créanciers du plan de redressement et de la note [explicative] [d'information].

Mécanismes de vote

127) [130)] La législation de l'insolvabilité devrait établir un mécanisme de vote pour l'approbation du plan de redressement. Elle devrait indiquer concernant ce mécanisme les créanciers qui sont tenus de se prononcer sur le plan par un vote; les modalités de vote (vote lors d'une réunion des créanciers convoquée à cet effet ou vote par correspondance ou par d'autres moyens, y compris par voie électronique et par procuration; et si les créanciers devraient ou non voter par catégorie en fonction de leurs droits respectifs ou tous ensemble.

Approbation du plan par des créanciers d'une catégorie particulière

128) [131)] La législation de l'insolvabilité devrait fixer la majorité requise pour l'approbation du plan de redressement par une catégorie particulière de créanciers. Lorsque le plan est appuyé par la majorité requise de créanciers de la catégorie en question, celle-ci sera considérée comme appuyant le plan. Ne devraient être pris en compte pour le calcul de la majorité que les créanciers qui ont effectivement pris part au vote, que ce soit en personne ou par procuration. L'exigence de l'unanimité ou d'une majorité simple des créanciers votants n'est pas recommandée. D'autres solutions peuvent consister à exiger à la fois un certain nombre de créanciers votants et une certaine proportion du montant des créances, par exemple la majorité simple des créanciers votants et la majorité simple ou une majorité supérieure (par exemple les deux tiers) exprimée en pourcentage des créances détenues par ces derniers.

Approbation par une majorité de catégories de créanciers

129) Lorsque les créanciers votent par catégorie pour approuver le plan de redressement, la législation de l'insolvabilité pourra exiger l'approbation du plan par une majorité spécifiée de catégories.

130) [132)] La législation de l'insolvabilité devrait indiquer le traitement à réserver aux catégories de créanciers qui n'ont pas voté pour le plan de redressement lorsque le plan satisfait aux conditions d'approbation et qu'il est approuvé par la majorité requise.

Contestation de l'approbation

131) [135)] La législation de l'insolvabilité devrait permettre aux parties intéressées, y compris au débiteur, de contester l'approbation du plan de redressement avant que celui-ci ne soit homologué ou ne lie de quelque autre manière les créanciers ~~et spécifier à quel moment le plan peut être contesté~~. Elle pourra inclure des critères pouvant servir à apprécier le bien-fondé de la contestation, notamment les suivants:

a) le processus d'approbation est entaché d'irrégularités;

b) le plan n'accorde pas aux créanciers au moins autant que ce qu'ils auraient reçu en cas de liquidation, sauf si ceux-ci acceptent un traitement moins favorable; ou

c) le plan comporte des dispositions interdites par la loi.

Effet du plan

132) La législation de l'insolvabilité devrait prévoir qu'un plan de redressement approuvé liera le débiteur, les créanciers, les parties prenantes et toute autre personne [spécifiée dans ce plan], soit de plein droit, soit après homologation du plan par le tribunal.

Homologation du plan

133) [133)] Lorsque la législation de l'insolvabilité prévoit l'homologation du plan de redressement par le tribunal, celui-ci devrait ~~la refuser~~ homologuer le plan si:

a) les conditions posées par la législation de l'insolvabilité concernant la notification de l'ouverture de la procédure, l'élaboration et la présentation du plan et de la note d'information, et l'approbation du plan ~~le processus d'approbation est entaché d'irrégularités~~ sont remplies;

b) le plan ne comporte pas de dispositions interdites par la loi;

c) le plan accorde aux créanciers au moins autant que ce qu'ils auraient reçu en cas de liquidation, à moins que ceux-ci n'aient accepté un traitement moins favorable.

Modification du plan après l'approbation [après l'homologation]

134) [136)] La législation de l'insolvabilité devrait prévoir, dans un nombre limité de cas, la possibilité de modifier le plan de redressement, en spécifiant les parties qui peuvent proposer des modifications et le moment auquel le plan pourra être modifié. Le plan pourra être modifié

notamment lorsque, après son approbation [et son homologation], son exécution échoue ou s'avère, en tout ou en partie, impossible et qu'une solution au problème peut être ~~facilement~~ trouvée.

Approbation des modifications

135) [136)] La législation de l'insolvabilité devrait prévoir un mécanisme pour l'approbation des modifications du plan. ~~Le plan modifié devrait être soumis à~~ Ce mécanisme pourra exiger l'envoi d'une notification aux créanciers et l'approbation par ces derniers ainsi que le respect des règles prévues pour l'homologation ou [*autres exigences?*].

Contestation du plan après son homologation [pendant son exécution]

136) La législation de l'insolvabilité pourra prévoir la possibilité de contester le plan une fois celui-ci homologué si le processus d'approbation est entaché d'irrégularités, si l'approbation a été obtenue par des moyens frauduleux ou [*autres motifs?*].

Supervision de l'exécution

137) [137)] La législation de l'insolvabilité pourra établir un mécanisme de supervision de l'exécution du plan, y compris par le tribunal, ou par un contrôleur nommé par le tribunal, par le représentant de l'insolvabilité, ou par un contrôleur nommé par les créanciers.

Échec de l'exécution

138) [138)] La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que si l'exécution du plan de redressement échoue et si le plan ne peut être modifié, la procédure devrait être convertie en liquidation. Les paiements effectués durant l'exécution du plan devraient être protégés contre l'exercice de pouvoirs d'annulation dans toute liquidation subséquente.

~~*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 [Reconnaissance d'un plan de redressement négocié et convenu avant l'ouverture d'une procédure de redressement]

1. Introduction

361. Comme on l'a vu plus haut dans la première partie du *Guide*, un redressement peut être opéré de différentes manières, y compris sous la supervision formelle d'un tribunal ou d'un organe administratif (la principale forme de redressement examinée dans le présent *Guide*) ou dans le cadre d'une procédure informelle ou extrajudiciaire (parfois appelée redressement volontaire), dans laquelle le tribunal intervient peu ou n'intervient pas du tout et qui dépend essentiellement de l'accord des parties concernées. Les procédures de redressement extrajudiciaire permettant d'éviter en grande partie les coûts, retards et exigences procédurales et juridiques liés aux procédures de redressement formelles, elles représentent souvent le moyen le plus efficace et le plus économique de résoudre les difficultés financières du débiteur. [A/CN.9/507, par. 244] Elles peuvent de ce fait constituer des outils précieux parmi les différentes procédures d'insolvabilité auxquelles peut recourir le milieu des affaires d'un pays.

362. [A/CN.9/507, par. 244] Les procédures de redressement extrajudiciaire 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 tel système assurant l'équité et la sécurité juridique.

2. Redressement extrajudiciaire

a) *Créanciers généralement visés*

363. [A/CN.9/507, par. 244] Une procédure de redressement extrajudiciaire suppose généralement des négociations entre le débiteur et une ou plusieurs catégories de créanciers, tels que les prêteurs, les obligataires et les actionnaires. Ces procédures font aussi souvent intervenir de gros créanciers non institutionnels, généralement lorsque l'engagement de ces créanciers est si important qu'une restructuration effective est impossible sans leur participation. Ces types de créanciers trouvent souvent avantageux de participer à une procédure de redressement extrajudiciaire qui est susceptible de réduire les pertes qu'ils subiraient normalement dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité judiciaire ordinaire.

364. Du fait que peu de catégories de créanciers participent normalement à une procédure extrajudiciaire, cette dernière est plus facile à mener qu'une procédure de redressement judiciaire ordinaire, qui touche généralement toutes les créances, y compris les créances commerciales, salariales et publiques. [A/CN.9/507, par. 244] Dans un redressement extrajudiciaire, ces types de créanciers non institutionnels continuent habituellement à être payés dans le cours normal des affaires. De ce fait, ils 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. En revanche, s'ils ne sont pas payés dans le cours normal des affaires ou cessent de l'être, ils auront le droit de demander l'ouverture d'une procédure ordinaire régie par la législation de l'insolvabilité.

b) *Facteurs empêchant de parvenir à un consensus*

365. Il est souvent impossible d'opérer un redressement extrajudiciaire du fait que les créanciers ont la possibilité de faire valoir leurs droits individuellement et qu'il est

nécessaire d'obtenir leur consentement unanime pour modifier les conditions de remboursement de certaines catégories de créances. Ce problème est aggravé dans le cas d'entreprises multinationales complexes, car il est alors particulièrement difficile d'obtenir le consentement de toutes les parties concernées. Pour faciliter les redressements extrajudiciaires, la Fédération internationale des professionnels de l'insolvabilité (INSOL) a élaboré des Principes pour une approche globale des accords de règlement amiable faisant intervenir plusieurs créanciers. [A/CN.9/WG.V/WP.55, par. 10] Ces principes ont pour but d'accélérer les procédures extrajudiciaires et d'accroître les chances de réussite de ces procédures en expliquant aux diverses catégories de créanciers comment procéder sur la base de règles convenues d'un commun accord.

366. Un redressement extrajudiciaire peut également se heurter à l'opposition d'une minorité de créanciers qui peuvent refuser un redressement qui servirait au mieux les intérêts de la plupart des créanciers afin de tirer avantage de leur position pour obtenir de meilleures conditions pour eux-mêmes au détriment des autres parties (on parle alors souvent de "résistance"). Dans ces cas, un accord négocié n'est possible que si les droits contractuels de ces créanciers opposants peuvent être modifiés sans leur consentement. [A/CN.9/507, par. 244] Dans la plupart des systèmes juridiques existants, une telle modification des droits contractuels exige que la procédure de redressement extrajudiciaire soit convertie en une procédure de redressement judiciaire ordinaire et conforme aux dispositions de la législation de l'insolvabilité, à laquelle participeront tous les créanciers et dans laquelle seront appliquées des normes permettant de protéger convenablement les intérêts des créanciers opposants. Le temps est généralement un facteur capital dans le redressement d'une entreprise, et des lenteurs (inhérentes à une procédure d'insolvabilité judiciaire ordinaire) risquent souvent d'être coûteuses, voire de compromettre le redressement. Il importe donc que le tribunal puisse tirer parti de toutes négociations et de tous travaux qui ont pu être menés avant l'ouverture d'une procédure de redressement formelle et que la législation de l'insolvabilité l'autorise à accélérer cette procédure.

3. Procédure de reconnaissance d'un plan de redressement négocié et convenu extrajudiciairement

367. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité prévoit la reconnaissance d'un plan négocié et convenu avant l'ouverture d'une procédure de redressement régie par ses dispositions et prévoit la possibilité d'accélérer cette procédure, il faudra peut-être envisager de préciser quels sont les débiteurs et les parties qui pourront être concernés.

a) *Débiteurs pouvant bénéficier de la procédure*

368. Ce type de procédure pourra s'appliquer, par exemple, à la demande de tout débiteur dont l'insolvabilité est éminente mais qui n'a pas généralement cessé ses paiements, dont l'insolvabilité est temporaire, ou qui est en mesure de continuer à payer ses créanciers commerciaux dans le cours normal des affaires mais s'est vu octroyer un moratoire pour permettre un réaménagement de sa dette financière. Lorsque la législation de l'insolvabilité exige l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dès lors que le débiteur satisfait à des critères donnés concernant sa situation financière (par exemple lorsqu'il se trouve en état de cessation des paiements), il pourra être nécessaire de prévoir une exception pour le type de procédure décrit dans la présente section ou un moratoire qui permettra au débiteur de ne pas remplir ces critères (et d'échapper ainsi aux sanctions prévues en cas de manquement à l'obligation de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité). [Lorsqu'un plan a été négocié et accepté par le débiteur et les créanciers avant le dépôt d'une demande d'ouverture, il n'est pas nécessaire d'envisager de donner aux créanciers la possibilité de déposer une telle demande.]

b) *Obligations visées*

369. Comme indiqué plus haut, sont généralement visées dans les redressements extrajudiciaires des obligations liées à la dette bancaire ou obligataire, garantie ou non garantie, et d'autres obligations financières similaires. Les créances garanties peuvent être incluses avec l'accord des créanciers concernés. Les autres types de créances, telles que celles détenues par les créanciers commerciaux et les salariés, sont généralement exclues sauf si ces créanciers acceptent individuellement un aménagement de leurs créances. Les obligations qui seront visées dans un cas d'espèce seront celles spécifiées dans le plan devant être exécuté dans le cadre de ce type de procédure.

c) *Application de la législation de l'insolvabilité*

370. Le régime prévoyant ce type de procédure devra non seulement indiquer les débiteurs qui peuvent en bénéficier ainsi que les parties qui peuvent en demander l'ouverture, mais également préciser quelles dispositions de la législation de l'insolvabilité régissant la procédure judiciaire ordinaire s'appliqueront à ce type de procédure et, en particulier, si leurs modalités d'application seront modifiées. Ainsi, les dispositions régissant la procédure judiciaire ordinaire qui s'appliqueront généralement de la même manière à la procédure extrajudiciaire (sauf modification expresse) seront celles concernant la procédure de demande, l'ouverture de la procédure, l'arrêt des poursuites, l'obligation d'établir une liste de tous les créanciers (pour l'information du tribunal, mais aussi afin que l'on sache qui est inclus dans le plan et qui en est exclu), les conditions d'approbation du plan (y compris la notification des créanciers visés, la détermination des catégories de créanciers, les comités de créanciers, les critères et les majorités requises pour l'approbation), l'effet et l'homologation du plan, et à la remise des dettes.

371. Les dispositions de la législation de l'insolvabilité qui pourraient ne pas s'appliquer à ce type de procédure concernent notamment l'exigence de l'état de cessation générale des paiements ou d'insolvabilité, la nomination du représentant de l'insolvabilité, à moins que celle-ci ne soit prévue dans le plan, la déclaration des créances, l'exigence de notification et l'exigence de respect des délais prescrits pour l'approbation du plan (lorsque la législation comporte des dispositions à ce sujet), et le vote sur le plan. Une autre exception importante à l'application de la législation de

l'insolvabilité concernerait les créanciers non visés par le plan, qui continueraient d'être payés dans le cours normal des affaires.

372. La demande d'ouverture de ce type de procédure devra sans doute être quelque peu différente d'une demande d'ouverture de procédure judiciaire ordinaire. Elle pourra comporter, par exemple, des informations sur les négociations déjà menées, sur le vote des catégories de créanciers concernés et sur les mesures de protection en faveur des créanciers opposants dans les catégories qui auront accepté le plan. Il faudra peut-être également déterminer si la demande entraînera l'ouverture automatique de la procédure ou si elle devra être examinée par le tribunal; dans ce dernier cas, il est souhaitable que le délai d'examen soit le plus bref possible.

d) *Accélération de la procédure*

373. Pour tirer pleinement parti de l'accord négocié extrajudiciairement et éviter les lenteurs qui risquent de rendre son application impossible, il faudra peut-être examiner comment ce type de procédure pourra être menée à bien plus rapidement qu'une procédure de redressement judiciaire ordinaire. [A/CN.9/507, par. 244 *a*] Par exemple, si un plan et d'autres documents remplissant les conditions de forme posées par la législation de l'insolvabilité ont été négociés de manière informelle et sont approuvés par une forte majorité, le tribunal pourra ordonner la tenue immédiate d'une réunion ou d'une audience, selon le cas, ce qui constituerait un gain de temps et d'argent. [A/CN.9/507, par. 244 *b*] Une dispense d'une partie de la procédure formelle pourra également être accordée. Par exemple, si une majorité suffisante, conformément aux règles de vote prévues dans la législation de l'insolvabilité, de créanciers d'une catégorie particulière — généralement les créanciers institutionnels — a approuvé un plan de redressement négocié de manière informelle, 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 limitée à cette catégorie de créanciers.

374. [A/CN.9/507, par. 244] Même si elle prévoit le traitement rapide de certaines affaires remplissant les conditions requises, il est hautement souhaitable que la législation de l'insolvabilité n'accorde pas dans le cadre de cette procédure aux créanciers opposants [aux créanciers qui n'approuvent pas le plan] et à d'autres parties une protection inférieure à celle dont bénéficient les créanciers opposants dans une procédure de redressement judiciaire ordinaire. Les règles procédurales applicables à ce type de procédure de redressement (accélérée) devraient donc prévoir à peu près les mêmes garde-fous et les mêmes protections que celles applicables aux procédures de redressement judiciaire ordinaires.

375. [A/CN.9/507, par. 244] Il faudra peut-être modifier d'autres lois pour encourager les redressements extrajudiciaires et les procédures de redressement accélérées ou pour en tenir compte. Ainsi faudrait-il peut-être revoir les lois qui exigent l'unanimité pour l'approbation d'un aménagement de la dette en dehors d'une procédure d'insolvabilité, celles qui rendent les administrateurs responsables des opérations effectuées durant la période de négociation d'un redressement extrajudiciaire, celles qui ne reconnaissent pas les obligations découlant de financements accordés pendant cette période ou qui en font des obligations susceptibles d'annulation et celles qui limitent la conversion de dettes en prises de participation.

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant les procédures d'insolvabilité qui combinent la négociation et l'acceptation d'un plan de redressement extrajudiciaire avec une procédure accélérée menée conformément à la législation de l'insolvabilité en vue de l'approbation de ce plan par le tribunal est:

a) de reconnaître que le redressement extrajudiciaire, qui suppose généralement une restructuration des dettes dues aux prêteurs et autres créanciers institutionnels, ainsi qu'aux gros créanciers non institutionnels lorsque leur participation est capitale pour cette restructuration, mais qui n'inclut pas toutes les catégories de créanciers, est un instrument économiquement rationnel et efficace de sauvetage des entreprises en difficulté financière;

b) d'encourager et de faciliter le recours aux redressements extrajudiciaires;

c) de mettre en place dans le cadre de la législation de l'insolvabilité une procédure qui:

i) préservera les avantages des négociations amiables lorsqu'une majorité dans chacune des catégories de créanciers [et d'actionnaires] concernés souscrit au plan de redressement;

ii) réduira au minimum les retards et les dépenses et préservera l'accord conclu dans le cadre des négociations amiables;

iii) liera les membres minoritaires de chacune des catégories de créanciers [et d'actionnaires] concernés qui n'acceptent pas le plan de redressement négocié à l'amiable;

iv) suivra les mêmes règles procédurales, à l'exception de délais plus courts, que les procédures de redressement ordinaires régies par la législation de l'insolvabilité, tout en offrant pour l'essentiel les mêmes garanties aux créanciers opposants concernés;

d) de reconnaître que les dispositions d'autres lois peuvent empêcher ou rendre difficile le recours à des procédures qui ne sont pas régies par la législation de l'insolvabilité, telles que les dispositions qui exigent l'unanimité pour l'approbation d'un aménagement de la dette en dehors d'une procédure d'insolvabilité, qui rendent les administrateurs responsables des opérations effectuées durant la période de négociation d'un redressement extrajudiciaire, qui ne reconnaissent pas les obligations découlant de financements accordés pendant cette période, et qui limitent la conversion de dettes en prises de participation.

Contenu des dispositions législatives

Ouverture de la procédure de redressement (accélérée)

139) [141)] ~~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]~~ La législation de l'insolvabilité devrait prévoir la possibilité d'engager ce type de procédure à la demande de tout débiteur [à l'exception d'une personne physique] qui ne sera pas en mesure de payer ses dettes à l'échéance (mais qui ne se trouve pas en état de cessation des paiements) lorsqu'un plan de redressement a été négocié et accepté par une majorité dans chacune des catégories de créanciers [et d'actionnaires] concernés votants et par chaque créancier concerné n'appartenant à aucune catégorie votante avant la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

Conditions requises pour présenter une demande

140) [142)] La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que lorsque le débiteur peut satisfaire aux conditions posées dans la recommandation 139 et aux conditions exigées pour l'ouverture d'une procédure de redressement ordinaire conformément à ses dispositions, la demande d'ouverture de ce type de procédure devrait être accompagnée des pièces suivantes:

a) le plan de redressement et la note [explicative] [d'information];

b) une description des activités de redressement extrajudiciaire qui ont précédé le dépôt de la demande d'ouverture, y compris [la preuve] qu'une notification appropriée a été adressée à tous les créanciers des catégories concernées et qu'ont été communiquées aux créanciers [et actionnaires] concernés des informations suffisantes pour leur permettre de se prononcer en connaissance de cause sur le plan [ou un condensé de ces informations];

c) une attestation comme quoi les créanciers non inclus dans le plan sont payés dans le cours normal des affaires et le plan ne modifie ni ne compromet les droits ou les créances des autorités fiscales ou des salariés;

d) un relevé des voix dans les catégories de créanciers [et d'actionnaires] concernés démontrant que celles-ci ont accepté le plan de redressement à la majorité fixée pour chacune d'elle par la loi;

e) une attestation comme quoi tous les créanciers individuels qui n'appartiennent à aucune des catégories concernées ont accepté le plan;

f) une analyse financière établie par [le débiteur] [un expert indépendant] [ou d'autres éléments de preuve pouvant être acceptés par le tribunal] démontrant que le plan de redressement est réalisable [et que les créanciers opposants recevront au moins autant que ce qu'ils auraient reçu dans une procédure de liquidation menée conformément à la législation de l'insolvabilité]; et

g) une liste des membres de tous comités de créanciers constitués au cours du redressement extrajudiciaire.

Effet de l'ouverture

141) [143)] La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que la demande d'ouverture [entraînera l'ouverture automatique de la procédure] [sera examinée par le tribunal aussi rapidement que possible], et que:

a) les effets de l'ouverture se limiteront au débiteur, aux créanciers individuels et aux catégories de créanciers [et d'actionnaires] [aux parties] dont les droits sont modifiés ou qui sont concernés par le plan;

b) tout comité de créanciers constitué au cours du redressement extrajudiciaire sera assimilé à un comité de créanciers constitué en application de la législation de l'insolvabilité;

c) les dispositions de la législation de l'insolvabilité applicables à la procédure de redressement ordinaire s'appliqueront également à ce type de ~~la~~ procédure de redressement ~~accélérée~~, sauf s'il est précisé qu'elles ne sont pas applicables[2]; et

d) une audience aux fins de l'homologation du plan de redressement devra avoir lieu le plus rapidement possible.

Notification de l'ouverture

142) [144)] La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que l'ouverture de ce type de procédure de redressement devrait être notifiée rapidement à tous les créanciers connus [et aux actionnaires] auxquels devraient être indiqués:

a) le montant de la créance de chacun des créanciers concernés, selon le débiteur;

b) le délai dans lequel un créancier concerné qui conteste le montant de la créance indiqué par le débiteur doit déclarer sa créance et auprès de qui;

c) la date 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

143) [145)] La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que le tribunal ~~devrait homologuer~~ homologuera 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~~ judiciaire ordinaire, pour autant que ces conditions s'appliquent aux créanciers [et aux actionnaires] concernés;

---

[2]Les dispositions de la législation de l'insolvabilité qui ne seraient pas applicables concerneraient notamment l'exigence de l'insolvabilité du débiteur; la déclaration de la totalité des créances; la notification et le respect des délais prescrits pour l'approbation du plan; les mécanismes de vote; la nomination obligatoire d'un représentant de l'insolvabilité, cette exigence n'étant maintenue que si le plan le stipule; la modification du plan après son homologation; et […]. Une exception à l'application de la législation de l'insolvabilité serait que les créanciers non concernés par le plan de redressement seraient payés dans le cours normal des affaires pendant l'exécution dudit plan.

b) la notification donnée et les informations communiquées aux créanciers [et aux actionnaires] 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 législation de l'insolvabilité];

c) l'analyse financière accompagnant la demande est satisfaisante et démontre que le plan de redressement est réalisable [et que les créanciers [et les actionnaires] 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 législation de l'insolvabilité];

d) les créanciers non concernés sont payés dans le cours normal des affaires et le plan ne modifie ni ne compromet les [droits] [créances] des autorités fiscales ou des salariés.

Effet d'un plan homologué

144) La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que le plan homologué par le tribunal dans le cadre de ce type de procédure de redressement ne devrait avoir d'effet que pour les créanciers qui ont participé à sa négociation et à son approbation.

Échec de l'exécution du plan

145) La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que, lorsque le débiteur ne s'acquitte pas des obligations découlant du plan homologué conformément à la recommandation 143, le plan devrait être arrêté et les créanciers pourraient faire valoir leurs droits, tels que modifiés par le plan.

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.13

TABLE DES MATIÈRES

[*L'introduction et la première partie du projet de guide sont publiées sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63; le chapitre premier de la deuxième partie sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 et Add.2; les sections A et B du chapitre II sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 et Add.4; les sections A à F du chapitre III sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 à 9; les sections A à D du chapitre IV sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10 et 11; le chapitre V sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12; les sections B à E du chapitre VI et le chapitre VII dans les additifs suivants*]

	Paragraphes	*Pages*
Deuxième partie (suite)		
VI. ADMINISTRATION DE LA PROCÉDURE	376-411	283
A. Le traitement des créances	376-411	283
1. Introduction	376	283
2. Déclaration des créances	377-394	284
3. Procédure de vérification et d'admission	395-411	286
Recommandations	(146)(160)	289

Les numéros de paragraphe entre crochets sont ceux des paragraphes de la précédente version du Guide *publiée sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.58.*

Les numéros de recommandation entre crochets sont ceux des recommandations qui avaient été publiées sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.61 et A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1. Dans le présent document, les ajouts aux recommandations sont indiqués par un texte souligné et les suppressions par un texte barré.

Deuxième partie (*suite*)

VI. ADMINISTRATION DE LA PROCÉDURE

A. Le traitement des créances

1. Introduction

376. [215] Dans les procédures d'insolvabilité, les créances entrent en ligne de compte à deux niveaux, premièrement pour déterminer quels créanciers peuvent voter dans le cadre de la procédure et selon quelles modalités (en fonction de la catégorie à laquelle ils appartiennent) et deuxièmement aux fins de la répartition (voir deuxième partie, chap. VI.C). La procédure de déclaration des créances et d'admission ou de rejet est donc un élément important de la procédure d'insolvabilité; il faudrait donc déterminer quels créanciers devraient être tenus de déclarer leurs créances et définir la procédure de déclaration à

appliquer, la procédure de vérification et d'admission (ou de rejet) des créances, les conséquences du défaut de déclaration d'une créance et la procédure de recours contre les décisions d'admission ou de rejet de créances. Une loi sur l'insolvabilité devrait également traiter de l'effet de la déclaration et de l'admission de créances, car cela déterminera la participation des créanciers. Par exemple la déclaration d'une créance pourra autoriser son détenteur à participer à la première assemblée des créanciers, tandis que l'admission — ou, du moins, l'admission provisoire — pourra être indispensable pour qu'un créancier puisse voter sur différentes questions au cours de la procédure.

2. Déclaration des créances

a) *Créanciers qui peuvent être tenus de déclarer leurs créances*

377. C'est essentiellement au sujet des créanciers garantis que se pose la question de savoir quels créanciers seront tenus de déclarer leurs créances, les créanciers chirographaires (qu'ils détiennent une créance conditionnelle ou liquide) étant généralement tenus de faire une déclaration (à moins, bien entendu, que la procédure ne prévoie que les créanciers ne sont pas tous astreints à déclarer leurs créances).

378. Dans les législations de l'insolvabilité qui n'incluent pas les biens grevés de sûretés dans la masse de l'insolvabilité et qui autorisent les créanciers garantis à réaliser librement leur sûreté sur les biens grevés, les créanciers garantis peuvent ne pas être tenus de déclarer leur créance dans la mesure où celle-ci sera couverte par la valeur de vente du bien grevé. Si la valeur du bien grevé est inférieure au montant de la créance du créancier garanti, celui-ci peut être tenu de déclarer sa créance en tant que créancier chirographaire ordinaire. La valeur de la créance chirographaire dépend de la valeur du bien grevé, du moment auquel cette valeur est déterminée et de la méthode d'évaluation utilisée; en l'absence de règles d'évaluation précises, il existe un risque d'incertitude, en particulier pour ce qui est de la détermination des droits de vote.

379. D'autres législations de l'insolvabilité autorisent les créanciers garantis à remettre la sûreté au représentant de l'insolvabilité et à déclarer une créance d'un montant correspondant à la valeur totale de la sûreté. D'autres encore exigent des créanciers garantis qu'ils déclarent une créance d'un montant correspondant à la valeur totale de la sûreté (que celle-ci ait ou non été remise), obligation qui, dans certaines législations, ne vaut que pour les détenteurs de certains types de sûreté tels que les charges flottantes, les *bills of sale* ou les hypothèques mobilières. Lorsque les créanciers garantis sont tenus de déclarer leur créance, les procédures de déclaration et de vérification sont généralement les mêmes que pour les créanciers chirographaires. Le fait d'obliger les créanciers garantis à déclarer leurs créances présente l'avantage de renseigner le représentant de l'insolvabilité sur l'existence de toutes les créances et sur l'ampleur du passif. Quelle que soit la démarche retenue, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité énonce clairement les règles applicables aux créanciers garantis en matière de déclaration des créances.

b) *Restrictions en ce qui concerne les créances qui peuvent être déclarées*

i) Créances nées après l'ouverture de la procédure

380. [234] Le principe est que seules peuvent être déclarées 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 la législation de l'insolvabilité. Dans de nombreuses législations, ces créances sont payables intégralement parce que considérées comme des dépenses liées à la procédure (voir deuxième partie, chap. VI.C.1 *b*).

ii) Types de créances exclues

381. [246] Pour diverses raisons d'ordre public, la législation de l'insolvabilité peut prévoir l'exclusion de certains types de créances, comme les créances fiscales étrangères, les amendes et pénalités, les créances liées à des dommages corporels, les créances liées à la négligence et les dettes de jeu. Dans d'autres législations, ces créances peuvent être déclarées, mais elles peuvent faire l'objet d'un traitement spécial, par exemple prendre rang après les autres créances chirographaires. Il est vivement souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité précise les créances qui seront exclues de la procédure d'insolvabilité (ou soumises à un traitement spécial; voir deuxième partie, chap. VI.C).

382. [247] Les créances fiscales étrangères sont actuellement exclues par de nombreux pays, ce qui est généralement considéré comme n'étant 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 chirographaires ordinaires. Ces différentes approches sont admises à l'article 13-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, lequel prévoit que l'exclusion des créances des autorités fiscales et des organismes de sécurité sociale étrangers ou l'octroi à ces créances du même rang de priorité que celui des créances non préférentielles non garanties ou d'un rang de priorité inférieur, si les créances locales équivalentes ont ce même rang inférieur, ne porte pas atteinte au principe de l'égalité de traitement des créanciers étrangers et des créanciers locaux.

383. [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 divers types de créances pouvant être exclues parce qu'illégales, la loi sur l'insolvabilité pourra exclure toute la catégorie des créances qui découlent d'une activité illégale et sont, de ce fait, non exécutoires.

384. [249] Pour ce qui est des amendes et des pénalités, la législation de l'insolvabilité pourra 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 considérer que la première catégorie devrait être exclue parce qu'elle sanctionne un

acte délictueux du débiteur dont les créanciers chirographaires ne devraient pas avoir à supporter les conséquences du fait d'une réduction des actifs disponibles à répartir. En revanche, il n'y a apparemment aucune raison impérieuse d'exclure la seconde catégorie, en particulier lorsqu'il s'agit de réparer un préjudice causé à une autre partie, sauf à faire valoir qu'une telle exclusion est un moyen d'accroître les biens disponibles pour les créanciers chirographaires. Une autre possibilité serait d'admettre les créances résultant d'amendes et de pénalités au motif qu'elles ne seraient autrement jamais payées [*autres raisons*?].

c) *Procédure de déclaration des créances*

i) Délais de déclaration des créances

385. [236] Pour faire en sorte que les créances soient déclarées sans tarder et que la procédure d'insolvabilité ne traîne pas inutilement, la loi pourrait prévoir — ou le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité pourrait fixer — des délais dans lesquels les créances devraient être déclarées. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient, par exemple, que le tribunal, s'il décide d'ouvrir une procédure, fixera un délai pour la déclaration des créances; parfois, ce délai doit se situer dans une fourchette de dix jours à trois mois, par exemple, prescrite par la loi sur l'insolvabilité. D'autres législations ne prescrivent aucun délai de déclaration, laissant parfois au représentant de l'insolvabilité le soin de fixer ce délai ou autorisant la déclaration de créances tant que le représentant de l'insolvabilité n'a pas présenté son rapport final et ses comptes. D'autres encore prévoient différents délais en fonction de la méthode de notification de l'ouverture de la procédure; lorsque le créancier est connu et est avisé personnellement de l'ouverture de la procédure, le délai peut être plus court que lorsque le créancier doit compter pour son information sur une notification publique.

386. Ces délais, s'ils aident à faire en sorte que la déclaration des créances ne retarde pas indûment la procédure, [236] 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 internationale à l'abolition de la discrimination fondée sur la nationalité du créancier, on pourrait adopter une solution qui soit permettrait de déclarer 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 déclarée en retard et que, de ce fait, des frais ont été engagés, ceux-ci pourraient être supportés par le créancier.

ii) Charge de la déclaration et de la justification des créances

387. [235] Dans de nombreuses lois sur l'insolvabilité, c'est aux créanciers qu'il appartient de déclarer et de justifier leurs créances. Ils sont généralement tenus de produire des justificatifs attestant le montant de la créance, la nature de celle-ci ainsi que les préférences ou sûretés qu'ils peuvent revendiquer. Parfois, ces informations doivent être consignées sur un formulaire standard, mais, en tout état de cause, des justificatifs doivent généralement être joints à la déclaration. Dans de nombreuses lois, le représentant de l'insolvabilité est habilité à demander aux créanciers des informations ou des justificatifs supplémentaires à l'appui de leur demande. Dans certaines lois, les créanciers n'ont parfois pas à justifier leur créance, par exemple lorsque le représentant de l'insolvabilité peut, à partir des livres et des registres du débiteur, déterminer quels créanciers il doit payer. Ces créanciers peuvent cependant être tenus de notifier leur créance au représentant de l'insolvabilité.

388. [235] Une approche n'exigeant pas des créanciers qu'ils déclarent leur créance dans tous les cas pourra être facilitée lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit, dès le lancement de la procédure, l'établissement d'une liste des créanciers et des créances soit par le tribunal soit par le débiteur, avec l'aide du représentant de l'insolvabilité. 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 d'exiger du représentant de l'insolvabilité qu'il établisse lui-même la liste, ce qui pourrait réduire les formalités liées à la vérification des créances mais risquerait d'alourdir les dépenses et d'entraîner des retards, car il faudrait que le représentant de l'insolvabilité obtienne du débiteur des informations exactes et pertinentes. Une fois la liste établie, elle pourrait servir à déterminer quels créanciers devraient être invités à déclarer leurs créances au représentant de l'insolvabilité aux fins de vérification ou à s'assurer que tous les créanciers concernés ont bien déclaré leurs créances. La liste pourrait également être révisée et actualisée au bout d'un certain temps de sorte qu'elle indique avec exactitude le niveau d'endettement du débiteur.

iii) Formalités de déclaration des créances étrangères

389. [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 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 dans le cas d'autres formalités dont il a été question à propos de l'article 14 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (voir deuxième partie, chap. VIII).

iv) Conversion des créances libellées en devises étrangères

390. [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. La date de conversion pourra avoir été convenue contractuellement entre le débiteur et le créancier, ou pourra être fixée par référence aux stades de la

procédure, tels que l'ouverture ou un stade ultérieur. Si la conversion a lieu à la date de l'ouverture de la procédure et que la monnaie se déprécie ou s'apprécie entre cette date et celle de la répartition (qui pourra être très éloignée), le montant de la créance fluctuera en conséquence. Une autre solution consiste à faire une conversion provisoire au moment de l'ouverture de la procédure aux fins du vote, et si le taux de change fluctue au-delà d'un certain pourcentage (qui pourra être stipulé dans la loi sur l'insolvabilité) pendant la période précédant la répartition, à faire la conversion définitive au moment de la répartition ou à ajuster de façon appropriée le calcul précédent.

v) Partie autorisée à recevoir les déclarations de créance

391. L'une des deux approches suivantes est généralement adoptée par les législations de l'insolvabilité sur ce point: la créance doit être déclarée soit au tribunal soit au représentant de l'insolvabilité, généralement selon que la vérification est opérée par celui-ci ou celui-là.

d) *Défaut de déclaration des créances*

i) Défaut de déclaration dans le délai stipulé

392. Différentes approches sont adoptées à l'égard des créances non déclarées dans le délai stipulé (lorsque la loi sur l'insolvabilité, le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité impose un tel délai). Certaines législations adoptent une approche souple et prévoient que nonobstant la fixation d'un délai, les créanciers peuvent continuer de déclarer des créances jusqu'à ce que le représentant de l'insolvabilité ait présenté son rapport final et ses comptes relatifs à la liquidation; le créancier, toutefois, doit assumer les dépenses additionnelles liées à une déclaration tardive. L'une des conséquences possibles d'une telle déclaration est que le créancier ne puisse pas participer aux répartitions provisoires intervenant avant la déclaration (ou l'admission) de la créance; certaines législations cependant autorisent le créancier à percevoir, une fois la créance admise, les dividendes provisoires décidés antérieurement. Une autre conséquence est la perte du droit de vote aux assemblées de créanciers.

393. Une autre approche consiste à exiger le strict respect des délais de déclaration, le défaut de déclaration pouvant, dans certaines législations, entraîner l'extinction de la créance ou l'annulation ou la perte de sûretés. On notera, cependant, qu'une des législations qui suit cette approche exige que les créanciers protégés par des sûretés enregistrées ou par des accords de crédit-bail soient personnellement informés de l'ouverture de la procédure et de la nécessité de déclarer leur créance. Dans d'autres législations, le créancier qui n'a pas déclaré sa créance doit demander au tribunal d'admettre cette dernière. Une fois la créance admise, le créancier ne participera qu'aux futurs dividendes.

ii) Défaut de déclaration d'une créance avant la clôture de la procédure

394. Le défaut de déclaration d'une créance avant la publication du rapport final et des comptes peut aboutir à différents résultats en fonction d'autres dispositions de la loi sur l'insolvabilité. Certaines des lois qui prévoient la libération du débiteur à la clôture de la procédure d'insolvabilité prévoient également la perte des créances non déclarées [*existe-t-il d'autres approches*?].

3. Procédure de vérification et d'admission

a) *Liste des créances déclarées*

395. Dans de nombreuses législations, le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité, selon que les déclarations doivent être adressées à l'un ou à l'autre, est tenu d'établir une liste des créances déclarées, soit après l'expiration du délai de déclaration des créances, soit de façon continue lorsqu'il n'existe aucun délai. Lorsque la loi sur l'insolvabilité exige l'établissement d'une liste de créanciers (voir par. 388), la liste de créances actualise celle-ci. Elle peut servir de base pour la vérification et l'admission des créances ainsi que pour la notification de la réception, de l'admission ou du rejet de créances, suivant la procédure d'admission applicable. [239] De nombreuses lois prévoient que tous les créanciers identifiés et identifiables doivent recevoir notification des créances qui ont été produites. Cela permettra aux créanciers de voir quelles créances ont été déclarées et de contester les créances d'autres créanciers (lorsque la loi sur l'insolvabilité l'autorise). Cette notification peut s'effectuer personnellement, par voie de publication dans des revues ou journaux commerciaux appropriés ou en déposant la liste au tribunal.

b) *Procédures de vérification et d'admission*

396. [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, prioritaires, etc.).

i) Délai de vérification et d'admission

397. Plusieurs législations imposent des délais pour la vérification et l'admission des créances, exigeant qu'une décision soit communiquée aux créanciers dans un bref délai, par exemple trente jours après l'expiration du délai de déclaration. D'autres législations ne prévoient pas de délai.

ii) Procédure d'admission

398. Lorsque les créances sont déclarées au représentant de l'insolvabilité, les législations prévoient leur admission par le représentant de l'insolvabilité, ou la convocation par ce dernier d'une assemblée des créanciers aux fins de leur examen. Lorsque les créances sont déclarées au tribunal, c'est celui-ci qui convoquera l'assemblée des créanciers, ou le tribunal consacrera une audience à l'examen des créances. Le fait que certaines législations exigent des créanciers étrangers qu'ils assistent en personne à ces assemblées pour que leurs créances puissent être admises peut être un problème. Cette condition risquant de contrarier l'objectif de l'égalité de traitement des créanciers placés dans la même

position, il est souhaitable que les créances de créanciers étrangers puissent être admises sur la base de justificatifs sans que s'y ajoute la formalité de la comparution personnelle.

399. [242] De nombreuses lois prévoient que lorsque les créances doivent être déclarées au représentant de l'insolvabilité, c'est à celui-ci qu'il appartient de les vérifier et de décider si elles doivent ou non être admises, dans leur intégralité ou en partie. Le créancier sera informé de la décision du représentant de l'insolvabilité et, lorsque la créance est rejetée, ou n'est admise que partiellement, le représentant de l'insolvabilité est généralement tenu de motiver (souvent par écrit) sa décision. Une telle obligation va dans le sens de la transparence de la procédure et rend celle-ci plus prévisible pour les créanciers. Dans certaines législations, les décisions du représentant de l'insolvabilité concernant l'admission des créances doivent être consignées au fur et à mesure sur la liste des créances déposée auprès du tribunal ou rendues publiques de quelque autre manière de façon à faciliter leur examen par les autres créanciers et par le débiteur. Dans plusieurs législations, lorsque, après avoir dûment informé les créanciers, le représentant de l'insolvabilité ne reçoit aucune objection à l'encontre d'une créance qu'il propose d'admettre, celle-ci est réputée admise.

400. Dans certaines législations, le représentant de l'insolvabilité est tenu de réunir les créanciers pour examiner les créances déclarées sur la base de la liste qu'il a établie. Doivent parfois être consignées sur cette liste ses recommandations concernant l'admission, la valeur et le rang de priorité des diverses créances. Lorsqu'il n'est fait, à cette assemblée, aucune objection à l'admission de créances, les recommandations du représentant de l'insolvabilité peuvent être réputées approuvées ou les créances peuvent être réputées admises. Une procédure analogue est suivie lorsque les créances sont déclarées au tribunal.

401. [243] Pour limiter les formalités de vérification et d'admission des créances, une solution autre que celles exposées ci-dessus serait de prévoir que les créances non réglées au moment de l'ouverture de la procédure seront admises automatiquement sans vérification, à moins qu'elles ne soient contestées. Cette approche nécessiterait un mécanisme de détermination des créances existantes, les livres et registres du débiteur ne constituant pas toujours une source d'informations suffisamment fiable ou complète pour recenser toutes les créances. Si l'admission aut omatique 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 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 aux assemblées tenues 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, ou que les créanciers puissent accepter comme correct le montant de leur créance apparaissant dans les registres tenus par le débiteur dans le cours normal des affaires. Il pourrait être souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité traite la question des fausses créances et des sanctions applicables.

iii) Admission provisoire des créances

402. [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. Les créances peuvent aussi être conditionnelles, éventuelles ou non échues au moment de l'ouverture de la procédure (ces dernières feront généralement l'objet d'une déduction correspondant au laps de temps qui reste à courir avant l'échéance).

403. [240] Lorsque le montant de la créance ne peut être déterminé, ou ne l'a pas été, au moment où celle-ci doit être déclarée, de nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient l'admission provisoire de la créance ou l'affectation à celle-ci d'une valeur provisoire. L'admission de créances provisoires soulève un certain nombre de 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 celle de savoir s'il faut opter pour la liquidation ou le redressement ou encore l'approbation du plan de redressement; et la question de savoir si, en tant que créanciers minoritaires, les créanciers provisoires peuvent être liés par un plan auquel ils n'ont pas donné leur agrément (voir deuxième partie, chap. V). Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité prévoit l'admission provisoire de créances, il faudra sans doute s'interroger sur le point de savoir si celles-ci seront, dès le départ, soumises à la même procédure que les autres créances. Par exemple, lorsque l'admission nécessite une audience du tribunal ou la convocation d'une assemblée des créanciers, les créances susceptibles d'être provisoirement admises pourraient être soumises à cette procédure, ou pourraient d'abord être admises par le représentant de l'insolvabilité, sans préjudice du droit d'une partie opposante de contester cette créance, et être soumises à la même procédure d'approbation à un stade ultérieur.

c) *Créances contestées*

404. [245] Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité autorise la contestation d'une créance déclarée dans le cadre de la procédure d'insolvabilité — que la contestation porte sur le montant, le rang de priorité ou le fait générateur — elle peut également indiquer quelles parties sont admises à le faire. Dans certaines lois, seul le représentant de l'insolvabilité est habilité à contester les créances, tandis que dans d'autres lois d'autres parties intéressées, y compris les créanciers et le débiteur, sont autorisées à le faire. En fonction des procédures de déclaration et d'admission des créances, la contestation peut s'effectuer auprès du représentant de l'insolvabilité, devant le tribunal ou lors de l'audience ou de l'assemblée des créanciers tenue pour

examiner les créances. Lorsqu'une telle assemblée ou audience a lieu, l'établissement d'une liste provisoire des créances admises, que ce soit par le tribunal ou par le représentant de l'insolvabilité, et la communication de cette liste à tous les créanciers avant l'audience ou l'assemblée faciliteront l'examen des créances. Lorsque des créances sont contestées en dehors de la procédure d'insolvabilité, elles peuvent généralement, en fonction de leur nature, tomber dans l'une des catégories de créances qui peuvent être provisoirement admises dans le cadre de cette procédure.

405. [245] Lorsque des créances sont contestées, que ce soit par un créancier, par le représentant de l'insolvabilité ou par le débiteur, un mécanisme de règlement rapide du litige est essentiel au bon déroulement de la procédure. En l'absence d'un tel mécanisme, la faculté de contester les créances risquerait d'être utilisée pour entraver la procédure ou la retarder indûment. Dans la plupart des législations, le litige doit être tranché par le tribunal de sorte que la décision soit définitive.

d) *Effet de l'admission d'une créance*

406. [244] L'admission d'une créance établit le droit du créancier d'assister à l'assemblée des créanciers et le montant pour lequel celui-ci sera habilité à voter à cette assemblée, que ce soit pour l'élection du représentant de l'insolvabilité ou pour l'approbation du plan de redressement. Elle déterminera également le montant dont le représentant de l'insolvabilité devra tenir compte lors de la répartition du produit de la masse entre les créanciers. L'admission provisoire d'une créance conférera généralement au créancier le droit de participer à la procédure au même titre que les autres créanciers, à ceci près qu'il ne pourra parfois pas recevoir de dividendes tant que le montant de la créance n'aura pas été définitivement fixé et la créance définitivement admise. Lorsque la créance n'est finalement pas pleinement admise et que le créancier a voté dans le cadre de la procédure, sa participation au vote peut être annulée.

e) *Compensation des créances réciproques* [*à coordonner avec le chapitre III.F*]

407. Comme noté plus haut dans le chapitre III.F, un certain nombre de législations prévoient, à certaines conditions, la compensation dans la procédure d'insolvabilité d'obligations monétaires réciproques contractées entre le débiteur et les créanciers. Ces conditions sont par exemple que les créances aient existé et aient été exigibles au moment de l'ouverture de la procédure; que le créancier ait acquis la créance sans fraude ou n'ait pas connu la situation financière de son débiteur; que le créancier n'ait pas acquis la créance pendant la période suspecte; que le créancier ait déclaré au représentant de l'insolvabilité son intention de solliciter une compensation; et que les créances soient liées. Quelques très rares législations prévoient une compensation obligatoire en cas d'insolvabilité, tandis que plusieurs autres n'autorisent pas la compensation au motif qu'elle viole le principe *pari passu*.

f) *Créances appelant un traitement spécial*

i) Créances afférentes à l'administration de la procédure

408. [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 des 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.

409. [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 énoncer, par exemple, des critères précis, quoique souples, concernant ces dépenses. On pourrait notamment subordonner l'engagement de telles dépenses 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 celle-ci. [*Note à l'intention du Groupe de travail: y a-t-il des exemples de lois comportant de tels critères*?]

410. [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 normal 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.

ii) Personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur

411. [233] Une attention particulière devra sans doute être accordée à la catégorie des créanciers qui ont avec le débiteur des liens familiaux ou d'affaires (point examiné plus haut, voir deuxième partie, chap. III.E.3 *e)*. Un traitement à part des créances de ces personnes se justifiera souvent étant donné qu'il y a plus de chances pour qu'elles 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 des créances à exclure, il convient de se demander si elles devraient être admises et traitées de la même manière que celles détenues par les autres créanciers ou être admises sous réserve qu'il leur soit appliqué un traitement

particulier. Le simple fait d'une relation privilégiée avec le débiteur peut ne pas toujours suffire, cependant, à justifier un traitement particulier de la créance d'un créancier. Parfois, ces créances seront totalement transparentes, et elles devraient alors être traitées de la même manière que les créances analogues déclarées par des créanciers n'ayant pas de relation privilégiée avec le débiteur; dans d'autres cas, elles pourront susciter des soupçons et mériter une attention particulière. Il pourra être utile qu'une loi sur l'insolvabilité comporte un mécanisme permettant de déceler ces types de comportement ou les situations dans lesquelles des créances mériteront une attention particulière, comme lorsque le débiteur est sous-capitalisé ou lorsque ont eu lieu des opérations d'initié. Dans ces cas, la créance pourra être réduite dans les proportions autorisées ou classée parmi les créances de dernier rang, ou les droits de vote du créancier ayant des liens privilégiés avec le débiteur pourront être limités (par exemple pour le choix du représentant de l'insolvabilité).

iii) Créances d'intérêt
(voir deuxième partie, chap. VI.C.1 *g*)

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet de dispositions relatives au traitement des créances est:

a) d'indiquer les créances qui peuvent être déclarées et le traitement qui doit leur être accordé;

b) de permettre aux personnes qui détiennent une créance contre un débiteur de faire connaître leur droit de créance sur la masse de l'insolvabilité;

c) d'établir un mécanisme de vérification et d'admission ou de rejet (en totalité ou en partie) des créances;

d) de prévoir un recours en cas de contestation de créances;

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.~~

Contenu des dispositions législatives

146) La législation de l'insolvabilité devrait établir un mécanisme de déclaration des créances par les créanciers, d'admission ou de rejet des créances ainsi que de traitement des créances[1]. Elle pourrait également prévoir un mécanisme permettant l'admission automatique des créances non contestées sur la base, par exemple, [*des livres et registres du débiteur...*]. Elle devrait réduire au minimum les formalités de déclaration des créances.

147) [99)] La législation de l'insolvabilité devrait disposer que les créances pouvant être déclarées comprennent 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 [créance liquide] ou indéterminé [créance non liquide], certains ou conditionnels. Elle devrait, s'il y a lieu, indiquer les créances qui ne seront pas soumises à la procédure d'insolvabilité[2].

Créances garanties

148) La législation de l'insolvabilité devrait clairement indiquer le régime applicable aux créances garanties — si sont tenus de déclarer leurs créances tous les créanciers garantis, ou seulement ceux qui sont insuffisamment garantis — et préciser les conséquences de la déclaration ou du défaut de déclaration d'une créance.[3]

Égalité de traitement des créanciers se trouvant dans la même position

149) [100)] La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que tous les créanciers se trouvant dans la même position, y compris les créanciers étrangers, seront placés sur un pied d'égalité en ce qui concerne la déclaration et le traitement de leurs créances.

Délai de déclaration

150) [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 certain délai 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[4].

Conséquences du défaut de déclaration

151) [102)] La législation de l'insolvabilité devrait traiter des conséquences du défaut de déclaration d'une créance dans le délai spécifié ou avant la répartition finale et la clôture de la procédure.

[1] La législation de l'insolvabilité devrait traiter des créances qui peuvent nécessiter un traitement particulier, telles que celles des créanciers étrangers, les créances libellées en monnaie étrangère, les créances conditionnelles ou non monétaires, les créances d'intérêt, et les créances non échues.

[2] Dans certaines législations, par exemple, des créances telles que les amendes et pénalités [infligées par les pouvoirs publics] et les créances fiscales ne sont pas soumises à la procédure d'insolvabilité. Elles continuent d'exister indépendamment de cette procédure et ne sont pas comprises dans l'effacement du passif.

[3] Voir la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, art. 14-3 et le par. 111 du Guide pour son incorporation. Voir aussi la recommandation 24, chap. II.B.

[4] Si c'est l'option *b* qui a été retenue et qu'une créance n'est déclarée que tardivement dans la procédure, le créancier pourra être tenu d'accepter de ne pas bénéficier des répartitions qui auront pu être réalisées avant la déclaration de la créance.

Créances libellées en monnaie étrangère

152) [103)] En ce qui concerne les créances libellées en monnaie étrangère, la législation de l'insolvabilité devrait indiquer le moment auquel se fera leur conversion en monnaie locale. Cette conversion pourra se faire au taux en vigueur à une date convenue contractuellement entre le débiteur et le créancier, ou à la date de la demande d'ouverture, ou de l'ouverture, de la procédure [ou à quelque autre moment de la procédure d'insolvabilité].

Justification des créances

153) [104)] La législation de l'insolvabilité devrait prévoir qu'un créancier pourra être tenu de justifier sa créance auprès du tribunal ou, à défaut, auprès du représentant de l'insolvabilité sans avoir à comparaître personnellement.

Admission ou rejet des créances

154) [105)] La législation de l'insolvabilité devrait prévoir l'admission ou [le rejet], en totalité ou en partie, des créances par le représentant de l'insolvabilité. Lorsqu'il rejette une créance, celui-ci devrait être tenu de motiver sa décision.

155) [105)] La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que les créanciers dont les créances n'ont pas été admises ou sont contestées dans la procédure d'insolvabilité auront un droit de recours devant le tribunal. Elle devrait également prévoir qu'une partie intéressée pourra introduire devant le tribunal un recours contre l'admission de toute créance.

156) La législation de l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité, lorsqu'il vérifie les créances, à trancher la question de la compensation.

Admission provisoire

157) [106)] La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que, pour faciliter la conduite de la procédure et, en particulier, le vote des créanciers, 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 litige soit tranché par le tribunal.

158) [107)] La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que l'évaluation d'une créance pourra 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

159) [108)] La législation de l'insolvabilité devrait établir les effets de l'admission, y compris provisoire, d'une créance. Ces effets pourraient être notamment les suivants:

a) permettre au créancier de voter lors d'une assemblée des créanciers, en particulier pour l'approbation ou le rejet d'un plan de redressement;

b) déterminer ~~[la catégorie dans laquelle le créancier est habilité à voter]~~ le rang qui revient à la créance du créancier;

c) déterminer le montant pour lequel le créancier est habilité à voter;

d) sauf en cas d'admission provisoire d'une créance, permettre au créancier de participer à une répartition[5].

Créances déclarées par des parties ayant des liens privilégiés avec le débiteur

160) [109)] La législation de l'insolvabilité devrait spécifier que les créances déclarées par des parties ayant des liens privilégiés avec le débiteur devraient être examinées de près et que, dans certaines circonstances, par exemple en cas de sous-capitalisation du débiteur ou s'il y a eu des opérations d'initié:

~~*a)* l'examen minutieux des créances;~~

b) les droits de vote de la partie ayant des liens privilégiés pourront être restreints;

~~*c)* le déclassement de la créance;~~

d) le montant de la créance de la partie ayant des liens privilégiés pourra être réduit.

[5]Toutefois, au moment de la répartition, le représentant de l'insolvabilité pourra être tenu de tenir compte des créances qui ont été admises provisoirement ou qui ont été déclarées mais n'ont pas encore été admises: voir la recommandation 171.

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14

TABLE DES MATIÈRES

[*L'introduction et la première partie du projet de guide sont publiées sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63; le chapitre premier de la deuxième partie sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 et Add.2; les sections A et B du chapitre II sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 et Add.4; les sections A à F du chapitre III sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 à 9; les sections A à D du chapitre IV sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10 et 11, le chapitre V sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12, la section A du chapitre VI sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.13, les sections A et B du chapitre VII sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.15 et les sections D et E du chapitre VI seront publiées sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.16*]

	Paragraphes	*Pages*
Deuxième partie (suite)		
VI. ADMINISTRATION DE LA PROCÉDURE	412-441	291
B. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure	412-420	291
1. Besoin de financement postérieur à l'ouverture de la procédure	412-414	291
2. Sources du financement postérieur à l'ouverture de la procédure	415	292
3. Attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure — octroi d'une sûreté ou d'une priorité	416-420	292
Recommandations	(161)(165)	293
C. Priorités et répartition [du produit de la liquidation]	421-441	294
1. Priorités	421-439	294
2. Répartition	440-441	297
Recommandations	(166)(171)	297

Les numéros de paragraphe entre crochets sont ceux des paragraphes de la précédente version du Guide publiée sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.58.

Les numéros de recommandation entre crochets sont ceux des recommandations qui avaient été publiées sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.61 et A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1. Dans le présent document, les ajouts aux recommandations sont indiqués par un texte souligné et les suppressions par un texte barré.

Deuxième partie (*suite*)

VI. ADMINISTRATION DE LA PROCÉDURE

B. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

1. Besoin de financement postérieur à l'ouverture de la procédure

412. [187] La continuation de l'entreprise du débiteur après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est essentielle dans le cas d'un redressement et, dans une moindre mesure, dans le cas d'une liquidation où l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de ses activités. Pour maintenir son activité, il faut que le débiteur dispose de fonds pour continuer à payer les biens et les services qui lui sont indispensables, y compris les coûts de main-d'œuvre, l'assurance, le loyer, la continuation des contrats et autres dépenses d'exploitation, ainsi que les coûts liés à la préservation de la valeur des biens. Il peut également être nécessaire, dans les cas de liquidation où des fonds sont nécessaires pour poursuivre les activités de l'entreprise pendant une courte période, de faciliter la cession des biens. Dans certains cas, le débiteur peut déjà disposer d'actifs liquides suffisants, sous forme de disponibilités ou d'autres actifs pouvant être convertis en liquidités (tels que le produit attendu de créances de sommes d'argent), pour couvrir les dépenses courantes. Dans d'autres, ces dépenses peuvent être couvertes par la trésorerie dont dispose le débiteur grâce à l'arrêt des poursuites et à la cessation des paiements concernant les créances antérieures à l'ouverture de la procédure. Lorsque le débiteur n'a pas de fonds disponibles pour faire face à ses besoins immédiats de trésorerie, il devra chercher un financement auprès de tiers. Ce financement peut prendre la forme d'un crédit

fournisseur consenti au débiteur par des vendeurs de biens et de services, de prêts ou d'autres formes de financement accordés par des prêteurs.

413. Pour assurer la continuité de l'entreprise, lorsque tel est l'objectif de la procédure, il est éminemment souhaitable que les besoins de nouveau financement soient déterminés à un stade précoce, voire, dans certains cas, pendant la période entre la demande d'ouverture et l'ouverture de la procédure. Dans de nombreux pays, cependant, un financement pendant la période précédant l'ouverture de la procédure soulève des questions délicates concernant les pouvoirs d'annulation et la responsabilité du prêteur et du débiteur. Ainsi, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que lorsqu'un prêteur avance des fonds à un débiteur insolvable, il peut être responsable de toute augmentation des créances des autres créanciers imputable à ce qui n'est qu'un ajournement de l'ouverture de la procédure de liquidation. Au-delà de cette période initiale, en particulier dans une procédure de redressement, la disponibilité d'un nouveau financement dans la période comprise entre l'ouverture de la procédure et l'examen du plan sera également importante; en règle générale, la question de l'obtention d'un financement après l'approbation du plan devrait être traitée par celui-ci, en particulier lorsque la loi interdit de contracter de nouveaux emprunts à moins que le plan n'en reconnaisse la nécessité.

414. [187] La loi sur l'insolvabilité peut admettre la nécessité d'un financement 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, et notamment les incitations qui peuvent être offertes à un créancier potentiel pour obtenir de lui un financement. Dans la mesure où la solution adoptée influe sur les droits des créanciers garantis antérieurs ou de ceux qui détiennent un droit réel sur les actifs établi antérieurement, 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 commerciales ainsi qu'avec la nécessité de protéger les droits et priorités des créanciers antérieurs à l'ouverture de la procédure et de réduire au minimum tout effet préjudiciable sur l'offre de crédit, en particulier de financement garanti, qui risquerait de résulter d'une modification de ces droits et priorités. En règle générale, la valeur économique des droits des créanciers garantis antérieurs devrait être protégée afin que ceux-ci ne subissent pas de préjudice excessif. Si nécessaire (et comme on l'a déjà vu dans le cadre de la protection de la masse de l'insolvabilité; voir deuxième partie, chap. III.B.5), les créanciers garantis antérieurs devraient bénéficier de protections supplémentaires permettant de préserver la valeur économique de leurs sûretés, telles que des versements périodiques ou des sûretés sur d'autres biens se substituant à tous les biens susceptibles d'être utilisés par le débiteur ou grevés pour obtenir un nouveau financement. Outre les questions de disponibilité et de sûreté ou de priorité pour ce qui est des nouveaux prêts, il faudrait peut-être que la loi sur l'insolvabilité examine le sort des fonds qui ont pu être avancés avant que le redressement échoue, dans les cas où l'entreprise débitrice doit ensuite être liquidée. Certaines lois prévoient que toute sûreté constituée à l'occasion d'un nouveau prêt peut être annulée dans une liquidation ultérieure, d'autres que les créanciers auxquels priorité est donnée en échange de l'obtention d'un nouveau financement la conserveront dans toute liquidation ultérieure.

2. Sources du financement postérieur à l'ouverture de la procédure

415. [188] Quelques catégories seulement de prêteurs sont susceptibles d'accorder un financement postérieur à l'ouverture de la procédure. La première est celle des prêteurs ou des vendeurs de biens d'avant l'insolvabilité qui sont en relation continue avec le débiteur et son entreprise et peuvent avancer d'autres fonds ou accorder un crédit fournisseur 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'avaient pas de relations 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 et au crédit postérieurs à l'ouverture de la procédure. Pour les prêteurs antérieurs, il existe d'autres incitations, comme la continuité de la relation avec le débiteur et son entreprise, l'assurance que les conditions des prêts consentis avant l'ouverture de la procédure ne seront pas changées et, en vertu de certaines lois, le risque, s'ils ne fournissent pas de financement postérieur à l'ouverture, que leur priorité soit rétrogradée au profit du prêteur qui, lui, le fournit.

3. Attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure — octroi d'une sûreté ou d'une priorité

416. [189] Il y a différents moyens d'attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure et d'en garantir le remboursement. [190] De nombreuses lois sur l'insolvabilité 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. Lorsque le prêteur exige une sûreté, celle-ci peut être constituée sur un bien non grevé ou être une sûreté de rang inférieur sur un bien déjà grevé, quand la valeur de ce dernier est nettement supérieure au montant de l'obligation garantie. Dans ce cas, le créancier garanti antérieur n'a en général besoin d'aucune protection particulière, sauf si les circonstances changent par la suite.

417. [189] Lorsque ces solutions ne sont pas suffisantes ou ne peuvent être proposées, par exemple parce qu'il n'y a pas de biens non grevés ou que ceux qui le sont déjà n'ont pas une valeur supérieure au montant de l'obligation garantie, les lois sur l'insolvabilité adoptent diverses approches en ce qui concerne l'obtention d'un nouveau financement. Certaines ne traitent pas expressément cette question et ne prévoient d'accorder aucune priorité au remboursement du nouveau prêt. Lorsque le débiteur ne peut offrir en garantie aucun bien non grevé ou que le prêteur n'est pas disposé à prendre le risque d'accorder un financement sans sûreté, aucun nouveau financement ne sera disponible.

418. [189] Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient qu'un nouveau prêt bénéficiera d'une certaine priorité de remboursement sur les autres créanciers, y compris dans certains cas sur les créanciers garantis antérieurs. Il peut s'agir d'un privilège d'administration (voir deuxième partie, chap. VI.C), qui accordera une priorité de remboursement sur les créanciers chirographaires ordinaires, mais non sur un créancier garanti par rapport à la valeur de sa garantie. Dans certains cas, cette priorité est donnée au motif que le nouveau financement est accordé au représentant de l'insolvabilité plutôt qu'au débiteur et devient une dépense de la masse de l'insolvabilité. Certaines lois sur l'insolvabilité exigent alors l'approbation du tribunal ou des créanciers, tandis que d'autres prévoient que le représentant de l'insolvabilité peut obtenir le financement nécessaire sans cette approbation, bien que dans ce cas sa responsabilité personnelle puisse être engagée dans une certaine mesure. Il est probable qu'une telle exigence n'incite guère à rechercher de nouveaux financements.

419. [189] D'autres lois sur l'insolvabilité prévoient un "superprivilège" d'administration, autrement dit une priorité sur les créanciers titulaires de créances d'administration, ou donnent une priorité sur tous les créanciers, y compris les créanciers garantis (on parle parfois de "privilège"). Dans les pays qui autorisent ce dernier type de priorité, les tribunaux de l'insolvabilité tiennent compte du risque qu'il représente pour les créanciers garantis antérieurs et ne l'autorisent qu'avec réticence et en dernier recours. L'octroi de cette priorité peut être soumis à certaines conditions: les créanciers garantis concernés doivent en être informés et ont le droit d'être entendus par le tribunal; le débiteur doit prouver qu'il ne peut obtenir le financement nécessaire si cette priorité n'est pas accordée; les créanciers garantis concernés doivent bénéficier d'une protection adéquate contre toute diminution de la valeur économique de leurs sûretés; etc. Dans certains systèmes juridiques, toutes ces options visant à attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure sont disponibles.

420. Il peut être souhaitable, en examinant la question de l'autorisation, de prendre en compte le préjudice qui risque de résulter ou l'avantage susceptible de découler d'un nouveau financement. Bien que de nombreuses lois sur l'insolvabilité exigent une autorisation du tribunal, dont l'intervention peut contribuer à promouvoir la transparence et à donner des assurances supplémentaires aux prêteurs, le représentant de l'insolvabilité sera souvent mieux à même d'évaluer la nécessité d'un nouveau financement. En tout état de cause, le tribunal ne pourra en général fonder sa décision sur des avis ou des informations autres que ceux fournis par le représentant de l'insolvabilité. D'autres solutions pourraient consister à fixer un seuil au-delà duquel l'approbation du tribunal est nécessaire, ou à n'exiger cette approbation que lorsque les créanciers concernés s'opposent aux propositions du représentant de l'insolvabilité.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet de dispositions relatives au financement et au crédit postérieurs à l'ouverture de la procédure est:

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.

Contenu des dispositions législatives

161) [110)] La législation de l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité d'obtenir un financement et un crédit postérieurs à l'ouverture de la procédure lorsqu'il considère que ce financement et ce crédit sont nécessaires 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 loi sur l'insolvabilité pourrait disposer que l'autorisation du tribunal ou des créanciers est nécessaire.

~~[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

162) [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 [y compris des biens acquis après l'ouverture de la procédure] ou d'une sûreté de rang inférieur constituée sur des biens déjà grevés du débiteur.

163) [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 antérieure sur les mêmes biens, sauf si le représentant de l'insolvabilité en avise le titulaire de la sûreté antérieur et obtient son accord ou s'il applique la procédure décrite dans la recommandation [(114)].

164) [114)] La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que, lorsque le titulaire de la sûreté antérieur 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;~~

a) que le [créancier garanti] [titulaire de la sûreté] antérieur ait été avisé et qu'on lui ait donné la possibilité d'être entendu par le tribunal;

b) que le débiteur puisse prouver qu'il ne peut obtenir le financement par un autre moyen; et

c) que les intérêts du [créancier garanti] [titulaire de la créance] antérieur soient suffisamment protégés~~, notamment que la valeur de la fraction non grevée du bien soit suffisante pour que le créancier garanti antérieur ne subisse pas un préjudice déraisonnable en raison d'un droit de préférence accordé au financement postérieur à l'ouverture de la procédure.~~

Droit de préférence accordé au financement postérieur à l'ouverture de la procédure

165) [115)] La législation de l'insolvabilité devrait établir la priorité pouvant être accordée 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)~~ [y compris les créanciers chirographaires qui bénéficient d'une priorité des créances afférentes à l'administration de la procédure]. Lorsqu'une procédure de redressement est converti en liquidation, toute priorité accordée à un financement postérieur à l'ouverture de la procédure devrait continuer à être reconnue dans le cadre de la liquidation.

C. Priorités et répartition [du produit de la liquidation]

1. Priorités

421. [253] La répartition du produit de la masse se fait généralement en fonction du classement des créanciers par catégorie. Dans la mesure où différents créanciers ont conclu différents arrangements commerciaux avec le débiteur, leur classement peut se justifier par le fait qu'il est souhaitable que le système d'insolvabilité reconnaisse et respecte ces arrangements et encourage l'égalité de traitement des créanciers qui sont dans des situations similaires. L'établissement d'un système de classement clair et prévisible aux fins de la répartition peut contribuer à faire en sorte que les créanciers soient sûrs de leurs droits au moment de conclure des arrangements commerciaux avec le débiteur et, dans le cas du crédit garanti, faciliter l'octroi de celui-ci. [215] Les principes régissant la répartition non seulement se fondent sur ces catégories, qui reposent sur les relations juridiques et commerciales entre le débiteur et ses créanciers, mais reflètent aussi très souvent des choix tenant compte d'intérêts généraux importants (telle la protection de l'emploi), du fait qu'il est souhaitable d'assurer le déroulement harmonieux et efficace de la procédure d'insolvabilité (en accordant la priorité à la rémunération des professionnels de l'insolvabilité et aux dépenses liées à l'administration de l'insolvabilité) et de promouvoir la continuation de l'entreprise et son redressement (en accordant la priorité au financement postérieur à l'ouverture de la procédure).

422. Les lois sur l'insolvabilité adoptent des méthodes très diverses pour classer les créanciers, qu'il s'agisse de l'ordre de priorité des différentes catégories ou du traitement des créanciers appartenant à la même catégorie, par exemple les créanciers désignés globalement par le terme "chirographaires".

a) *Créanciers garantis*

423. [218] De nombreuses lois sur l'insolvabilité reconnaissent le droit des créanciers garantis d'obtenir en premier satisfaction de leur créance, en étant payés soit sur le produit de la vente des biens spécifiques grevés, soit sur les fonds généraux. Le mode de répartition qui leur est applicable dépend de la méthode employée pour les protéger durant la procédure. Si la protection de la sûreté a été assurée par la préservation de la valeur du bien grevé, le créancier garanti aura généralement une créance prioritaire sur le produit de la vente de ce bien à concurrence de la valeur de sa créance garantie (pour autant que celle-ci n'excède pas la valeur du bien). Si la protection de la sûreté a été assurée par la fixation de la valeur de la fraction garantie de la créance au moment de l'ouverture de la procédure, le créancier aura généralement une créance prioritaire sur le produit de la masse à hauteur de cette valeur. Lorsque la créance du créancier garanti excède la valeur du bien grevé, ou la valeur de la créance garantie fixée à l'ouverture de la procédure (au cas où cette approche est retenue), la fraction non garantie de la créance est généralement traitée, aux fins de la répartition, comme une créance ordinaire non assortie d'une sûreté.

424. [219] Dans les lois sur l'insolvabilité qui n'accordent pas une priorité de premier rang aux créanciers garantis, le remboursement de ces derniers peut passer après les dépenses d'administration et d'autres créances protégées par la règle du premier rang, telles que les créances salariales impayées, les créances fiscales, les créances environnementales et les créances pour préjudice personnel. Dans d'autres lois, le montant pouvant être recouvré (en priorité) par les créanciers garantis sur les biens garantissant leur créance est limité à un certain pourcentage de cette dernière. La fraction soustraite sert généralement à désintéresser d'autres créanciers — créanciers ayant un rang de priorité moins élevé ou créanciers chirographaires ordinaires — ou à couvrir la rémunération et les dépenses du représentant de l'insolvabilité ainsi que les dépenses afférentes à la préservation et à l'administration de la masse, lorsque la valeur des biens de celle-ci est insuffisante à cette fin. Une des justifications de cette approche est que le créancier garanti devrait, d'une manière qui soit équitable, partager certaines des pertes des autres créanciers dans le cas d'une liquidation et certaines dépenses dans le cas d'un redressement. Il est néanmoins souhaitable que les exceptions de ce type à la règle du premier rang des créanciers garantis soient limitées pour éviter l'incertitude quant au recouvrement du crédit garanti, afin d'encourager l'octroi de ce type de crédit et réduire les frais y afférents.

425. [219] Lorsque le produit net de la réalisation du bien grevé sert directement à désintéresser le créancier garanti, celui-ci en général, à la différence des créanciers chirographaires, ne contribuera pas (directement ou indirectement) à l'ensemble des dépenses découlant de la procédure d'insolvabilité, à moins que ne soient prévues des

dispositions comme il est indiqué ci-dessus. Toutefois, il peut encore être tenu, dans de tels cas, de contribuer à d'autres dépenses directement liées à ses intérêts, telles que les dépenses d'administration encourues pour le maintien de la valeur du bien grevé. Si le représentant de l'insolvabilité a engagé des dépenses à cet effet, il peut être raisonnable de recouvrer ces dépenses en tant que dépenses d'administration sur le montant qui, en d'autres circonstances, aurait été réglé en priorité au créancier garanti sur le produit de la vente du bien. Une autre exception peut aussi être faite à la règle du premier rang dans le cas de priorités pour le financement postérieur à l'ouverture de la procédure, où il faudrait que l'effet de ces priorités sur les intérêts des créanciers garantis soit clair au moment de l'obtention du financement, du fait en particulier que celui-ci peut avoir été approuvé par lesdits créanciers (voir deuxième partie, chap. VI.B).

b) *Créances d'administration*

426. [220] Les dépenses d'administration afférentes à la procédure d'insolvabilité l'emportent souvent sur les créances non garanties et cette préférence est généralement accordée pour assurer le paiement des parties agissant pour le compte de la masse de l'insolvabilité. Ces dépenses comprennent habituellement la rémunération du représentant de l'insolvabilité et de tous professionnels qu'il emploie; les dettes découlant de l'exercice attendu des fonctions et des attributions du représentant de l'insolvabilité (ou, dans certains cas, du débiteur) (voir deuxième partie, chap. IV.A et B); les dépenses découlant de la continuation des obligations contractuelles (contrats de travail et baux par exemple); les frais de la procédure (frais de justice par exemple) et, dans certaines lois sur l'insolvabilité, la rémunération de tous professionnels employés par un comité des créanciers.

c) *Créances prioritaires ou privilégiées*

427. [223] Les lois sur l'insolvabilité confèrent souvent des droits de priorité à certaines créances (principalement des créances non garanties) qui, en conséquence, seront réglées avant les autres créances, non garanties et non privilégiées (ou moins privilégiées). Ces droits, qui sont souvent fondés sur des considérations sociales, et parfois politiques, vont à l'encontre du principe de la répartition *pari passu* et s'exercent généralement au détriment des créances non garanties ordinaires du fait qu'ils réduisent la valeur des actifs à répartir entre les créanciers chirographaires ordinaires. L'octroi de tels droits risque de susciter des débats stériles sur les catégories de créanciers qui devraient être prioritaires et pour quelles raisons. En outre, il a des répercussions sur le coût du crédit, qui augmentera à mesure que diminuera le montant des fonds disponibles aux fins de la répartition entre les autres créanciers.

428. [226] Certaines priorités sont motivées par des préoccupations sociales auxquelles il peut être plus facile de répondre en dehors du droit de l'insolvabilité — par exemple dans la législation sur la protection sociale — qu'en élaborant une loi sur l'insolvabilité pour atteindre des objectifs sociaux n'ayant qu'un rapport indirect avec les questions d'endettement et d'insolvabilité. Le fait de prévoir une priorité dans la loi sur l'insolvabilité peut au mieux apporter un remède incomplet et insuffisant, au problème social tout en diminuant l'efficacité de la procédure d'insolvabilité. Si l'on veut introduire des priorités dans une loi sur l'insolvabilité ou s'il existe dans d'autres lois des priorités qui influeront sur le fonctionnement de la loi sur l'insolvabilité, il est souhaitable de les énoncer ou d'y faire référence clairement dans cette dernière (et, si nécessaire, de les classer avec les autres créances). Ce sera un moyen de donner au moins certitude, transparence et prévisibilité au régime d'insolvabilité quant à son impact sur les créanciers, ce qui permettra aux prêteurs d'évaluer avec plus de justesse les risques auxquels ils s'exposent.

429. [225] Certaines lois récentes sur l'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. C'est ainsi que quelques pays ont supprimé récemment la priorité traditionnellement accordée aux créances fiscales. Dans d'autres pays, en revanche, on observe une tendance à la multiplication des catégories de créances jouissant d'une priorité. Le maintien d'une multiplicité de positions prioritaires différentes pour de nombreux types de créances risque de rendre plus difficile la réalisation des objectifs fondamentaux de la procédure d'insolvabilité et de nuire à l'efficacité du processus. Il risque de créer des injustices et, en cas de redressement, de compliquer l'élaboration du plan. En outre, il ne faut pas oublier que le fait de modifier l'ordre de répartition pour créer ces priorités n'augmentera pas le montant total des fonds que pourront se partager les créanciers, mais ne fera qu'avantager un groupe de créanciers aux dépens d'un autre. Plus les catégories de créanciers prioritaires seront nombreuses, plus les autres groupes auront des arguments pour réclamer eux aussi un traitement prioritaire. Et plus les créanciers recevant un traitement prioritaire seront nombreux, moins ce traitement sera avantageux.

430. Parmi les facteurs qui pourraient être pris en considération pour décider s'il y a des raisons impérieuses d'accorder un statut préférentiel à un type particulier de dette, on peut citer la nécessité de donner effet à des obligations internationales; la nécessité de trouver un équilibre entre intérêts privés et publics et envisager les autres moyens permettant de tenir compte de ces derniers; l'opportunité d'inciter les créanciers à gérer le crédit efficacement et à en fixer les taux au niveau le plus bas possible; l'incidence qu'une créance jugée préférentielle aurait sur le coût de la transaction ou sur les coûts d'exécution; et l'opportunité d'établir des distinctions subtiles entre les catégories de créanciers au risque d'amener une catégorie à assumer une plus large part des créances impayées.

431. [224] De nombreuses approches différentes sont adoptées à l'égard du type de créances auxquelles sera accordée une priorité et de la nature de cette dernière. Les types de priorités varient suivant les pays, mais deux catégories sont particulièrement fréquentes. La première correspond aux salaires et prestations (sécurité sociale et pensions) dus aux salariés et la seconde aux créances fiscales. La prise en compte de la priorité des créances fiscales peut revêtir une importance particulière dans les affaires transnationales. Une solution serait de refuser la priorité à

l'ensemble des créances fiscales étrangères. Une autre serait de leur reconnaître un certain type de priorité, peut-être de portée limitée, soit lorsqu'il y a réciprocité pour ce qui est de leur reconnaissance, soit lorsque la procédure d'insolvabilité relative à un débiteur unique est administrée conjointement par plusieurs États. L'article 13 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale souligne l'importance du principe de non-discrimination en ce qui concerne le rang de priorité des créances étrangères, mais dispose également que les pays qui ne reconnaissent pas les créances des autorités fiscales et des organismes de sécurité sociale étrangers peuvent maintenir cette discrimination[1].

i) Créances des salariés

432. Dans la plupart des pays, les créances des travailleurs (créances salariales, indemnités dues pour congés payés, indemnités pour d'autres absences rémunérées et primes de départ) constituent une catégorie de créances prioritaires, qui dans un certain nombre de cas passent avant les créances fiscales et les créances de sécurité sociale. [224] Cette approche va dans le sens général de la protection spéciale accordée aux salariés dans d'autres domaines du droit de l'insolvabilité (voir deuxième partie, chap. III.D.6) ainsi que de l'approche de certaines conventions internationales[2]. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, le fait que le maintien de l'emploi est considéré comme prioritaire par rapport aux autres objectifs de la procédure d'insolvabilité, tels que la maximisation de la valeur de la masse au profit de l'ensemble des créanciers, est attesté par l'accent mis sur la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de son activité (avec transfert des obligations existantes concernant l'emploi), par opposition à la liquidation ou au redressement, où ces obligations peuvent être modifiées ou résiliées.

433. Dans certains pays, les créances des salariés se voient accorder un droit de priorité, mais auront le même rang que les créances fiscales et les créances de sécurité sociale dans une catégorie unique de créances prioritaires et peuvent être réglées au prorata de leur montant au cas où les fonds sont insuffisants. Dans d'autres pays, elles ne sont pas prioritaires et occupent le rang de créances non garanties ordinaires, encore que dans certains cas le règlement de certaines obligations nées au cours de périodes spécifiées (par exemple, pour les salaires et rémunérations, les trois mois précédant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité) puisse être garanti par l'État par le biais d'un fonds de garantie des salaires. Un tel fonds peut lui-même avoir une créance sur la masse et avoir ou non la même priorité sur cette dernière que les créances des salariés en fonction de considérations de principe telles que l'utilisation des deniers publics (par opposition aux actifs du débiteur insolvable) pour financer la provision de garantie des salaires. [230] Dans la pratique, le fonds jouit généralement des mêmes droits que les salariés, au moins jusqu'à hauteur d'un montant spécifié qui peut être exprimé en montant de salaires ou en nombre de semaines de salaire.

ii) Créances fiscales

434. [224] Les créances fiscales se voient souvent octroyer un droit de priorité aux fins de la protection des recettes publiques. Un certain nombre d'autres raisons ont été avancées pour justifier l'octroi d'un tel droit à ce type de créances, entre autres le fait qu'il pouvait être bénéfique au processus de redressement — du fait que les autorités fiscales seront encouragées à retarder le recouvrement des impôts auprès d'une entité commerciale en difficulté au motif qu'elles obtiendront ultérieurement un paiement prioritaire dans le cadre de l'insolvabilité — et que, l'État étant un créancier non commercial et involontaire, certaines options en matière de recouvrement de dettes commerciales peuvent lui être fermées. Cela dit, le fait d'accorder une priorité à ce type de créances peut avoir un effet pernicieux, car le non-recouvrement des impôts risque de compromettre l'application uniforme des lois fiscales et de constituer une forme de subvention de l'État remettant en cause la discipline qu'un régime d'insolvabilité est censé favoriser. De plus, il risque d'encourager les autorités fiscales à négliger le contrôle des débiteurs et le recouvrement des dettes selon des méthodes commerciales qui contribueraient à empêcher l'insolvabilité et la dépréciation des actifs.

d) *Créanciers chirographaires ordinaires*

435. [227] Une fois désintéressés tous les créanciers garantis et prioritaires, le solde de la masse de l'insolvabilité est généralement réparti entre les créanciers chirographaires ordinaires au prorata de leurs créances. Il peut y avoir des subdivisions au sein de cette catégorie, certaines créances étant considérées comme subordonnées ou bénéficiant d'une priorité comme on l'a vu plus haut. Certaines des créances généralement subordonnées sont examinées ci-après.

e) *Propriétaires et actionnaires*

436. [232] Les propriétaires et les actionnaires peuvent avoir des créances résultant de prêts accordés au débiteur et des créances résultant de leur participation au capital du débiteur. De nombreuses lois sur l'insolvabilité font une distinction entre ces différentes créances. S'agissant des créances résultant d'une participation au capital, nombre de ces lois adoptent la règle générale selon laquelle les propriétaires et les actionnaires de l'entreprise ne sont pas inclus dans la répartition du produit de la liquidation des actifs tant que toutes les autres créances qui ont un rang de priorité supérieure n'ont pas été intégralement remboursées (y compris les créances relatives aux intérêts échus après l'ouverture de la procédure). Ainsi, les actionnaires et les propriétaires figureront rarement parmi les bénéficiaires d'une répartition au titre de leur participation au capital du débiteur. Lorsqu'une partie du produit leur revient, la répartition est généralement opérée en fonction du rang des parts spécifié dans le droit des sociétés et les statuts de

[1]Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, paragraphe 2 de l'article 13 et note 2.

[2]Par exemple, la Convention de l'OIT concernant la protection des créances des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur, 1992 (n° 173). L'article 8-1 dispose que "la législation nationale doit placer les créances des travailleurs à un rang de privilège plus élevé que la plupart des autres créances privilégiées, et en particulier celles de l'État et de la sécurité sociale". Cette convention est entrée en vigueur en 1995.

l'entreprise. Toutefois, les créances relatives au principal d'une dette, comme celles qui se rapportent à des prêts, ne sont pas toujours subordonnées.

f) *Créanciers liés au débiteur*

437. [233] Il peut être nécessaire d'accorder une attention particulière à la catégorie des créanciers qui ont avec le débiteur des liens familiaux ou d'affaires (voir, plus haut, deuxième partie, chap. III.E.3 *e* et VI.A). En vertu de certaines lois sur l'insolvabilité, ces créances passent toujours après les autres; en vertu d'autres lois, elles ne sont subordonnées qu'en cas de comportement inéquitable ou quasi frauduleux. Lorsqu'elles sont subordonnées, elles peuvent passer après les créances non garanties ordinaires. Le traitement de ce type de créances peut obéir à d'autres principes, qui reposent non sur un ordre de priorité mais sur des restrictions au droit de vote ou sur le montant de la créance qui sera admis dans le cadre de la procédure.

g) *Amendes, pénalités et intérêts échus postérieurement à l'ouverture de la procédure*

438. [227] Certains pays traitent les créances telles que les gratifications, les amendes et les pénalités (qu'elles soient administratives, pénales ou autres) comme des créances ordinaires non garanties et les font passer après les autres créances non garanties. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, ces types de créances sont purement et simplement exclus.

439. Il y a différentes approches concernant le cours et le paiement des intérêts sur les créances. Certaines lois sur l'insolvabilité disposent que les intérêts cessent de courir sur l'ensemble des créances non garanties dès l'ouverture d'une procédure de liquidation mais que, dans le cas d'un redressement, leur paiement dépendra de ce qui est convenu dans le plan. Selon d'autres lois prévoyant que les intérêts puissent continuer de courir après l'ouverture de la procédure, le paiement peut être subordonné et intervenir seulement après le remboursement de toutes les autres créances non garanties.

2. Répartition

440. [254] Lorsqu'il existe plusieurs catégories de créances avec des rangs de priorité différents, les créances d'un même rang seront en général réglées intégralement avant que ne soient réglées celles du rang suivant. 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 n'établissent 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.

441. [255] Il peut être souhaitable d'indiquer, dans le cadre d'une procédure de redressement, que le règlement intégral des créances prioritaires est une condition de la confirmation du plan, à moins que les créanciers prioritaires touchés ne conviennent d'autres dispositions [*raisons*?]. Un plan de redressement peut proposer un ordre de priorité différent de celui qui est prévu par la loi sur l'insolvabilité dans le cas d'une liquidation, à condition que les créanciers appelés à se prononcer par un vote au sujet du plan approuvent une telle modification.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

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 ou confirmation du plan de redressement;

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;

[*c)* de préciser les circonstances limitées dans lesquelles est permis un ordre de priorité dans la répartition.]

Contenu des dispositions législatives

166) [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.

167) [117)] La législation de l'insolvabilité devrait limiter au minimum les droits de préférence accordés à des catégories de créances non garanties. Lorsque des droits de préférence résultent du droit commun, ils devraient être énoncés clairement dans la législation de l'insolvabilité.

168) [118)] Les créances garanties devraient être payées sur le produit de la réalisation de la sûreté, sous réserve de créances ayant éventuellement un rang supérieur à celui de la créance garantie[3].

169) [119)] En ce qui concerne le paiement des catégories de créances autres que les créances garanties, la

[3]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".

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 différées ou subordonnées;

e) débiteur (c'est-à-dire les actionnaires ou propriétaires du débiteur).

170) [120)] En ce qui concerne le paiement des créances d'une même catégorie, la législation de l'insolvabilité devrait prévoir, comme principe général, que ces créances occupent le même rang les unes par rapport aux autres, à moins que les créanciers concernés n'en conviennent autrement. 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, le montant disponible devrait être réparti au prorata des créances.

171) [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.

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.15

TABLE DES MATIÈRES

[*L'introduction et la première partie du projet de guide sont publiées sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63; le chapitre premier de la deuxième partie sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 et Add.2; les sections A et B du chapitre II sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 et Add.4; les sections A à F du chapitre III sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 à 9; les sections A à D du chapitre IV sous les cotes Add.10 et 11; le chapitre V sous la cote Add.12; les sections A à C du chapitre VI sous les cotes Add.13 et 14, et les sections D et E du chapitre VI seront publiées sous la cote Add.16*]

	Paragraphes	*Pages*
Deuxième partie (suite)		
VII. RÈGLEMENT DE LA PROCÉDURE	442-454	299
A. Décharge	442-451	299
1. Décharge du débiteur dans la procédure de liquidation	442-450	299
2. Remise de dettes ou réaménagement de créances dans la procédure de redressement	451	300
Recommandations	(172)(173)	300
B. Clôture de la procédure	452-454	300
1. Liquidation	453	301
2. Redressement	454	301
Recommandations	(174)(175)	301

Les numéros de paragraphe entre crochets sont ceux des paragraphes de la précédente version du Guide publiée sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.58.

Les numéros de recommandation entre crochets sont ceux des recommandations qui avaient été publiées sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.61 et A/CN.9/WG.V/ WP.61/Add.1. Dans le présent document, les ajouts aux recommandations sont indiqués par un texte souligné et les suppressions par un texte barré.

Deuxième partie (*suite*)

VII. RÈGLEMENT DE LA PROCÉDURE

A. Décharge

1. Décharge du débiteur dans la procédure de liquidation[1]

442. [256] Il est probable qu'un certain nombre de créanciers n'auront pas été payés intégralement après la répartition des biens d'un débiteur dans la procédure de liquidation. La loi sur l'insolvabilité devra donc déterminer s'ils conserveront une créance sur ce débiteur ou si le débiteur sera libéré ou "déchargé" de ces créances résiduelles.

443. [257] Lorsque le débiteur est une société anonyme ou à responsabilité limitée, la question de la décharge en cas de liquidation ne se pose pas: ou bien la loi prévoit la disparition de la personne morale, ou bien elle prévoit que 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. Si l'entreprise du débiteur 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 impayées après la liquidation.

444. On prend de plus en plus conscience dans certains milieux qu'il est nécessaire de reconnaître la défaillance des entreprises comme un élément normal de l'économie et d'admettre que tant les entreprises fragiles que les entreprises saines peuvent faire faillite, quoique pour des raisons différentes, et ce sans que leurs dirigeants aient nécessairement été irresponsables, imprudents ou malhonnêtes. Les personnes qui ont échoué dans une entreprise peuvent tirer des leçons de cette expérience et certaines études montrent qu'elles réussissent souvent très bien par la suite dans d'autres entreprises commerciales. C'est pourquoi un certain nombre de pays ont estimé que leur régime d'insolvabilité devait non seulement traiter de l'administration de la faillite, mais aussi viser à aider les débiteurs insolvables à prendre un nouveau départ en apurant leur situation financière et en prenant d'autres mesures propres à atténuer l'opprobre qui accompagne la faillite, au lieu de sanctionner le débiteur. Il faut donc adapter les dispositions du droit de l'insolvabilité régissant la décharge de manière à en supprimer les conditions et restrictions superflues, mais aussi encourager les banques et l'ensemble de la collectivité à considérer différemment la faillite et aider et soutenir ceux qui sont impliqués dans une faillite. Parallèlement, le régime d'insolvabilité doit protéger le public et la communauté commerciale des débiteurs qui ont mené leurs affaires financières de façon irresponsable, imprudente ou malhonnête.

445. [258] Les lois sur l'insolvabilité abordent différemment la question de la décharge. Dans certaines, le débiteur reste responsable des créances impayées, sous réserve des délais de prescription applicables (qui peuvent parfois être très longs, par exemple dix ans), et peut en outre être soumis à un certain nombre de conditions et restrictions concernant ses activités professionnelles, commerciales et personnelles. Ce type de règle privilégie la relation entre débiteur et créancier: le maintien de la responsabilité du débiteur après la liquidation vise à la fois à discipliner le comportement financier de ce dernier et à inciter les créanciers à accorder des concours financiers. Parallèlement, elle peut contribuer à restreindre les possibilités et faire obstacle à l'innovation et à l'activité entrepreneuriale car les sanctions sont sévères en cas de faillite.

446. [258] D'autres lois en revanche prévoient la décharge complète, immédiatement après la liquidation, du débiteur honnête qui n'a commis aucune fraude. Ce faisant, elles mettent l'accent sur l'avantage du "nouveau départ" qui résulte de la décharge et visent souvent à encourager le développement d'une classe d'entrepreneurs. Elles reconnaissent également que le surendettement est une réalité économique actuelle et qu'il devrait être pris en compte dans une loi sur l'insolvabilité. 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.

447. [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, a enfreint la législation du travail ou des lois relatives à la protection de l'environnement, n'a pas tenu les registres appropriés, n'a pas participé de bonne foi à la procédure d'insolvabilité ou n'a pas coopéré avec le représentant de l'insolvabilité, n'a pas communiqué ou a dissimulé des informations, a continué ses activités alors qu'il se savait insolvable, a contracté des dettes alors qu'il ne pouvait raisonnablement escompter qu'il serait en mesure de les rembourser, et a dissimulé ou détruit des biens ou des registres après la demande d'ouverture d'une procédure.

448. [259] Il existe différentes approches des conditions qui s'appliquent à la décharge dans ce type de cas. Dans certains pays, la décharge est accordée au terme d'un délai qui peut être assez long ou est soumise à des conditions et à des restrictions, ou bien elle peut être subordonnée à une combinaison de ces deux mesures. Dans certains des pays où une décharge est accordée, certaines créances peuvent en être exclues, telles que celles qui découlent d'une obligation alimentaire (pension versée au conjoint divorcé ou au profit des enfants du débiteur), 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, d'exercer une activité commerciale pendant une période déterminée ou à lui interdire, le cas échéant, d'exercer sa profession pendant une période déterminée. Elles peuvent également prévoir que la décharge est accordée à condition que le débiteur n'acquière pas par la suite une importante fortune permettant de payer ses dettes antérieures. La durée d'application de ces dispositions varie en

[1]Ces paragraphes portent sur la libération du débiteur en tant que personne physique.

fonction de la situation du débiteur. 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'il puisse bénéficier d'une nouvelle décharge, ou même demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité pouvant déboucher sur une nouvelle décharge. Enfin, une autre approche impose des restrictions à la décharge lorsque, par exemple, le débiteur a déjà bénéficié d'une décharge pendant un certain temps avant l'ouverture de la procédure en cours et que les paiements effectués à ce titre ont été inférieurs à un pourcentage fixé.

449. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient également qu'une décharge peut être suspendue lorsque le débiteur ne s'acquitte pas d'une obligation, ou annulée dans certains cas, notamment lorsqu'elle a été obtenue par fraude, lorsque le débiteur a retenu frauduleusement des informations concernant des biens qui devraient entrer dans la masse ou ne s'est pas plié aux décisions du tribunal.

450. [260] S'agissant de la décharge des personnes physiques exerçant une activité commerciale, il faudrait peut-être tenir compte de la distinction 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, plusieurs 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. Étant donné que le crédit à la consommation est souvent utilisé pour le financement d'une petite entreprise, comme capital de démarrage ou pour les fonds de fonctionnement, il n'est pas toujours possible 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 peut être impossible d'avoir pour les particuliers des règles différentes selon qu'il s'agit de dettes commerciales ou de dettes liées à la consommation.

2. Remise de dettes ou réaménagement de créances dans la procédure de redressement

451. [298] Afin de donner au débiteur 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, 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.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

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.

Teneur des dispositions législatives

Liquidation

172) [122)] Lorsque la législation sur 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[2];

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.

Redressement

173) [138)] Une fois que le plan de redressement a été pleinement exécuté, le débiteur devrait être libéré de toutes les dettes prises en compte par celui-ci.

B. Clôture de la procédure

452. Les lois sur l'insolvabilité adoptent différentes approches quant à la manière de mettre fin à la procédure, aux conditions préalables à la clôture et aux procédures à suivre.

[2]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 et le chapitre VI.A de la deuxième partie.

1. Liquidation

453. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité adoptent une approche qui exige généralement que le représentant de l'insolvabilité, à l'issue de la réalisation et de la répartition des biens, convoque une réunion des créanciers et leur présente une comptabilité finale. Si les créanciers approuvent cette comptabilité, il suffit alors en vertu de certaines lois (lorsque le débiteur est une personne morale), pour que l'entité débitrice soit dissoute, que les comptes finals et un rapport de la réunion finale soient déposés auprès de l'organisme administratif chargé de l'enregistrement des personnes morales, tandis que d'autres lois exigent qu'une demande formelle soit adressée au tribunal pour qu'il ordonne la dissolution. On observe quelques variantes de cette approche générale, notamment des modalités légèrement différentes selon que la procédure est volontaire ou involontaire.

2. Redressement

454. [299] En général, les lois sur l'insolvabilité adoptent l'une des deux ou trois approches retenues en matière de clôture de la procédure de redressement. La procédure de redressement peut être réputée achevée lorsque le plan de redressement n'est pas approuvé (par les créanciers ou par le tribunal) (voir la section A.6 du chapitre V de la deuxième partie); lorsque les dettes ont été remises conformément au plan et que ce dernier a par ailleurs été pleinement exécuté (qu'il ait été ou non nécessaire d'obtenir une décision du tribunal, encore que certaines lois disposent que le représentant de l'insolvabilité peut être libéré de ses obligations par une décision du tribunal); et lorsque le tribunal ordonne qu'il soit mis fin à la procédure en raison d'un défaut d'exécution (parce que le plan ne peut être exécuté ou que la situation financière du débiteur continue de se détériorer). La procédure peut également prendre fin conformément aux dispositions du plan ou de tout autre accord contractuel avec les créanciers. Lorsqu'il est mis fin à la procédure sans exécution du plan de redressement, la loi sur l'insolvabilité peut prévoir, et le tribunal peut aussi ordonner, la conversion de la procédure en liquidation, afin d'éviter que le débiteur ne reste insolvable, sa situation financière n'ayant pas été résolue. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité adoptent une approche différente et prévoient que la procédure de redressement est achevée une fois que les créanciers ont approuvé le plan. Dans ce cas, l'exécution des droits et obligations prévus par le plan relèvera d'une autre loi que la loi sur l'insolvabilité.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions législatives concernant la clôture est:

a) de faire en sorte que la législation de l'insolvabilité prévoie des modalités de clôture de la procédure une fois que l'objectif de cette dernière a été atteint ou de règlement des cas où cet objectif ne peut être atteint;

b) de prévoir, s'il y a lieu, la dissolution de l'entreprise débitrice.

Teneur des dispositions législatives

Liquidation

174) [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*]

Redressement

175) [139)] La législation sur l'insolvabilité devrait prévoir la clôture de la procédure de redressement une fois que le plan de redressement est pleinement exécuté. Le tribunal peut ordonner qu'il soit mis fin à la procédure lorsque l'exécution du plan échoue, que le plan ne peut être exécuté ou que la situation financière du débiteur continue de se détériorer. [Lorsqu'il est mis fin à la procédure sans exécution du plan, la législation sur l'insolvabilité devrait prévoir la conversion de la procédure en liquidation]. ~~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*]

C. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa trente-septième session: Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

A/CN.9/WG.V/WP.64

1. À sa trente-cinquième session (2002), la Commission a noté avec une satisfaction particulière les efforts déployés par le Groupe de travail VI (Sûretés) et le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) pour coordonner leurs travaux sur un sujet d'intérêt commun: le traitement des sûretés en cas de procédure d'insolvabilité. Un vif soutien a été exprimé en faveur d'une telle coordination, qui a été considérée dans l'ensemble comme étant d'une importance cruciale pour donner aux États des orientations détaillées et cohérentes pour ce qui est du traitement des sûretés dans la procédure d'insolvabilité. La Commission a approuvé une suggestion visant à réviser le chapitre X du projet de guide législatif sur les opérations garanties à la lumière des principes fondamentaux convenus par les Groupes de travail V et VI

(voir A/CN.9/511, par. 126 et 127 et A/CN.9/512, par. 88). Elle a également approuvé une suggestion tendant à assurer une coordination plus étroite des travaux des deux groupes de travail, notamment en faisant en sorte que ceux-ci tiennent une réunion conjointe d'une journée lors de leurs prochaines sessions[1].

2. Afin de faciliter les discussions lors de la réunion conjointe des Groupes de travail V et VI prévue pour le 16 décembre 2002, il est dressé dans la présente note une liste des parties du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité (figurant dans les documents A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 à 16) qui traitent des incidences que le droit de l'insolvabilité peut avoir sur les créanciers garantis. Contrairement au projet de guide législatif sur les opérations garanties, le projet de guide sur l'insolvabilité ne traite pas de ces questions dans un chapitre distinct, mais examine dans chacune des sections la situation des créanciers garantis. Pour certains des sujets abordés, le *Guide* fait expressément référence aux créanciers garantis et à la façon dont ils peuvent être concernés. Pour d'autres, il ne les mentionne pas expressément car les incidences seront les mêmes pour les créanciers garantis que pour tous les autres créanciers, par exemple pour ce qui a trait aux critères d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Les références ci-après (soit les paragraphes pertinents du commentaire et des recommandations) renvoient tant aux sections qui traitent spécifiquement des créanciers garantis qu'aux références à ces créanciers figurant dans des paragraphes qui portent sur d'autres questions.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 17*, A/57/17, par. 203.

Chapitre III

A.2 *a*	Biens entrant dans la masse de l'insolvabilité	Add.5, par. 60 à 62, 66 Rec. 27
B.3 *b*	Portée de l'arrêt des poursuites	Add.6, par. 73, 75 à 77, 80 à 83
B.4 *a*	Arrêt discrétionnaire ou automatique des poursuites	par. 84
B.4 *b*	Moment à partir duquel s'applique l'arrêt des poursuites	par. 87
B.4 *c*	Durée de l'arrêt des poursuites	par. 91 et 92
B.4 *e*	Assouplissement des modalités d'application de l'arrêt	par. 94
B.5	Protection des créanciers garantis	par. 96 à 102 Rec. 40 à 42
C.1 *b*	Vente de biens grevés d'une sûreté	Add.7, par. 109 et 110
C.1 *f*	Remise de biens grevés d'une sûreté	par. 113
C.3	Biens appartenant à des tiers	par. 116 Rec. 44, 45 et 51
E.3 *d*	Catégories d'opérations susceptibles d'annulation	Add.9, par. 170 Rec. 71

Chapitre IV

C.1	Catégories de créanciers	Add.11, par. 261 et 262
C.2 *d*	Comité des créanciers	par. 269, 278 à 280
C.2 *e*	Vote des créanciers	par. 292 Rec. 110

Chapitre V

A.4	Le plan de redressement	Add.12, par. 321
A.5	Approbation du plan	par. 325, 327, 329 à 334
A.6	Lorsque le plan est soumis à l'approbation des créanciers mais n'est pas approuvé	par. 346 et 347
A.8 *a*	Objections contre l'approbation du plan	par. 349
A.8 *b*	Mesures nécessaires pour l'homologation par le tribunal	par. 351

B	Procédure de redressement (accélérée)	Add.12, par. 369
Chapitre VI		
A.2 *a*	Créanciers pouvant être tenus de déclarer leurs créances	Add.13, par. 377 à 379 Rec. 148 et 157
B.1	Besoin de financement postérieur à l'ouverture de la procédure	Add.14, par. 414
B.3	Attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure — octroi d'une sûreté	par. 416 à 420 Rec. 162 à 164
C.1 *a*	Priorités — créanciers garantis	Add.14, par. 423 à 425 Rec. 168

D. Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa vingt-huitième session (New York, 24-28 février 2003)

(A/CN.9/530) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Pages*
I.	INTRODUCTION: RÉSUMÉ DES DÉBATS ANTÉRIEURS DU GROUPE DE TRAVAIL	1-9	304
II.	ORGANISATION DE LA SESSION	10-16	305
III.	RÉSUMÉ DES DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS	17-19	305
IV.	ÉLABORATION D'UN PROJET DE GUIDE LÉGISLATIF SUR LE DROIT DE L'INSOLVABILITÉ	20-122	306
	Deuxième partie. Chapitre III. Traitement des biens à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité	20-37	306
	E. Procédure d'annulation (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9)	20-25	306
	Recommandations	20-25	306
	F. Compensation, compensation globale et contrats financiers	26-37	307
	Recommandations	26-37	307
	Deuxième partie. Chapitre IV. Participants et institutions	38-73	308
	A. Le débiteur (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10)	38-46	308
	Recommandations	38-46	308
	B. Le représentant de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10)	47-56	309
	Recommandations	47-56	309
	C. Les créanciers (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11)	57-73	311
	Recommandations	57-73	311
	Catégories de créanciers	57-58	311
	Participation des créanciers	59-73	311
	D. Cadre institutionnel (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11)	74	313
	Deuxième partie. Chapitre V. Redressement	75-101	313
	A. Le plan de redressement (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12)	75-93	313
	Recommandations	75-93	313
	B. Redressement accéléré (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12)	94-101	316
	Recommandations	94-101	316
	Deuxième partie. Chapitre VI. Administration de la procédure	102-122	317
	A. Créances	102-115	317
	Recommandations	102-115	317
	B. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure	116-122	318
	Recommandations	116-122	318

I. INTRODUCTION: RÉSUMÉ DES DÉBATS ANTÉRIEURS DU GROUPE DE TRAVAIL

1. 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. 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 une instance appropriée pour examiner les questions du 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'était 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'était 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 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 que cette notion d'approche souple ait reçu un écho favorable, 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 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 avait décidé d'organiser une session exploratoire d'un groupe de travail en vue de l'élaboration d'une proposition, qui lui serait soumise à sa trente-troisième session, sur les travaux qu'il serait possible d'entreprendre. Cette session s'est tenue 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 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[1].

5. Il avait 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 (IBA). Pour connaître les vues de ces organisations et tirer parti de leurs connaissances spécialisées, le secrétariat avait 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, 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 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*[2].

8. À sa vingt-quatrième session, qui s'est tenue à New York du 23 juillet au 3 août 2001, le Groupe de travail (Droit de l'insolvabilité) avait commencé à examiner le premier 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. Les travaux se sont poursuivis aux vingt-cinquième, vingt-sixième et vingt-septième sessions du Groupe de travail, tenues respectivement à Vienne du 3 au 14 décembre 2001, à New York du 13 au 17 mai 2002 et à Vienne du 9 au 13 décembre 2002. Les rapports de ces réunions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/507, A/CN.9/511 et A/CN.9/529, respectivement.

9. À sa vingt-septième session, la Commission ayant demandé à sa trente-cinquième session en 2002 qu'il fasse une recommandation concernant l'achèvement de ses travaux[3], le Groupe de travail a insisté sur la nécessité de finaliser le *Guide* le plus rapidement possible et a recommandé que même s'il se pouvait que le projet de guide ne soit pas prêt pour adoption finale par la Commission en 2003, un texte soit néanmoins présenté en 2003 à la

[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.

[3] Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 194.

Commission pour examen préliminaire et évaluation des principes sur lesquels reposait le *Guide législatif*. Une telle démarche faciliterait l'utilisation du *Guide* comme outil de référence avant son adoption finale en 2004 et donnerait aux pays qui n'avaient pas participé au Groupe de travail l'occasion de suivre la mise au point du *Guide*. Il a été noté que le Groupe de travail pourrait avoir besoin d'une autre session au deuxième semestre de 2003 et peut-être même au premier semestre de 2004 pour affiner le texte en vue de son adoption finale.

II. ORGANISATION DE LA SESSION

10. 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-huitième session à New York du 24 au 28 février 2003. Ont assisté à cette session des représentants des États membres du Groupe de travail énumérés ci-après: Allemagne, Autriche, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Italie, Japon, Kenya, Lituanie, Maroc, Mexique, Paraguay, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Suède, Thaïlande.

11. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Australie, Bélarus, Bulgarie, Danemark, Irlande, Jamahiriya arabe libyenne, Jordanie, Îles Marshall, Philippines, République de Corée, République-Unie de Tanzanie, Suisse, Turquie, Venezuela, Viet Nam.

12. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales suivantes: *a)* organisations du système des Nations Unies: Banque mondiale, Bureau international du Travail (BIT), Fonds monétaire international (FMI); *b)* organisations non gouvernementales invitées par la Commission: American Bar Association (ABA), American Bar Foundation (ABF), Association internationale du barreau (IBA), Center for International Legal Studies, Comité J de l'IBA, Fédération internationale des professionnels de l'insolvabilité (INSOL), Groupe de réflexion sur l'insolvabilité et sa prévention (GRIP 21) et International Insolvency Institute.

13. Le Groupe de travail a élu les membres suivants du Bureau:

Président: M. Wisit WISITSORA-AT (Thaïlande)

Rapporteur: M. Luis Humberto USTARIZ GONZÁLEZ (Colombie)

14. Le Groupe de travail était saisi d'une note du secrétariat: Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.63 et Add.1 à 17). Ces documents, qui présentent le texte du commentaire du *Guide* ainsi que des recommandations, ont été révisés à la lumière des discussions qu'a eues le Groupe de travail à ses vingt-cinquième et vingt-sixième sessions. À sa vingt-septième session, le Groupe de travail a achevé l'examen des documents A/CN.9/WG.V/WP.63, Add. 3 à 9 (jusqu'à la recommandation 77 incluse).

15. Des informations générales sur la question figuraient également dans les documents suivants: Travaux futurs possibles sur le droit de l'insolvabilité: note du Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.50); Rapports du Secrétaire général (A/CN.9/WG.V/WP.54 et Add.1 et 2; A/CN.9/WG.V/WP.55; A/CN.9/WG.V/WP.57; A/CN.9/WG.V/WP.58; A/CN.9/WG.V/WP.59; A/CN.9/WG.V/WP.61 et Add.1 et 2); Rapport sur le Colloque CNUDCI/INSOL/IBA sur l'insolvabilité internationale (2000) (A/CN.9/495); Rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa trente-quatrième session (2001) (A/56/17) et de sa trente-cinquième session (2002) (A/57/17); Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa vingt-deuxième session (décembre 1999) (A/CN.9/469); de sa vingt-quatrième session (juillet/août 2001) (A/CN.9/504); de sa vingt-cinquième session (décembre 2001) (A/CN.9/507); de sa vingt-sixième session (mai 2002) (A/CN.9/511); et de sa vingt-septième session (décembre 2002) (A/CN.9/529).

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

1. Déroulement de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Élaboration d'un guide législatif sur le droit de l'insolvabilité.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. RÉSUMÉ DES DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

17. Le Groupe de travail a examiné le guide législatif sur le droit de l'insolvabilité en commençant par le document A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9 (recommandation 77) et est ensuite passé aux additifs 10 à 14 (recommandation 165). Faute de temps, il n'a pas pu examiner la partie restante du document A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14 ni les documents Add.15, 16, 17, 1 et 2. Il est rendu compte ci-après de ses décisions et délibérations au sujet des divers additifs examinés.

18. Le Groupe de travail a fait le point des progrès qu'il avait réalisés dans l'examen du projet de guide législatif à la lumière de la décision prise à sa vingt-septième session, selon laquelle un projet de guide législatif devrait être présenté en 2003 à la Commission pour examen préliminaire et évaluation des principes sur lesquels il reposait[4], et a adopté la recommandation ci-après adressée à la Commission:

"À l'issue de cinq sessions (tenues entre juillet 2001 et février 2003) consacrées à des études, analyses et débats approfondis, le Groupe de travail informe la Commission qu'il a achevé d'examiner sur le fond le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité (tel qu'il figure dans les documents A/CN.9/WG.V/WP.63 et Add.1 à 17) et lui recommande:

1. De reconnaître que la portée des travaux entrepris par le Groupe de travail est conforme au mandat qu'elle lui avait donné 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

[4]Document A/CN.9/529, par. 17.

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. D'approuver à titre préliminaire les principaux objectifs, les caractéristiques générales et la structure des régimes d'insolvabilité énoncés dans les premiers chapitres de la première partie du guide législatif;

3. De charger le secrétariat de communiquer, pour observation, la version actuelle du projet de guide législatif à tous les États Membres de l'Organisation des Nations Unies et aux organisations internationales intergouvernementales et non gouvernementales concernées ainsi qu'au secteur privé et aux organisations régionales;

4. De continuer à collaborer avec la Banque mondiale et d'autres organisations œuvrant dans le domaine de la réforme du droit de l'insolvabilité afin d'assurer la complémentarité des travaux et d'éviter un chevauchement d'activités, et à prendre en compte les travaux du Groupe de travail VI sur les opérations garanties; et

5. De prier le Groupe de travail d'achever ses travaux relatifs au guide législatif et de les présenter à la Commission en 2004 pour approbation et adoption.

19. Le Groupe de travail a noté qu'il lui faudrait d'autres sessions, au second semestre 2003 et éventuellement au premier semestre 2004, pour achever d'examiner le guide législatif. On a indiqué que le Groupe de travail ne pourrait sans doute pas parvenir à une conclusion satisfaisante sur le document A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17 relatif au conflit de lois s'il ne lui était pas suffisamment donné l'occasion d'en débattre et de délibérer et l'on a mis en doute qu'il lui soit possible de consacrer le temps voulu à ces délibérations sans empiéter sur le temps prévu pour achever le guide législatif ni reporter la date à laquelle celui-ci devait être achevé. On a dit que le Groupe de travail pourrait examiner ces questions à une session ultérieure afin de déterminer s'il y avait des chances qu'il puisse parvenir à un consensus sur le texte proposé dans le document A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17. Pour faciliter l'examen par la Commission du projet de guide législatif, on a proposé que celle-ci soit informée des travaux relatifs au guide législatif qui avaient été achevés et de ceux qui restaient à entreprendre.

IV. ÉLABORATION D'UN PROJET DE GUIDE LÉGISLATIF SUR LE DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

Deuxième partie. Chapitre III. Traitement des biens à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

E. Procédure d'annulation (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9)

Recommandations

20. Ayant achevé l'examen de la recommandation 76 à sa vingt-septième session en décembre 2002, le Groupe de travail a repris ses délibérations sur le projet de guide à partir de la recommandation 77.

21. Le Groupe de travail est convenu de remplacer les mots "pourrait être fixé", à l'avant-dernière ligne de la recommandation 77, par un membre de phrase indiquant que la législation devait spécifier un délai pour l'ouverture des actions en annulation, encore que des divergences de vues aient été exprimées sur le point de savoir si un tel délai devait être prévu dans la législation sur l'insolvabilité ou dans le droit procédural général. Il a été suggéré par ailleurs de supprimer le membre de phrase "dont il a connaissance", jugé superflu.

22. Le Groupe de travail a examiné deux points essentiels concernant la recommandation 78. Premièrement, il est convenu de conserver l'adjectif "excessifs" en supprimant les crochets et de supprimer l'adjectif "injustifiables", qui figurait également entre crochets. Il a aussi décidé d'ajouter une note de bas de page pour expliquer que l'on entendait par "frais excessifs" des coûts qui l'emporteraient sur les avantages d'une action en annulation et qu'il était implicitement de règle que si les frais d'une procédure excédaient les avantages pour la masse, la procédure ne devait pas se poursuivre. Deuxièmement, l'opinion de la majorité des membres du Groupe de travail a été que, parmi les options proposées dans la deuxième phrase de la recommandation, il faudrait supprimer celles faisant l'objet des alinéas *a* et *c*. À l'appui de la modification convenue, on a fait observer que les actions en annulation pouvaient être extrêmement préjudiciables au succès des propositions de redressement et qu'il faudrait donc bien peser le pour et le contre avant de permettre à une partie autre qu'un créancier d'ouvrir une action. Selon un point de vue différent, qui a reçu un certain appui, l'alinéa *a* fournissait une incitation nécessaire dans les cas où un représentant de l'insolvabilité avait de bonnes raisons d'engager une procédure d'annulation mais ne disposait pas des ressources voulues pour ce faire, et, en tout état de cause, la recommandation 78, d'application facultative, indiquait simplement les différentes approches possibles. On a aussi fait valoir que le guide devait bien faire la distinction entre le financement de la procédure et la partie habilitée à ouvrir la procédure (question traitée dans la recommandation 76). Sur le plan rédactionnel, il a été suggéré, afin de ne pas donner à penser que le représentant de l'insolvabilité devait justifier sa décision de ne pas engager de procédure, de remplacer les mots "soit parce qu'il estime ... soit parce que l'ouverture" par les mots "par exemple parce qu'il estime ... ou que l'ouverture".

23. À l'issue d'un débat, le Groupe de travail a décidé de conserver la recommandation 79 en remplaçant l'adjectif "possibles" qualifiant les moyens de défense par l'adjectif "spécifiques". Si, de l'avis de certains membres du Groupe de travail, cette disposition ne devait pas nécessairement figurer dans la législation sur l'insolvabilité et pouvait être laissée au droit commun, on a fait observer qu'elle était étroitement liée à la recommandation 70 et devait, pour des raisons de clarté et de sécurité juridique, être incluse dans la législation sur l'insolvabilité. Ce point de vue a reçu un certain appui.

24. Le Groupe de travail a décidé de conserver la recommandation 80 en lui apportant quelques modifications d'ordre rédactionnel. Il a été proposé de supprimer la référence à "des catégories de personnes" car la référence à certaines

personnes clairement identifiées et l'exemple des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur suffisaient. On a signalé que la question était traitée au paragraphe 172 du commentaire. On a dit qu'il serait utile d'ajouter à la recommandation un membre de phrase précisant que quelles que soient les présomptions applicables, elles devraient être énoncées clairement dans la législation. Sur le plan rédactionnel, on a émis l'idée, qui a reçu un certain appui, de remplacer le membre de phrase "l'annulation de certaines opérations effectuées dans des délais déterminés" par "des délais clairement déterminés". En réponse à une suggestion tendant à ce que la recommandation fasse référence à des périodes suspectes s'agissant de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, on a fait observer que la question était traitée dans la recommandation 72.

25. Dans le cours de la discussion, on a relevé que la recommandation 81 contenait au moins deux propositions distinctes qu'il a été suggéré de dissocier pour en faire, d'une part, une recommandation concernant l'effet de l'annulation d'une opération en termes de décisions pouvant être prises contre le cocontractant et, d'autre part, une recommandation concernant la sanction du non-respect de ces décisions par le cocontractant. On a fait remarquer que l'annulation d'une opération aurait généralement pour conséquence la mise à néant de celle-ci et l'exécution de la décision de justice contre le cocontractant, et non pas ce qui était indiqué dans la deuxième phrase de la recommandation. On a toutefois reconnu que la législation sur l'insolvabilité pouvait prévoir une conséquence supplémentaire, à savoir que le cocontractant ne pourrait participer à aucune répartition. À l'issue d'un débat, la proposition de supprimer la deuxième phrase de la recommandation a reçu un certain appui. Pour d'autres membres du Groupe de travail, mieux vaudrait conserver cette phrase en la remaniant pour prévoir les cas où le cocontractant a agi de bonne foi mais n'a pu restituer les avantages dont il avait bénéficié. En ce qui concerne la première phrase de la recommandation 81, le Groupe de travail est convenu que l'expression "avantages matériels" était trop large et devait être remplacée par le libellé utilisé au paragraphe 188 du commentaire, à savoir que le cocontractant devait être tenu de restituer "les avoirs obtenus ou de faire à la masse de l'insolvabilité un versement en espèces équivalant à la valeur de l'opération".

F. Compensation, compensation globale et contrats financiers

Recommandations

26. Un certain nombre d'opinions divergentes ont été exprimées au sujet de la portée et de la rédaction des recommandations 82 à 88. On a dit que les recommandations devaient clarifier un certain nombre de points: l'existence de droits de compensation à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, par opposition à l'exercice de ces droits avant ou après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité; si les droits naissaient de contrats distincts ou d'un seul et même contrat et les distinctions à établir entre ces droits, notamment en termes d'arrêt des poursuites et de traitement de ces droits; la compensation globale des obligations non financières; et les exceptions à la législation sur l'insolvabilité (en ce qui concerne, par exemple, l'arrêt automatique des poursuites, les dispositions en matière d'annulation et les clauses de résiliation automatique des contrats) qui pourraient être nécessaires dans le cas de certains types de contrats.

27. S'agissant de la recommandation 82, on a fait observer que, telle que rédigée, elle se bornait à préserver un droit de compensation né en vertu du droit commun et pouvant être exercé indépendamment de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Elle pouvait dès lors être appuyée.

28. En ce qui concerne la recommandation 83, on a noté que si certaines législations n'autorisaient la compensation postérieurement à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité que lorsque les conditions permettant la compensation existaient avant l'ouverture de la procédure, d'autres législations n'interdisaient nullement la compensation postérieurement à l'ouverture de la procédure. On a émis l'avis qu'il fallait spécifier ces conditions et ne pas se contenter d'indiquer que les créances réciproques devaient trouver leur origine dans le même accord. Ces conditions devaient inclure le fait que le débiteur qui cherchait à invoquer la compensation avait le droit de le faire et que l'exercice du droit de compensation soit subordonné à une décision du représentant de l'insolvabilité ou du tribunal.

29. Pour ce qui est de la recommandation 84, on a déclaré que la définition des "contrats financiers" devait être soigneusement examinée. Selon un avis, elle devait englober uniquement les opérations qui entraient dans un contrat-cadre prévoyant le règlement entre opérations. Selon un autre avis, la définition fondée sur l'article 5 *k* de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international était trop restrictive et excluait, par exemple, les opérations effectuées à la fois en bourse et hors bourse.

30. On a dit que le *Guide* devait bien faire ressortir l'instabilité des marchés financiers en question, les problèmes de risque systémique et la nécessité en conséquence de prévoir des exceptions aux règles normales de l'insolvabilité, comme proposé dans les recommandations 85 à 88. Sur cette base, on a émis l'avis que le *Guide* ne devait pas chercher à traiter les questions très complexes et délicates soulevées par de tels contrats, mais devait au contraire mettre l'accent sur les questions de compensation ordinaires. Selon un autre avis, le *Guide* devait mettre l'accent sur la nécessité de préserver les marchés financiers et sur les règles spéciales nécessaires à cette fin. S'agissant des exceptions proposées dans les recommandations 86 à 88, on a émis l'avis qu'elles étaient toutes nécessaires pour les opérations financières et devaient être expressément mentionnées dans la section F et alignées sur les recommandations concernant les exceptions qu'il avait déjà été convenu d'inclure dans les chapitres précédents concernant l'arrêt des poursuites, le traitement des contrats et les procédures d'annulation. À propos de l'annulation, on a émis l'avis qu'elle ne devrait être envisageable qu'en cas de fraude. Selon un autre avis, les opérations financières devaient pouvoir faire l'objet d'actions en annulation tout comme les autres opérations.

31. Le Groupe de travail a examiné la proposition ci-après de révision des recommandations concernant les droits de compensation:

"82) La législation sur l'insolvabilité devrait protéger un droit de compensation existant en vertu du droit commun qui a été valablement exercé avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité [sauf dans les cas indiqués dans la recommandation 82A].

82A) L'exercice de droits de compensation avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité devrait être annulable dans les circonstances suivantes:

[ajouter toutes exceptions à la recommandation 82]

83) La législation sur l'insolvabilité devrait permettre, sans le suspendre, l'exercice après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, des droits de compensation valables existant, mais non exercés, au moment de l'ouverture, lorsque les obligations réciproques découlent de la même opération.

83A) La législation sur l'insolvabilité devrait suspendre l'exercice des droits de compensation nés d'obligations découlant d'opérations distinctes, sous réserve des exceptions pour certains contrats financiers indiqués au paragraphe 84.

[83B) Un créancier à la créance duquel s'appliquent des droits de compensation valables existant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, dont l'exercice a été suspendu en application du paragraphe 83A, devrait être traité comme s'il détenait une créance garantie à concurrence de ces droits de compensation valables mais non exercés, y compris avoir la faculté d'obtenir une mainlevée de la suspension.]

84) La législation sur l'insolvabilité devrait permettre l'extinction, la liquidation et la compensation ou la compensation globale d'obligations découlant de contrats financiers, que celles-ci soient exécutées en application des contrats en question, d'accords connexes ou de la loi applicable par ailleurs, et ne devrait pas suspendre l'exercice par la partie non débitrice de ses droits découlant de ces contrats (y compris la réalisation de sûretés).

85) Les obligations découlant de contrats financiers et les transferts de biens effectués dans le cadre de tels contrats ne devraient pas être annulables en vertu de la législation sur l'insolvabilité [sauf les transferts dilatoires, abusifs ou frauduleux effectués au préjudice des créanciers].

86) [ajouter une définition du terme "contrat financier"]."

32. On a cherché dans la version révisée des recommandations à subdiviser le sujet en trois questions clefs. Des opinions différentes ont été exprimées quant à l'approche qui devrait être retenue dans les recommandations à l'égard de ces questions.

33. S'agissant de la première question, à savoir les droits de compensation existant avant l'insolvabilité, traitée dans les recommandations 82 et 82A, un large appui a été exprimé en faveur d'une formulation selon laquelle la législation sur l'insolvabilité devrait protéger un droit de compensation né du droit commun qui a été exercé valablement avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, sous réserve de l'application des dispositions relatives à l'annulation.

34. Pour ce qui est de la deuxième question, à savoir les droits de compensation après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, traitée dans les recommandations 83 à 83B, un certain appui a été exprimé en faveur de la suspension du droit de compensation sous réserve d'exceptions, mais aucun accord ne s'est dégagé sur les points allant au-delà de l'affirmation d'un tel principe général. En particulier, des réserves ont été exprimées quant à l'opportunité de considérer le créancier visé dans la recommandation 83B comme un créancier garanti; on a fait valoir que plusieurs approches étaient adoptées à l'égard de cette question dans différentes législations.

35. Quant à la troisième question, à savoir les droits de compensation concernant les obligations financières, traitée dans les recommandations 84 à 86, certains étaient partisans d'une formulation du type: "Afin de protéger l'intégrité des marchés financiers, la législation sur l'insolvabilité devrait réglementer les effets de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur les obligations financières [existantes] entre le débiteur et le créancier".

36. Il a été convenu que la définition du terme "marché financier" était fondamentale pour les recommandations 84 et 85. On a fait observer qu'un certain nombre de définitions différentes étaient utilisées dans différentes législations et que, même si cela rendait difficile l'adoption d'une définition unique, elles pouvaient néanmoins éclairer la discussion au sein du Groupe de travail.

37. Du fait que le sujet exigeait un débat plus approfondi avant que le Groupe de travail n'arrête sa position, et qu'il n'y aurait peut-être pas assez de temps pour ce débat à la session en cours, il a été proposé que le texte révisé soit placé entre crochets pour examen par le Groupe de travail à une session ultérieure. On a fait observer que, étant donné l'importance de la question de la compensation dans la pratique de l'insolvabilité, elle était fondamentale pour l'utilité du *Guide* et devrait être traitée dans un ensemble de recommandations aussi détaillées que possible.

Deuxième partie. Chapitre IV. Participants et institutions

A. Le débiteur (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10)

Recommandations

38. Le Groupe de travail est convenu que la suppression du texte entre crochets dans la clause relative à l'objet des dispositions était généralement acceptable.

39. Le Groupe de travail est convenu dans l'ensemble que la recommandation 89 était acceptable. On a émis l'avis qu'afin d'harmoniser la terminologie employée dans le *Guide*, il fallait opérer un choix entre les formules "procédure d'insolvabilité" ou "procédure tant de liquidation que de redressement". On a noté que, puisque dans certaines législations sur l'insolvabilité, le droit d'être entendu

pouvait disparaître lorsque le débiteur n'était pas opérationnel et ne pouvait être entendu, ou lorsque les actionnaires et les propriétaires de l'entreprise débitrice ne pouvaient s'attendre à participer aux répartitions, cette approche devait être reflétée dans le commentaire, mais aucune limitation de ce droit ne devait être mentionnée dans la recommandation. Ce point de vue a été appuyé.

40. En ce qui concerne la recommandation 90, le Groupe de travail est convenu que la deuxième phrase devait être supprimée mais que sa teneur devait être reflétée dans le commentaire. Il a été dit qu'il ne faudrait pas que le droit de demander des informations soit utilisé pour retarder ou entraver la procédure et que ce droit devait donc être limité aux informations spécifiées par la législation sur l'insolvabilité ou aux informations relatives à la procédure et aux droits et obligations du débiteur. Ces suggestions ont été appuyées.

41. On a émis l'avis qu'il fallait que la recommandation 91 suive de plus près la recommandation 29 de sorte que le droit de conserver des biens ne vaille que pour les biens exclus de la masse par la législation sur l'insolvabilité.

42. Un certain nombre de suggestions ont été faites au sujet de la recommandation 92, notamment: ajouter l'obligation d'établir une liste des débiteurs ainsi que des créanciers; supprimer les mots figurant entre crochets à l'alinéa *a* et mentionner l'idée qu'ils expriment dans le commentaire; enfin, ajouter une référence aux informations sur les opérations en général et non pas seulement sur celles intervenues pendant la période suspecte, une référence aux informations sur l'actif, le passif, les revenus et les décaissements et une référence à la nécessité de fournir les informations à l'ouverture de la procédure, sous réserve que le temps nécessaire soit donné au débiteur pour rassembler les informations pertinentes. Il a été proposé de modifier l'alinéa *e* de sorte qu'il mette à la charge du débiteur une obligation de notification s'il se proposait ou s'il était contraint de quitter sa résidence habituelle. Cette proposition a été appuyée. Il a aussi été suggéré que la recommandation traite du changement d'emplacement du siège social d'une personne morale qui devrait nécessiter le consentement du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité. Cette suggestion a également été appuyée.

43. S'agissant de l'alinéa *c* de la recommandation 92, le Groupe de travail est convenu qu'on ne pouvait faire obligation au débiteur de confier au représentant de l'insolvabilité le contrôle des biens situés à l'étrangers car, dans de nombreux cas, le débiteur ne pourrait satisfaire à cette obligation, la législation applicable dans l'État étranger le lui interdisant. Il fallait dire à la place que le débiteur avait l'obligation de faciliter la récupération par le représentant de l'insolvabilité des biens situés à l'étranger, ou de coopérer à cette fin. Il a été rappelé que, lors de débats antérieurs, le Groupe de travail était convenu que toute définition des biens entrant dans la masse devait être compatible avec la Loi type sur l'insolvabilité internationale et donc englober les biens du débiteur où qu'ils se situent.

44. Le Groupe de travail, tout en souscrivant à l'objectif de la recommandation 93, a relevé que l'obligation qui y était visée s'appliquait aussi bien au représentant de l'insolvabilité qu'aux créanciers et que la recommandation devrait donc sans doute figurer ailleurs dans le *Guide.* On a fait observer qu'il pourrait y avoir contradiction entre l'obligation de confidentialité et l'obligation de fournir des informations que prévoyait la recommandation 92. Ce point devrait être pris en compte lorsque la recommandation serait révisée. Sur un point de rédaction, on a émis l'avis que les mots "commercialement sensibles" n'étaient pas clairs et qu'il faudrait parler d'informations auxquelles "des obligations étaient attachées".

45. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de conserver le texte actuel et les trois approches exposées dans la recommandation 94, sous réserve de quelques modifications mineures. Il a été dit — et cette position a reçu un certain appui — que les mots figurant entre crochets dans la partie liminaire n'étaient pas nécessaires et pourraient être supprimés. À défaut, il a été suggéré de les remplacer par les mots "pendant la procédure d'insolvabilité". On a fait observer qu'il serait préférable de modifier l'ordre des alinéas en commençant par ce qui était actuellement les alinéas *c* et *b,* qui étaient applicables en cas de redressement, et en terminant par l'actuel alinéa *a* qui s'appliquait en cas de liquidation. On a aussi suggéré de modifier l'intitulé de la recommandation de sorte qu'il mentionne le droit du débiteur de poursuivre son activité et de supprimer, à l'alinéa *c,* les mots "sans que soit nommé un représentant de l'insolvabilité".

46. À propos de la recommandation 95, le Groupe de travail est convenu qu'il fallait établir une distinction entre le niveau de responsabilité du débiteur et les conséquences d'un manquement à ses obligations et que la question devrait être développée dans le commentaire, lequel devrait comporter des renvois. On a noté que la question de l'invalidité des opérations effectuées par le débiteur était traitée dans les recommandations concernant l'annulation (en particulier la recommandation 68) et n'avait donc pas à être traitée dans la recommandation 95. S'agissant des personnes auxquelles pourraient s'appliquer les sanctions, on s'est prononcé — et cette position a reçu un large appui — pour l'inclusion dans la définition du débiteur de tout responsable pouvant être généralement considéré comme exerçant un contrôle sur l'entreprise débitrice, y compris les administrateurs ou la direction lorsque le débiteur était une société. Sur des points de rédaction, on a suggéré de supprimer les mots "qu'il soit une personne physique ou une entité commerciale" et de remplacer "l'invalidation" par les mots "la privation de tout effet juridique".

B. Le représentant de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10)

Recommandations

47. Le Groupe de travail a jugé la clause relative à l'objet de dispositions législatives acceptable sur le fond.

48. Pour ce qui est de la recommandation 96, le Groupe de travail a décidé de remplacer le mot "pourrait" par le mot "devrait" et de traiter dans le commentaire la question des motifs pouvant exclure la nomination d'une personne comme représentant de l'insolvabilité. Ont été suggérés

comme motifs notamment le fait que la personne avait fait faillite, avait occupé un poste dans l'administration publique et avait été révoquée ou avait été condamnée pour fraude. Il a aussi été suggéré que le commentaire mentionne des qualités comme l'intégrité et de bonnes aptitudes de gestionnaire. On a noté que le statut des représentants de l'insolvabilité pourrait relever d'une législation autre que celle sur l'insolvabilité.

49. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que les recommandations 97, 98 et 105 devraient être remaniées de façon à mieux expliquer le rapport entre la nomination et la rémunération du représentant de l'insolvabilité. Le Groupe de travail a noté que la recommandation 97, dans sa version actuelle, était acceptable sur le fond; il a toutefois été suggéré de modifier le début du texte, qui deviendrait: "Lorsqu'un représentant de l'insolvabilité doit être nommé, la législation sur l'insolvabilité devrait établir…", compte tenu de l'alinéa *c* de la recommandation 94. Sur un point de rédaction, il a été suggéré de remplacer les mots "la masse en l'absence de biens" par les mots "la masse de l'insolvabilité en l'absence de biens" et de définir la notion de "masse de l'insolvabilité dépourvue de biens" dans le glossaire.

50. Le Groupe de travail était d'accord sur le principe d'une obligation de signalement de toute information concernant un conflit d'intérêts telle que celle actuellement posée dans la recommandation 99, mais il a été rappelé qu'il n'avait pu parvenir à une position commune sur la mesure dans laquelle un conflit d'intérêts devait empêcher une personne d'être nommée comme représentant de l'insolvabilité, car diverses approches étaient suivies sur ce point dans les législations sur l'insolvabilité. Il a été suggéré de mentionner ces diverses approches dans le commentaire. On a dit — et cette position a reçu un certain appui — que lorsqu'un conflit d'intérêts compromettait l'indépendance ou l'impartialité d'une personne pressentie comme représentant de l'insolvabilité, cette personne ne devait pas être nommée ou, si le conflit d'intérêts survenait en cours de procédure, le représentant de l'insolvabilité devait être révoqué. Il a été convenu qu'une telle règle devrait s'appliquer aux employés, ou aux employés potentiels, du représentant de l'insolvabilité et qu'il faudrait en tenir compte dans toute révision des recommandations. Sur des points de rédaction, on a suggéré de réviser le texte actuel de la recommandation 99 de façon à éliminer les répétitions et d'indiquer au début de la recommandation qu'il ne serait pas souhaitable qu'une personne ayant signalé un conflit d'intérêts notable soit nommée comme représentant de l'insolvabilité. Il a aussi été suggéré d'indiquer dans le *Guide* à qui le conflit d'intérêts devait être signalé. Le lien entre les recommandations 99 et 102 a été relevé, et on a suggéré de les fusionner. On a en outre suggéré que le *Guide* indique clairement que l'obligation de signaler tout conflit d'intérêts valait tout au long de la procédure d'insolvabilité.

51. S'agissant de la recommandation 100, il a été rappelé que le Groupe de travail avait, lors de sessions antérieures, examiné deux approches différentes, à savoir faire figurer la liste des obligations et fonctions du représentant de l'insolvabilité dans la recommandation elle-même ou dans le commentaire, et que l'une et l'autre avaient été appuyées. Après un nouveau débat, il a été décidé d'inclure dans le commentaire les exemples énumérés aux alinéas *a* à *n* de la recommandation et d'ajouter notamment l'obligation de confidentialité et la tenue à jour d'une liste des créances vérifiées et admises. On a fait observer que les contradictions entre différentes obligations et fonctions, comme entre celles visées aux alinéas *a* et *g* de la recommandation, et entre les exemples donnés au paragraphe 242 et ceux donnés dans la recommandation pourraient être plus facilement expliquées si la liste devait figurer uniquement dans le commentaire. L'alinéa *c* de la recommandation 94 prévoyant la possibilité d'un redressement sans dessaisissement du débiteur, il a été suggéré de déterminer, lorsque serait révisée la liste des obligations et fonctions à inclure dans le commentaire, celles sur lesquelles cette approche aurait une incidence. Le secrétariat a été prié, lorsqu'il réviserait la recommandation, de préciser dans l'intitulé qu'il s'agissait des obligations et fonctions concernant l'administration de la procédure et la préservation et la protection de la masse de l'insolvabilité.

52. Étant donné la décision prise par le Groupe de travail concernant les recommandations 99 et 100, il a été convenu de supprimer les références à ces recommandations apparaissant dans la recommandation 101. On a relevé un problème de rédaction dans la première phrase qui parlait des "conséquences ... de l'exécution de ses obligations [par le représentant de l'insolvabilité]". Il a été convenu qu'il faudrait, dans cette phrase, parler de la non-exécution ou de l'exécution inadéquate de ses tâches par le représentant de l'insolvabilité et de la responsabilité qui pourrait en découler dans l'un et l'autre cas. On a suggéré d'ajouter une référence au fait que, dans certains cas, la responsabilité personnelle du représentant de l'insolvabilité ne serait pas engagée; par exemple, certaines législations sur l'insolvabilité excluaient la responsabilité personnelle du représentant de l'insolvabilité pour des atteintes à l'environnement causées par l'entreprise débitrice avant sa nomination.

53. Il a été proposé d'ajouter à la référence à la "compétence" figurant à l'alinéa *b* de la recommandation 102 une référence aux qualifications. Il a aussi été proposé d'inclure une référence aux circonstances dans lesquelles la fonction du représentant de l'insolvabilité changeait, par exemple lorsqu'une procédure de liquidation était convertie en procédure de redressement. Cette conversion pourrait exiger le remplacement du représentant de l'insolvabilité si celui-ci n'avait pas les qualifications ou les compétences nécessaires ou encore, dans le cas par exemple d'une procédure de redressement sans dessaisissement du débiteur, la révocation du représentant de l'insolvabilité, lequel ne serait pas remplacé. Ces propositions ont reçu un certain appui. On a dit que le Guide devrait mentionner que lorsque le représentant de l'insolvabilité était poursuivi en sa qualité officielle, il fallait, afin d'éviter les incertitudes et la confusion, que l'affaire soit jugée par le même tribunal que celui qui l'avait nommé.

54. Sur un point de rédaction, il a été convenu que la recommandation 103 devrait commencer par les mots "La législation sur l'insolvabilité devrait inclure une procédure de révocation du représentant de l'insolvabilité..."; et que, dans la version anglaise, le mot "*but*" devrait être remplacé par le mot "*and*". Il a aussi été convenu que la recomman-

dation devrait mentionner le droit pour le représentant de l'insolvabilité d'être entendu à chaque fois qu'il était question de le révoquer, que ce soit à l'initiative des créanciers ou par décision de justice; la révocation étant une sanction, le représentant de l'insolvabilité devrait toujours avoir le droit de se défendre.

55. On a dit que puisque certaines législations sur l'insolvabilité exigeaient que la démission du représentant de l'insolvabilité soit approuvée par le tribunal, cette possibilité devrait être mentionnée dans la recommandation 104. Il a été convenu que la recommandation ne devait pas spécifiquement exiger une telle approbation mais pourrait indiquer qu'il fallait que la législation sur l'insolvabilité précise si celle-ci serait ou non nécessaire.

56. S'agissant de la recommandation 105, il a été suggéré de spécifier que la priorité devant être donnée au paiement de la rémunération du représentant de l'insolvabilité revêtait un caractère administratif. En réponse, il a été rappelé que si aucune précision n'était apportée concernant le niveau de priorité, c'était en raison des divergences de vues qui avaient été exprimées sur la question lors de sessions précédentes du Groupe de travail.

C. Les créanciers (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11)

Recommandations

— Catégories de créanciers

57. S'agissant de la clause relative à l'objet des dispositions, le secrétariat a été prié d'élaborer un projet de texte fondé sur les lignes 6 à 15 du paragraphe 261 du commentaire, qui incorporerait l'idée de l'égalité de traitement des créanciers placés dans la même situation, et de voir où il conviendrait de traiter la question dans le *Guide.*

58. Le Groupe de travail est convenu que le texte figurant entre crochets à la fin de la recommandation 106 devrait être supprimé de la recommandation et inséré dans le commentaire. Les exemples devraient être complétés par des références à d'autres dispositions de la législation sur l'insolvabilité qui prévoyaient une différenciation du traitement des créanciers en fonction de la catégorie à laquelle ils appartenaient.

— Participation des créanciers

59. En ce qui concerne la clause relative à l'objet des dispositions, on a émis l'avis que l'alinéa *b* était trop restrictif et ne couvrirait pas les situations dans lesquelles un comité des créanciers n'était pas nécessaire ou souhaitable. Il a aussi été dit que l'accent devait être mis sur la facilitation de la participation des créanciers, laquelle pourrait être favorisée par le mécanisme du comité des créanciers. Compte tenu de ces observations, il a été proposé de fusionner les alinéas *b* et *c* et de retenir pour le nouvel alinéa *b* une formulation du type: "*b)* de prévoir un mécanisme pour la nomination d'un comité des créanciers lorsque cela faciliterait la participation de la collectivité des créanciers à la procédure d'insolvabilité." Cette proposition a été acceptée.

60. Le Groupe de travail est convenu que la collectivité des créanciers devrait approuver le plan de redressement comme le prévoyait l'alinéa *a* de la recommandation 107. Des préoccupations ont toutefois été exprimées au sujet de l'interprétation de l'alinéa *b*. On a dit que les créanciers devraient être en mesure de déterminer les questions sur lesquelles ils souhaitaient donner des avis au représentant de l'insolvabilité (et que ce n'était pas au représentant de l'insolvabilité de déterminer ces questions comme le laissait entendre l'alinéa *b*) et que celles-ci devraient porter sur l'administration et les biens de la masse. On a aussi dit que les créanciers devraient avoir le droit de prendre des décisions concernant certaines des questions visées à l'alinéa *b* et non pas seulement de donner des avis à leur sujet. Il a été rappelé que la recommandation 107 était censée établir une norme minimale, et on a, pour cette raison, suggéré de modifier la deuxième phrase de la partie liminaire de sorte qu'elle se lise comme suit: "Ces pouvoirs et fonctions pourraient notamment être les suivants:". Viendraient ensuite l'alinéa *a*, puis une formulation plus générale de l'alinéa *b.* Les détails donnés à l'alinéa *b* pourraient être inclus dans le commentaire. Le secrétariat a été prié d'élaborer un projet de texte révisé allant dans ce sens.

61. En ce qui concerne la recommandation 108, on a émis l'avis qu'il ne suffisait pas que la législation sur l'insolvabilité spécifie les questions pour lesquelles un vote de la collectivité des créanciers était requis, mais qu'elle devrait également indiquer les conditions à remplir pour avoir le droit de vote.

62. Il a été proposé de remanier la recommandation 109 et d'adopter une formulation du type: "La législation sur l'insolvabilité devrait spécifier les questions sur lesquelles les créanciers devraient avoir individuellement le droit d'être entendus dans la procédure d'insolvabilité". Cette proposition a été appuyée. Les questions spécifiques à inclure dans la législation sur l'insolvabilité devraient alors être traitées dans le commentaire.

63. Un certain nombre d'opinions ont été exprimées au sujet de la recommandation 110. On s'est prononcé pour l'emploi des mots "peuvent" et "peut" qui apparaissaient entre crochets respectivement dans les première et deuxième phrases et pour le remplacement, à la fin de la deuxième phrase, des mots "à la valeur de la sûreté garantissant leur créance" par "pour la partie de leur créance qui n'est pas garantie". On a fait observer qu'il n'y avait peut-être pas unanimité au sein du Groupe de travail sur ce qu'il fallait entendre par le terme "participation": dans certains cas, ce terme pouvait être interprété comme recouvrant le droit de comparaître, d'être entendu et de voter tandis que, dans d'autres cas, il pourrait recouvrir uniquement le droit de vote. Afin d'éviter d'éventuelles interprétations divergentes, il a été suggéré que la recommandation indique clairement ce que recouvrait la participation. Sur un point de rédaction, on a fait observer que les mots "limiter leur participation" apparaissant dans la deuxième phase de la recommandation se prêtaient à diverses interprétations et il a été proposé de les remplacer par les mots "permettre leur participation". Afin de consacrer le droit des créanciers garantis d'être entendus et de participer, il a été suggéré, outre les modifications proposées à la recommandation 110, de parler dans la recommandation 109 de "tous les

créanciers, les créanciers garantis comme les créanciers chirographaires". À propos de la dernière phrase de la recommandation 110, il a été suggéré de limiter la participation des créanciers garantis dans la mesure où le plan de redressement léserait leurs intérêts et de remplacer les mots "doit être restructurée dans le cadre d'" par les mots "doit être affectée par". On a aussi suggéré d'exiger des créanciers garantis qu'ils participent à la procédure de redressement afin que celle-ci ait de meilleures chances de réussir. Selon un autre point de vue, la participation des créanciers garantis ne pouvait être exigée. Selon un autre avis encore, la question était traitée ailleurs dans le *Guide* et il convenait donc de supprimer la dernière phrase de la recommandation. Après un débat, l'opinion qui l'a emporté a été que les mots "peuvent" et "peut" figurant respectivement dans les première et deuxième phrases devaient avoir la préférence; que la deuxième phrase devait faire référence à une participation des créanciers garantis uniquement dans la mesure où une partie de leur créance n'était pas garantie; et que les mots "doit être restructurée dans le cadre d'" devaient être remplacés par les mots "doit être affectée par". Il a été rappelé que les questions traitées dans la recommandation 110 avaient été examinées lors de la première session commune des Groupes de travail V et VI (voir document A/CN.9/535, par. 15 et 16) et il a été convenu que le texte devait être aligné sur les décisions prises à cette session.

64. Sur le plan de la rédaction, il a été suggéré de modifier l'ordre dans lequel était libellée la recommandation 111 comme suit: "La législation sur l'insolvabilité devrait prévoir que le tribunal, le représentant de l'insolvabilité ou les créanciers détenant (*indiquer un pourcentage du montant total*) des créances chirographaires...". Quant au fond, il a été suggéré de bien faire la distinction entre plusieurs éléments différents: premièrement, entre la partie qui pouvait demander la tenue d'une réunion (c'est-à-dire les créanciers, le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal de sa propre initiative) et celle qui aurait la charge d'aviser les créanciers de la réunion (en l'espèce, il ne s'agirait généralement pas des créanciers) et, deuxièmement, entre une première réunion des créanciers (ce que, comme certains participants l'ont relevé, certaines législations sur l'insolvabilité exigeaient, mais pas toutes) et les autres réunions de créanciers qui pourraient être demandées, selon les besoins, par les parties susmentionnées. Pour tenir compte de cette deuxième distinction, il a été proposé d'ajouter une recommandation supplémentaire qui pourrait être ainsi conçue: "La législation sur l'insolvabilité peut prévoir qu'il doit se tenir une première réunion des créanciers" ou "La législation sur l'insolvabilité devrait énoncer les circonstances dans lesquelles une réunion de la collectivité des créanciers est convoquée. Ces circonstances peuvent inclure: [...]." Le Groupe de travail est convenu que la recommandation devrait refléter ces différents points de vue et le secrétariat a été prié d'élaborer une version révisée sur cette base.

65. S'agissant de la recommandation 112, un certain appui a été exprimé en faveur de l'idée de supprimer les crochets du texte de la première phrase. Quant au fond, le Groupe de travail a été d'avis dans l'ensemble que la participation des créanciers devrait être facilitée et encouragée et qu'un mécanisme, par exemple un comité des créanciers, était souhaitable, encore que l'on ait reconnu qu'il pouvait exister d'autres mécanismes possibles. Pour reconnaître la possibilité de recourir à d'autres mécanismes, il a été proposé d'ajouter à la fin de la première phrase les mots "ou d'un autre représentant".

66. Le Groupe de travail a appuyé une proposition tendant à remplacer le mot "prévoit" dans la première phrase de la recommandation 113 par le mot "permet". Un certain appui a aussi été exprimé en faveur de la suppression de la deuxième phrase de la recommandation 113 et de l'idée d'en inclure la teneur dans une note de bas de page ou de l'exposer dans le commentaire. On a fait observer que le comité des créanciers étant un contrepoids possible face à un débiteur en redressement non dessaisi, il serait bon de renvoyer à la recommandation 94 et à la note de bas de page qui l'accompagnait. On a fait observer par ailleurs que mieux vaudrait peut-être laisser les mécanismes de règlement des différends du ressort des États et s'abstenir d'entrer dans le détail dans le *Guide.*

67. En ce qui concerne la recommandation 114, le Groupe de travail est convenu de simplifier la phrase liminaire. Au plan rédactionnel, il a été suggéré, entre autres, de séparer les deux observations formulées en insérant un point après les mots figurant à la deuxième ligne "au comité" et de remanier la phrase comme suit: "La législation sur l'insolvabilité devrait spécifier les créanciers habilités à siéger au comité." On a fait observer que l'expression "personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur" étant définie, il n'était pas nécessaire de la préciser plus avant dans la recommandation. Le Groupe de travail a préféré maintenir le verbe "peuvent" dans la deuxième phrase plutôt que le verbe "devraient" et remplacer les exemples de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur par les mots "les autres personnes qui, pour une raison ou pour une autre, pourraient manquer d'impartialité."

68. La recommandation 115 a été jugée acceptable quant au fond.

69. Après un débat, des membres du Groupe de travail se sont prononcés pour le renforcement des fonctions du comité des créanciers dans la recommandation 116 tout en notant que la liste figurant dans cette recommandation n'était pas exhaustive. Le Groupe de travail a confirmé le droit d'être entendu énoncé à l'alinéa *c* de la recommandation 116 et a noté la nécessité d'aligner le texte de cette disposition sur celui de la recommandation 109. On a aussi dit qu'il fallait préciser que le droit des créanciers de demander des informations au représentant de l'insolvabilité valait aussi pour le comité des créanciers. Un certain nombre de suggestions d'ordre rédactionnel ont été faites: remplacer l'alinéa *a* de la recommandation 116 par "donner des conseils et apporter une aide au représentant de l'insolvabilité et au débiteur non dessaisi"; remplacer, à l'alinéa *b*, les mots "exercer une fonction de supervision en ce qui concerne" par "participer à"; ajouter, toujours à l'alinéa *b*, après le mot "questions" les mots "qui intéressent leur catégorie"; et ajouter à la fin de l'alinéa *c* les mots "par le représentant de l'insolvabilité ou par le tribunal". Il a aussi été suggéré d'ajouter un alinéa *d* prévoyant le droit pour le comité des créanciers d'entendre le représentant de l'insolvabilité à tout moment. Il a été convenu que le droit du comité des créanciers d'agir indépendamment du

représentant de l'insolvabilité devrait être mentionné dans le commentaire sur les recommandations 116 et 107.

70. S'agissant de la recommandation 117, le Groupe de travail est convenu que c'était l'approbation du tribunal qu'il fallait obtenir et a décidé de supprimer la référence à la collectivité des créanciers. Il a aussi été convenu que l'approbation devrait porter non seulement sur le choix et l'emploi mais aussi sur la rémunération. On a soulevé la question de savoir si le représentant de l'insolvabilité pouvait ou non avoir un rôle à jouer à cet égard, mais aucune opinion n'a été exprimée sur ce point. Il a été convenu que même si la recommandation 117 couvrait à la fois l'emploi et la rémunération, ces questions devaient être traitées comme dans le texte actuel en raison des liens qui les unissaient et que le commentaire devrait inclure des développements sur la rémunération et le paiement. On a fait observer que l'importance que pourrait revêtir l'emploi de professionnels dépendait du mandat conféré au comité des créanciers dans un pays donné.

71. Afin de ne pas décourager la participation au comité des créanciers tout en faisant en sorte que les membres du comité ne soient pas totalement exonérés de responsabilité s'ils n'agissaient pas honnêtement et de bonne foi, il a été convenu qu'il faudrait indiquer dans la recommandation 118 que la responsabilité des membres du comité des créanciers serait engagée uniquement en cas de comportement frauduleux [et de faute intentionnelle] et non pas en cas de simple négligence et traiter la question de l'exonération de responsabilité dans le commentaire. Il faudrait notamment indiquer dans le commentaire ce qu'il fallait entendre par agir honnêtement et de bonne foi. On a aussi suggéré que le commentaire indique que, s'agissant de la responsabilité, les membres du comité des créanciers n'étaient pas à mettre sur le même plan que le représentant de l'insolvabilité car ils n'étaient pas des professionnels de l'insolvabilité et n'étaient pas rémunérés. Il a été convenu de supprimer les mots "par exemple".

72. Le Groupe de travail a décidé de supprimer les exemples dans la recommandation 119 et d'inclure ceux qui y étaient mentionnés ainsi que l'indépendance et le conflit d'intérêts dans le commentaire. On a aussi suggéré de souligner dans le commentaire que l'exercice du pouvoir de révoquer des membres du comité des créanciers dépendait de la méthode de nomination adoptée.

73. Tout en notant que la recommandation 120 était dans l'ensemble utile, le Groupe de travail a décidé de la supprimer et d'en inclure la teneur dans le commentaire.

D. Cadre institutionnel (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add. 11)

74. Il a été convenu que le commentaire, tel qu'il était actuellement rédigé, couvrait les questions pertinentes et que des recommandations n'étaient ni nécessaires ni appropriées. On a suggéré qu'un moyen de mieux faire ressortir l'importance du cadre institutionnel serait de faire figurer les développements sur ce point dans les premiers chapitres du *Guide.*

Deuxième partie. Chapitre V. Redressement

A. Le plan de redressement (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12)

Recommandations

75. Un certain nombre de suggestions ont été faites concernant la clause relative à l'objet des dispositions. À propos de l'alinéa *a,* on a dit que le sauvetage d'entreprises devait avoir principalement pour objet de maximiser la valeur de la masse de l'insolvabilité dans l'intérêt de tous les créanciers comme indiqué à l'alinéa *b* et non pas de protéger les investissements et de préserver les emplois comme indiqué à l'alinéa *a.* S'agissant de l'alinéa *c,* on a dit qu'il faudrait préciser si le plan devait être "approuvé" par le tribunal ou par les créanciers. On a répondu qu'on parlait dans le *Guide* d'"approbation" lorsqu'il s'agissait des créanciers et d'"homologation" lorsqu'il s'agissait du tribunal, et il a été suggéré d'ajouter une référence à l'homologation dans la clause relative à l'objet des dispositions. On a objecté que, puisque les autres recommandations ne se prononçaient pas sur le point de savoir si l'homologation du tribunal était ou non nécessaire, il ne fallait pas poser celle-ci comme règle dans la clause relative à l'objet des dispositions. On a aussi suggéré de remplacer, à l'alinéa *c,* les mots "un plan approuvé" par les mots "le plan". On a par ailleurs suggéré d'ajouter que les dispositions auraient pour objet d'identifier les entreprises qui pouvaient être sauvées et, implicitement, celles qui ne pouvaient l'être.

76. En ce qui concerne la recommandation 121, on s'est prononcé pour l'emploi du mot "proposé" au lieu des mots "élaboré" ou "déposé". On s'est également prononcé pour une révision de la recommandation de façon à prendre en compte les questions qui se poseraient au niveau des délais si une procédure de liquidation devait être convertie en procédure de redressement et si une procédure unitaire était ouverte ainsi que les cas dans lesquels un plan de redressement ne serait pas nécessaire.

77. La recommandation 122 a dans l'ensemble été jugée acceptable sur le fond, et une préférence a été exprimée pour la variante "peuvent proposer".

78. La recommandation 123 a dans l'ensemble été jugée acceptable sur le fond, sous réserve que les membres de phrase figurant entre crochets dans la partie liminaire et à l'alinéa *b* soient supprimés et que leur teneur soit traitée dans le commentaire, et sous réserve que le mot "devrait" soit adopté à l'alinéa *a.*

79. On a émis des doutes quant à la nécessité de conserver à la fois les recommandations 124 et 125. En réponse, il a été rappelé que le Groupe de travail était convenu que les deux recommandations étaient nécessaires car elles remplissaient des fonctions différentes, et l'on a dit que cette approche devait être maintenue. En réponse à une question concernant la signification des mots *"debtor's charter"* dans la version anglaise [recommandation 124 *c* iii], on a expliqué que ceux-ci étaient censés désigner tout document consignant les dispositions constitutives de la société, comme les statuts ou leur équivalent sous une autre

dénomination, dont la modification pourrait être nécessaire afin de donner effet aux propositions faites dans le plan de redressement. Afin de ménager la souplesse voulue, il a été suggéré d'indiquer dans la partie liminaire que le plan "peut" inclure les informations visées aux alinéas *a* à *d.*

80. On s'est prononcé pour la variante "note d'information" dans la partie liminaire de la recommandation 125. S'agissant du texte souligné dans la deuxième phrase de la partie liminaire, on a émis des doutes quant à l'opportunité d'exiger que la note et le plan soient établis par la même partie, car une telle condition pourrait ne pas convenir selon qui élaborait le plan, ou en cas d'élaboration par un professionnel. Le maintien du texte souligné a toutefois été appuyé et l'on a noté que la question était traitée de façon satisfaisante dans le commentaire. Pour les situations dans lesquelles le représentant de l'insolvabilité n'élaborait pas le plan ou la note, il pourrait, a-t-on dit, être utile de recommander qu'il doive donner son avis sur le plan proposé. Cette proposition a été appuyée. Il a été proposé de remplacer l'alinéa *d* par le texte suivant: "Des informations montrant que, s'agissant de l'effet du plan, des dispositions adéquates ont été prises pour que toutes les obligations prévues dans le plan soient satisfaites." Il a aussi été proposé — et cette proposition a été appuyée — de supprimer les mots "ses dettes échues" figurant entre crochets et de retenir l'autre variante, ainsi que de remplacer les mots "et ce que celui-ci disposera" par les mots "et que l'on s'attend à ce que celui-ci dispose".

81. La recommandation 126 a été dans l'ensemble jugée satisfaisante sur le fond, sous réserve que l'on prévoie la présentation du plan et de la note non seulement aux créanciers mais aussi à d'autres parties intéressées, telles que les actionnaires. On a noté que cette modification devrait aussi être apportée dans d'autres recommandations du chapitre V.

82. On s'est prononcé pour l'apport, dans la recommandation 127, des modifications ci-après: dans la deuxième phrase, remplacer le mot "*address*" par le mot "*specify*" dans la version anglaise; remplacer les mots "créanciers qui sont tenus" par "créanciers qui ont le droit"; et remplacer dans la version anglaise les mots *"vote can be conducted"* par les mots *"vote will be conducted"*. On a dit que la note visée dans la recommandation 125 pourrait utilement comporter des informations sur les mécanismes de vote. On a dit par ailleurs qu'il ne fallait pas évoquer la possibilité que les créanciers votent tous ensemble, comme le faisait le dernier membre de phrase de la recommandation, mais que les créanciers "chirographaires" votent tous ensemble. On voyait mal en effet comment des créanciers auxquels la loi ne reconnaissait pas les mêmes droits pourraient voter tous ensemble. On a fait observer en réponse que puisque le terme "collectivité des créanciers" avait un sens particulier dans le texte, cette proposition devrait être examinée de plus près. Le secrétariat a été prié de prendre en compte cette observation lorsqu'il réviserait la recommandation.

83. Plusieurs opinions ont été exprimées au sujet de la référence, dans la troisième phrase de la recommandation 128, aux créanciers "qui ont effectivement pris part au vote". Selon une opinion, il n'était pas souhaitable, compte tenu de l'apathie dont faisaient très souvent preuve les créanciers, de laisser ce qui pourrait n'être qu'un très petit groupe non représentatif de l'ensemble des créanciers décider ce qui allait être fait. En réponse, on a déclaré douter qu'il soit plus acceptable de permettre à ceux qui ne participaient pas au processus de priver de sens le vote des créanciers qui faisaient l'effort de participer. On a fait observer que, dans la pratique, il serait, si l'approbation de la majorité des créanciers était exigée, très difficile de faire approuver un plan de redressement. On a aussi fait observer que grâce aux procurations et aux moyens de vote électroniques, il était de plus en plus facile de voter sans avoir à se déplacer pour assister effectivement à une réunion des créanciers. On a noté que diverses approches étaient adoptées dans les législations sur l'insolvabilité en ce qui concerne le traitement des créanciers qui ne participaient pas au vote. Après un débat, l'opinion qui l'a emporté a été que la référence, s'agissant de la détermination de la majorité, aux créanciers "qui ont effectivement pris part au vote" devait être maintenue. Il a en outre été suggéré que la première phrase prévoie la possibilité d'un vote de la collectivité des créanciers et non pas seulement de catégories de créanciers. On a dit que la recommandation devait être plus souple de manière à ménager la possibilité que le plan présenté à l'approbation des créanciers soit négocié avec ces derniers pendant le processus d'approbation et ne soit finalement plus exactement le même que le plan soumis pour approbation. Sur un point de rédaction, il a été suggéré de remplacer, dans la deuxième phrase, le mot "appuyant" par le mot "approuvant" ou les mots "votant pour".

84. Des réserves ont été exprimées concernant la formulation actuelle de la recommandation 129, jugée difficile à appliquer dans la pratique étant donné la nécessité de reconnaître les différentes priorités et les différents droits des créanciers. On a dit qu'il fallait que le *Guide* mentionne la nécessité de traiter la question et cite les approches possibles, ce à quoi il a été répondu que la question était particulièrement importante et appelait des directives spécifiques. On pouvait soit exiger que toutes les catégories de créanciers approuvent le plan, soit adopter une formule plus complexe prenant en compte les différentes priorités et les différents intérêts des créanciers. Le Groupe de travail a décidé de reporter l'examen de cette question à un stade ultérieur.

85. La recommandation 130 a été jugée acceptable sur le fond.

86. Le Groupe de travail a examiné les rapports entre les recommandations 131 et 133 et la question de savoir si les motifs de contestation devaient être les mêmes dans chaque cas. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait initialement décidé d'adopter des recommandations distinctes avec des critères différents, mais certains membres du Groupe de travail ont déclaré souhaiter que cette décision soit revue et que les deux recommandations soient fusionnées. On a déclaré que la recommandation 131 pourrait devenir un paragraphe de la recommandation 133 qui viserait les cas dans lesquels la loi n'exigeait pas l'homologation du plan. On a aussi suggéré que les recommandations précisent que les créanciers pouvaient contester le plan (en saisissant le tribunal) même si celui-ci avait l'appui de la majorité dans la catégorie à laquelle ils appartenaient. On a

relevé un problème potentiel dans la recommandation 131, qui indiquait que l'approbation devait être contestée avant que le plan "ne lie de quelque autre manière" les créanciers. Ce problème se poserait en particulier lorsque c'était justement l'approbation qui rendait le plan contraignant. On a suggéré d'ajouter, dans la recommandation 131, comme motif de contestation le fait que tel ou tel créancier avait été très mal traité par la majorité des créanciers. Cette suggestion a été appuyée. Le secrétariat a été prié, lorsqu'il réviserait les recommandations, de prendre en compte la proposition concernant la fusion des recommandations 131 et 133.

87. Le Groupe de travail est convenu qu'il devrait, à une session ultérieure, revenir sur la question de l'opposabilité *erga omnes* du plan de redressement et les questions connexes en vue de regrouper et d'approfondir les développements à leur sujet dans la section du *Guide* à l'examen. Il a été dit que les recommandations 131 et 133 devraient parler du traitement juste et équitable des créanciers, et il a été décidé d'ajouter, aux deux recommandations, telles que modifiées, un nouvel alinéa *d* qui indiquerait que le traitement du plan devait être conforme au rang assigné aux créances dans la législation sur l'insolvabilité. Quant au rang des créanciers et aux questions de discrimination, ils seraient traités dans le commentaire. On a dit qu'il faudrait peut-être que le *Guide* examine ce qui se passerait si le plan n'était pas approuvé par la majorité requise.

88. On s'est prononcé pour la suppression des crochets entourant les mots "spécifiée dans ce plan" dans la recommandation 132 et le maintien de ces mots dans le texte. D'autres suggestions ont été faites sur des points de rédaction: conserver le terme "parties prenantes", mais le définir dans le glossaire; préciser, dans la deuxième partie de la recommandation, que le plan était contraignant parce qu'il avait été soit approuvé par un vote majoritaire soit homologué par le tribunal; et indiquer l'effet que le plan aurait sur les tiers.

89. En ce qui concerne la recommandation 134, le Groupe de travail est convenu que la législation sur l'insolvabilité devrait prévoir la possibilité, dans certaines circonstances, de modifier le plan après son approbation par les créanciers et avant et après son homologation (lorsque celle-ci était requise). Il a été décidé de supprimer de la recommandation la référence au fait qu'elle s'appliquerait dans un "nombre limité de cas" ainsi que les motifs ou exemples donnés dans la deuxième phrase et de les mentionner à la place dans le commentaire où il serait précisé que le nombre de motifs devait être limité. On a aussi suggéré d'inverser l'ordre des recommandations 133 et 134.

90. On a dit qu'il faudrait, dans la recommandation 135, exiger l'envoi d'une notification aux créanciers affectés et indiquer à quelle partie il incombait d'adresser cette notification. Cette position a été fortement appuyée. On a aussi fait observer que si le plan initial devait être homologué par le tribunal il faudrait que les modifications le soient également et qu'il soit fait obligation de communiquer des informations les concernant. On a aussi suggéré de traiter, dans la recommandation 135, des conséquences qu'aurait le rejet d'une modification proposée.

91. Après un long débat, il a été décidé qu'il fallait revoir la rédaction des recommandations 131, 133 et 136 compte tenu des questions soulevées par le Groupe de travail, en particulier celle de la distinction à établir entre l'approche qui consistait à exiger l'approbation du plan par les créanciers et son homologation par le tribunal, d'une part, et celle qui se bornait à exiger l'approbation par les créanciers, d'autre part. Même si les recommandations 131 et 133 semblaient traiter tour à tour des conditions d'approbation du plan par les créanciers et d'homologation par le tribunal, il a été convenu que les motifs et éventuelles restrictions devaient être coordonnés. Même si elle pouvait s'appliquer à ces deux situations, la recommandation 136 se distinguait des recommandations 131 et 133 en ménageant, dans certains cas, la possibilité de contester le plan après son approbation. On s'est prononcé pour le remplacement, dans la recommandation 136, du mot "pourra" par le mot "devrait" et pour la suppression des mots "si le processus d'approbation est entaché d'irrégularités" ainsi que des mots "ou [autres motifs]" afin de limiter la portée de la recommandation 136 aux cas de fraude. On a aussi dit qu'il faudrait introduire un délai commençant à courir à compter de la découverte de la fraude; indiquer qui pourrait contester le plan; préciser que celui-ci devrait être contesté devant le tribunal; et indiquer les conséquences d'une action en contestation qui aboutirait. On a fait observer que l'effet conjugué des trois recommandations devrait être qu'un plan homologué par le tribunal ne devrait pouvoir faire l'objet d'une action en contestation que pour des raisons de fond, à l'exclusion de questions de procédure.

92. Le Groupe de travail a souscrit sur le fond à la recommandation 137 dans sa version actuelle, mais a noté que si son caractère facultatif pouvait convenir en cas de redressement sans dessaisissement du débiteur, lorsque le représentant de l'insolvabilité participait à la procédure jusqu'à l'approbation du plan, il faudrait sans doute envisager une forme quelconque de supervision de l'application du plan. On a noté que les législations sur l'insolvabilité qui prévoyaient la clôture de la procédure une fois le plan approuvé ne traitaient pas la question d'une éventuelle supervision de son application.

93. Il a été convenu qu'il faudrait ajouter aux motifs de conversion indiqués dans la recommandation 138 les situations dans lesquelles le redressement ne maximisait pas la valeur de la masse, le plan n'était pas approuvé, un plan homologué n'était pas appliqué, ou une action en contestation d'un plan homologué aboutissait. On a dit — et cette position a été fortement appuyée — qu'il fallait remplacer le concept d'échec du plan, retenu dans la recommandation, par ceux de violation notable ou substantielle des stipulations du plan et de manquement notable ou substantiel aux obligations découlant du plan, et remplacer, dans la deuxième phrase, le mot "devraient" par le mot "peuvent". Il a aussi été suggéré de supprimer les mots "et si le plan ne peut être modifié". La position selon laquelle la conversion en procédure de liquidation ne devait pas être automatique mais devait être soumise à l'examen du tribunal a été fortement appuyée. En ce qui concerne la deuxième phrase, il a été suggéré de traiter dans le commentaire les effets de la conversion sur d'autres questions convenues dans le cadre du redressement, comme une réduction des créances.

B. Redressement accéléré (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12)

Recommandations

94. On a fait observer que la clause relative à l'objet des dispositions était trop longue et trop détaillée. En réponse, on a rappelé que le Groupe de travail avait décidé d'entrer ainsi dans le détail afin d'introduire et d'expliquer un concept qui n'était guère connu dans de nombreux pays, mais on a noté que certaines modifications pourraient être apportées afin d'améliorer la rédaction. Les modifications d'ordre rédactionnel ci-après ont été proposées: aux alinéas *a* à *d*, remplacer les mots "le redressement extrajudiciaire" par "la négociation amiable"; au sous-alinéa i de l'alinéa *c*, supprimer la référence aux "actionnaires"; au sous-alinéa iv, remplacer le mot "procédurales" par les mots "de fond" et supprimer les mots "aux créanciers opposants concernés"; et, à l'alinéa *d*, remplacer les mots "de reconnaître que" par les mots "de suspendre, en prévoyant les garde-fous voulus,". Ces amendements ont bénéficié d'un certain appui. On a aussi suggéré, afin de raccourcir la clause relative à l'objet des dispositions, de voir si certains des détails, tels que ceux exposés à l'alinéa *d*, ne pourraient pas être plutôt donnés dans le commentaire. On a proposé que le *Guide* parle de deux types de procédure: premièrement, une procédure prévoyant l'accès accéléré au redressement sous réserve que les conditions d'approbation prévues par la législation sur l'insolvabilité soient satisfaites (qui conviendrait pour les systèmes qui avaient élaboré une législation efficace sur le redressement) et deuxièmement, une procédure établissant des conditions d'approbation spéciales qui conviendrait pour les systèmes qui ne disposaient pas d'une législation efficace en matière de redressement. Il a été proposé que le Groupe de travail reporte l'examen de la clause relative à l'objet des dispositions jusqu'à ce qu'il ait révisé les recommandations elles-mêmes.

95. S'agissant de la recommandation 139, on a dit que les personnes physiques devraient aussi avoir accès à la procédure accélérée. Sur des points de rédaction, on a suggéré de remplacer les mots "qui ne sera pas en mesure de payer" par "qui ne sera probablement pas en mesure de payer" et de supprimer la référence aux actionnaires. Ces suggestions ont été appuyées. En ce qui concerne les critères d'ouverture, on a dit qu'ils devraient être les mêmes que ceux généralement applicables à la procédure de redressement, qui étaient exposés dans la recommandation 18A révisée. On a par ailleurs émis l'avis que la procédure devrait être ouverte à la fois aux débiteurs qui étaient insolvables et aux débiteurs qui connaissaient des difficultés financières sans être encore insolvables. Après un débat, l'opinion qui l'a emporté a été que la recommandation devrait viser les débiteurs qui ne pourraient probablement pas régler leurs dettes et ceux qui remplissaient les conditions prévues dans la recommandation 18A révisée. On a dit qu'il serait préférable de ne pas aborder la question du vote dans la recommandation 139 car les conditions devraient être celles prévues par la législation sur l'insolvabilité (recommandation 128). On a donc suggéré de supprimer les mots "une majorité dans" et "votants".

96. Des opinions divergentes ont été exprimées quant à l'opportunité de conserver dans la recommandation les alinéas *a* à *g;* toutefois, après un débat, il a été convenu qu'ils donnaient des informations nécessaires et devaient être maintenus. Plusieurs modifications d'ordre rédactionnel ont été proposées: à l'alinéa *b*, supprimer la référence aux actionnaires; à l'alinéa *e*, remplacer les mots "qui n'appartiennent à aucune des catégories concernées" par les mots "dont les droits sont modifiés par le plan"; à l'alinéa *f*, supprimer la fin de la phrase à partir de "est réalisable" et la remplacer par les mots "satisfait à toutes les conditions applicables au redressement"; et supprimer la référence à la partie établissant l'analyse financière. Des préoccupations ont été exprimées au sujet de la restriction concernant les autorités fiscales, et l'on a dit que les droits de ces dernières devraient pouvoir être limités à condition qu'elles y consentent. On a aussi proposé d'ajouter une référence aux autorités de sécurité sociale. Une suggestion tendant à ce que les recommandations soient harmonisées avec les conditions d'approbation d'un plan de redressement a reçu l'appui général.

97. Le Groupe de travail est convenu que les deux variantes figurant entre crochets dans la partie liminaire de la recommandation 141 devaient être maintenues. Des doutes ayant été exprimés quant à la nécessité de l'alinéa *b*, on a répondu que, dans certains cas, un comité des créanciers pourrait faciliter les négociations avec un grand groupe de créanciers, comme des porteurs d'obligations publiques, ou lorsque de nombreuses banques désignaient un comité directeur, et que l'alinéa devait donc être maintenu. Cette position a été appuyée. S'agissant de l'alinéa *c*, on a dit qu'il revêtait une importance capitale pour le type de procédure visé dans la section à l'examen et que la disposition qu'il énonçait devrait être insérée avant l'alinéa *a.* On a suggéré de supprimer les crochets entourant les mots "et d'actionnaires" à l'alinéa *a.*

98. En ce qui concerne la recommandation 142, il a été convenu de conserver la référence aux actionnaires figurant dans la partie liminaire et d'ajouter un nouvel alinéa *d* qui traiterait de l'impact du plan sur les actionnaires. On a aussi proposé d'ajouter un alinéa concernant le délai à respecter et la procédure à suivre pour la contestation du montant de créances par des tiers. On a fait observer que la recommandation concernant la notification devrait être coordonnée avec les recommandations analogues figurant dans d'autres chapitres du *Guide.*

99. Le Groupe de travail est convenu que la recommandation 143 devait être axée sur le redressement accéléré nécessitant l'homologation du tribunal et que le processus général d'homologation en cas de procédure accélérée devait être coordonné avec celui prévu dans la recommandation 133 pour la procédure de redressement ordinaire. Sur des points de rédaction, on a appuyé des propositions visant à remplacer les mots "conditions d'homologation" par les mots "conditions de fond pour l'homologation" et à supprimer la notion de "plan réalisable" à l'alinéa *c.*

100. S'agissant de la recommandation 144, les modifications d'ordre rédactionnel ci-après ont été proposées: remplacer, à la fin de la recommandation, le membre de phrase commençant par "qui" par "et les actionnaires concernés par le plan homologué"; et insérer une référence au débiteur. Il a été suggéré que l'on examine en quoi l'effet d'un

plan accéléré devait différer ou différait effectivement de celui d'un plan ordinaire.

101. Le Groupe de travail a examiné les droits qu'auraient les créanciers dans les cas visés par la recommandation 145 et il a été généralement admis que les créanciers devaient pouvoir exercer les droits prévus par la loi, quels qu'ils soient. On a suggéré que les différentes solutions soient examinées dans le commentaire. On a aussi émis l'avis que les conséquences de l'échec de l'exécution d'un plan devraient être examinées et coordonnées avec les dispositions correspondantes relatives aux plans de redressement ordinaires (voir recommandation 138), bien que l'on ait noté qu'il était peut-être justifié de conserver une disposition différente, du fait par exemple que, dans la procédure accélérée, le débiteur n'était pas insolvable.

Deuxième partie. Chapitre VI. Administration de la procédure

A. Créances

Recommandations

102. La clause relative à l'objet des dispositions a été jugée acceptable quant au fond sous réserve que l'on supprime le membre de phrase figurant après "admission" à l'alinéa *c*.

103. S'agissant de la recommandation 146, on a indiqué qu'il ne suffisait pas de faire référence à un "mécanisme" et que la recommandation devrait établir une "exigence" de déclaration des créances par les créanciers. On a aussi émis l'avis que l'admission "automatique" n'était probablement pas appropriée et que la recommandation devrait reconnaître la nécessité de réduire au minimum les formalités de déclaration des créances. À l'appui de cet avis, il a été proposé que les créances qui n'étaient pas contestées puissent être admises avec des exigences minimales en matière de preuve, notamment sur la base de la liste des créanciers qui devait être établie en vertu de l'alinéa *d* de la recommandation 92, plutôt que sur celle des livres et registres du débiteur. Il a par ailleurs été dit que les créances libellées en monnaie étrangère ne devraient pas de ce seul fait bénéficier d'un traitement particulier et que la référence à ces créances dans la note de bas de page devrait être supprimée.

104. À l'issue d'un débat, le Groupe de travail est convenu que les précisions figurant dans la recommandation 147 devraient y être maintenues et non renvoyées dans le commentaire. Sur des points de rédaction, il a été convenu d'employer les termes créance liquide et créance non liquide; d'insérer un renvoi à la recommandation 59 en ce qui concerne les créances nées du rejet de contrats; d'aligner la terminologie sur le glossaire; et de supprimer les mots "s'il y a lieu" dans la seconde phrase. On a aussi émis l'avis que la recommandation devrait inclure une référence au fait que la créance faisait ou non l'objet d'une compensation. On a demandé si la recommandation concernait uniquement les demandes de paiement visant le débiteur ou si elle inclurait aussi les demandes de paiement visant un tiers ou un garant motivées par des actes ou omissions du débiteur. Il a été convenu qu'une explication devrait être insérée dans une note de bas de page.

105. Il a été convenu que la recommandation 148 devrait être coordonnée avec la recommandation 151 et les décisions de la session commune des Groupes de travail V et VI (Vienne, 16 décembre 2002).

106. À l'issue d'un débat, il a été convenu que la recommandation 149 devrait être axée sur l'égalité de traitement des créances, en ce qui concerne à la fois la procédure de déclaration et le traitement des créances, et que les références aux créanciers se trouvant dans la même position devraient être conservées.

107. On s'est déclaré préoccupé par les termes "à tout moment avant" figurant à l'alinéa *b* de la recommandation 150, et leur suppression a été appuyée. On a fait observer que la recommandation devrait clarifier ce qu'il fallait entendre par le mot "examen" à l'alinéa *b*. On a dit préférer conserver le second membre de phrase placé entre crochets concernant la notification de l'ouverture de la procédure.

108. La recommandation 151 a été dans l'ensemble jugée acceptable quant au fond sous réserve que l'on supprime le membre de phrase figurant après "délai spécifié".

109. S'agissant de la recommandation 152, un soutien général a été exprimé en faveur de l'inclusion d'un développement sur la question de savoir s'il fallait exiger que les créances libellées en monnaie étrangère soient converties et sur les raisons d'exiger cette conversion, par exemple pour déterminer les droits de vote. Si l'on s'est prononcé en faveur de la fixation d'un moment précis pour la conversion, avec une préférence manifestée par certains pour la date de l'ouverture de la procédure, on a aussi noté que les approches pouvaient varier selon les pays et qu'il faudrait peut-être adopter des mesures particulières pour les situations de forte instabilité monétaire.

110. Les recommandations 153 et 154 ont été dans l'ensemble jugées satisfaisantes quant au fond.

111. S'agissant de la recommandation 155, le Groupe de travail est convenu qu'il fallait prévoir la possibilité de contester les créances avant leur admission et indiquer clairement qui pouvait contester une créance, et notamment si un créancier pouvait contester la créance d'un autre créancier. Il a été convenu que la recommandation devrait être axée sur les litiges nés dans le courant de la procédure d'insolvabilité et que, comme l'ouverture aurait une incidence (par exemple du fait de l'arrêt des poursuites) sur les litiges nés avant elle, ceux-ci devraient être traités dans une autre partie du *Guide*.

112. On a proposé de modifier comme suit le dernier membre de phrase de la recommandation 156: "à prendre en compte toute question relative à la compensation". Après examen, il a été convenu d'ajourner les délibérations du Groupe de travail sur cette recommandation, compte tenu de la décision déjà prise de remettre à une session ultérieure l'examen du chapitre III.F relatif à la compensation.

113. Les recommandations 157 et 158 ont été jugées dans l'ensemble acceptables quant au fond.

114. La recommandation 159 a été jugée dans l'ensemble acceptable quant au fond, sous réserve qu'il soit clair que l'admission d'une créance donnerait au créancier le droit de participer à la procédure plus que ne le prévoyait l'alinéa *a* et que la question de l'admission n'aurait pas pour effet de limiter le droit d'être entendu.

115. S'agissant de la recommandation 160, on a déclaré craindre que les exemples donnés ne soient interprétés comme étant limitatifs; on a en outre indiqué que les termes "sous-capitalisation" et "opérations d'initiés" n'étaient peut-être pas assez clairs et devaient être précisés. On a aussi émis l'avis que la restriction des droits de vote ne devrait intervenir que dans certaines circonstances et que la possibilité de déclasser des créances ne devait pas être supprimée; elle devrait d'ailleurs exister dans des cas autres que ceux de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur.

B. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

Recommandations

116. La clause relative à l'objet des dispositions a été jugée dans l'ensemble acceptable sur le fond.

117. S'agissant de la recommandation 161, il a été convenu d'apporter les modifications rédactionnelles ci-après: remplacer le mot "permettre" par "aider"; et élargir la référence aux "créanciers" pour inclure le comité des créanciers, puisque cet organe pouvait aussi détenir un pouvoir d'autorisation en la matière.

118. On s'est déclaré favorable au maintien des mots placés entre crochets dans la recommandation 162, en reconnaissant toutefois que ces biens ne seraient en général pas concernés. Il a été suggéré que le commentaire indique que dans de nombreux cas les seuls biens non grevés susceptibles de garantir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure étaient des biens récupérés par le biais d'actions en annulation. Il a aussi été suggéré que le commentaire fasse clairement la différence entre le fait d'obtenir une garantie et celui de donner la priorité et indique que la notion de sûreté était pertinente uniquement lorsqu'il existait des biens non entièrement grevés.

119. S'agissant de la recommandation 163, on a émis l'avis que la règle relative à la priorité pourrait être énoncée en dehors du droit de l'insolvabilité et que la recommandation devrait tenir compte de cette possibilité. On a répondu que la législation sur l'insolvabilité devrait énoncer cette règle, ou du moins y faire référence. Sur un point de rédaction, on a fait observer qu'il était inutile de mentionner la notification du titulaire antérieur de la sûreté puisque l'obtention de son accord supposait nécessairement qu'il y ait eu notification.

120. Le Groupe de travail est convenu que la première phrase de la recommandation 164 devrait être facultative et qu'il fallait donc remplacer "devrait" par "peut". Sur des points de rédaction, on s'est déclaré favorable au maintien du mot "constitution"; au maintien de "créancier garanti" à l'alinéa *a;* à l'alignement de l'alinéa *a* sur la recommandation 163 en ce qui concerne la notification; à la suppression du membre de phrase figurant après "préjudice déraisonnable" à l'alinéa *c;* à la modification du libellé de l'alinéa *c* de sorte qu'il prévoie la "protection du bien grevé sur lequel la sûreté est constituée"; et au remplacement des termes "ne subisse pas un préjudice déraisonnable" par "n'encoure pas un risque de préjudice déraisonnable". Il a été convenu que la notion de "protection suffisante" devrait être définie.

121. S'agissant de la recommandation 165, il a été suggéré de supprimer les crochets à partir des mots "y compris…" et de conserver ce membre de phrase. Des craintes ont été exprimées quant à l'effet de la seconde phrase et l'on a fait observer que, si la priorité accordée dans le cadre du redressement devait continuer à être reconnue, elle ne devait pas nécessairement conserver le même rang. Ainsi, elle ne devait pas prendre le pas sur les créances administratives nées de la liquidation. Il a été suggéré d'ajouter cette précision.

122. Faute de temps, le Groupe de travail n'a pu aller au-delà de la recommandation 165.

E. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-huitième session: Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

(A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1, 2, 16 et 17) [Original: anglais]

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1

Note du secrétariat

[*Les chapitres I et II de la première partie du* Guide *sont publiés sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2; la deuxième partie du* Guide *est publiée sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add 3 à 17*]

Glossaire

A. Notes sur la terminologie employée dans le Guide

1. Les définitions ci-après visent à fournir des orientations aux lecteurs du *Guide*. En effet, de nombreux termes, comme "créancier garanti", "liquidation" ou "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.

— *Emploi du terme "tribunal" dans le* Guide

2. Le *Guide* part du principe qu'une surveillance est exercée par un tribunal tout au long de la procédure d'insolvabilité et qu'elle peut comprendre 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 comme 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 par manque de ressources ou d'expérience en la matière), ou que l'on préfère confier le contrôle à un organe administratif (voir deuxième partie, chap. IV.D, Institutions).

3. Par souci de simplicité, le terme "tribunal" est employé dans le *Guide* 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.

B. Termes et définitions

Action en annulation	Action visant à faire annuler ou à autrement priver d'effet certaines opérations [intervenues avant la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou l'ouverture de cette procédure]. Les opérations susceptibles d'être annulées comprennent: [*ajouter les termes de la recommandation 70*].
Arrêt des poursuites	Mesure qui empêche l'ouverture ou suspend la continuation des actions individuelles, judiciaires, administratives ou autres visant les biens, les droits ou les obligations du débiteur, y compris la perfection ou la réalisation de toute sûreté; et qui empêche les mesures d'exécution contre des biens de la masse de l'insolvabilité, la résiliation d'un contrat conclu avec le débiteur, et le transfert des biens de la masse de l'insolvabilité, la constitution de sûretés sur ces biens ou d'autres actes de disposition de ces biens (recommandation 35).
Bien grevé d'une sûreté	Bien meuble ou immeuble, sur lequel porte une sûreté consentie à un créancier. Si une obligation n'est pas exécutée, le bien sur lequel porte la sûreté peut être récupéré ou détenu, ou sa

	valeur réalisée par le créancier titulaire de la sûreté. On parle aussi de bien affecté en garantie ou donné en garantie.
Créances afférentes à l'administration de la procédure	Créances auxquelles une préférence est généralement accordée sur les créances non garanties et qui se rapportent aux frais et dépenses de la procédure, tels que la rémunération du représentant de l'insolvabilité et de tous professionnels qu'il emploie, dettes découlant de l'exercice attendu des fonctions et des attributions du représentant de l'insolvabilité, dépenses découlant de la continuation des obligations contractuelles, et frais de la procédure [voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14, par. 426].
Centre des intérêts principaux	Lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers [règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000, point 13].
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 de la collectivité des créanciers et doté de pouvoirs consultatifs et autres spécifiés dans la loi sur l'insolvabilité.
Convention de compensation globale	Convention entre deux parties ou plus prévoyant une ou plusieurs des modalités suivantes: i) Le règlement net des paiements dus dans la même monnaie à la même date par novation ou autrement; ii) Lors de l'insolvabilité d'une partie ou autre défaillance de sa part, la liquidation de toutes les opérations à leur valeur de remplacement ou à leur juste valeur de marché, la conversion des sommes correspondantes dans une seule monnaie et la compensation globale sous forme d'un paiement unique effectué par une partie à l'autre; ou iii) La compensation des montants calculés comme prévu au sous-alinéa ii précédemment au titre de deux conventions de compensation globale, ou plus [alinéa *l* de l'article 5 de la Convention de la CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international (2002)].
Contrat financier	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. [alinéa *k* de l'article 5 de la Convention de la CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international (2002)].
Compensation	Opération dans laquelle la créance monétaire d'une partie est compensée (contrebalancée) par une créance monétaire de l'autre partie sur la première. Une compensation 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).
Compensation avec déchéance du terme	Voir compensation monétaire de groupe.
[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].
Cours normal des affaires	[*Note: une définition est-elle nécessaire dans le* Guide*?*]
Créance	Droit susceptible d'exécution sur une somme d'argent ou des actifs, qui peut résulter d'un jugement, être d'un montant déterminé ou indéterminé, échu ou non échu, contesté ou non contesté, garanti ou non garanti, certain ou conditionnel.
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 non garantie	Créance non assortie d'une sûreté.
Créance prioritaire	Créance qui est payée sur les actifs disponibles avant le désintéressement de l'ensemble des créanciers chirographaires.
Créancier chirographaire	Tout créancier qui ne détient pas de sûreté ou tout créancier ordinaire qui n'a pas de droits préférentiels.
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 lui conférant une priorité sur les autres créanciers relativement aux actifs grevés.
Créancier postérieur à l'ouverture de la procédure	Créancier dont la créance naît après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.
Débiteur	Personne ou entité exerçant une activité commerciale qui remplit les conditions pour faire l'objet de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité [personne physique ou morale ayant une dette envers un créancier].
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; et dans de rares cas par une autorité publique. Une telle demande peut influer sur les droits du débiteur et des créanciers avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.
Entreprise publique	[*Note: une définition est-elle nécessaire dans le* Guide*?*]

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].
Insolvabilité	État du débiteur qui est [ou est susceptible de se trouver] dans l'incapacité d'acquitter ses dettes et autres obligations exigibles ou situation dans laquelle le passif du débiteur excède la valeur de son actif.
Liquidation	Procédure consistant à rassembler et vendre les actifs d'un débiteur de manière ordonnée et rapide afin de répartir le produit de la vente aux créanciers selon la loi existante et de dissoudre le débiteur (lorsque celui-ci est une personne morale) ou de le libérer (lorsque c'est une personne physique), 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 en cédant l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité [voir principes et lignes directives de la Banque mondiale, 2001]. On emploie aussi, pour désigner ce type de procédure, d'autres termes tels que *winding up*, *bankruptcy*, faillite, *quiebra* et *Konkurzverfahren*.
Masse de l'insolvabilité	Actifs et droits du débiteur sur lesquels le représentant de l'insolvabilité exerce un contrôle et qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité.
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.
Personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur	Personne qui a ou a eu un pouvoir de contrôle sur le débiteur, telle qu'un membre du conseil d'administration ou de la direction d'une société en liquidation, un actionnaire ou membre d'une telle société, un 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.
Plan de redressement	Plan par lequel la prospérité financière et la viabilité de l'entreprise d'un débiteur peuvent être rétablies. La loi sur l'insolvabilité peut prévoir que le plan doit être présenté par diverses parties (le débiteur, les créanciers, le représentant de l'insolvabilité) et exiger qu'il soit confirmé par le tribunal, une fois qu'il a été approuvé par le nombre requis de créanciers.

	Le plan peut traiter 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'un débiteur 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 au détriment ou au préjudice de la collectivité des créanciers [à l'exception des actes accomplis dans le cours normal des affaires].
Priorité	Préférence donnée au droit d'une personne sur le droit d'une autre personne et détermine, pour autant qu'il y ait lieu à cette fin, s'il s'agit d'un droit personnel ou réel, s'il a été ou non créé à titre de garantie d'une dette ou d'une autre obligation et si les mesures nécessaires pour qu'il produise ses effets à l'égard d'un réclamant concurrent ont été prises [article 5 de la Convention de la CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international].
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, judiciaire ou administrative, y compris une procédure provisoire dans l'intérêt des créanciers et d'autres personnes, menée conformément à la législation sur l'insolvabilité [dans laquelle les actifs et affaires du débiteur sont soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente] [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.
Procédure d'insolvabilité formelle	Procédure d'insolvabilité ouverte dans le cadre de la loi sur l'insolvabilité et régie par cette loi, comprenant généralement une procédure de liquidation et une procédure de redressement.
Procédure d'insolvabilité informelle	Procédure qui n'est pas régie par la loi sur l'insolvabilité et comporte généralement une négociation entre le débiteur et certains ou la totalité de ses créanciers. Ces procédures ont souvent été imaginées par les secteurs bancaire ou financier et prévoient généralement une forme ou une autre de redressement du débiteur insolvable. Bien qu'elles ne soient pas régies par une loi sur l'insolvabilité, ces procédures de redressement informelles ne peuvent être efficaces que s'il existe une telle loi ayant un certain effet indirect d'incitation ou de persuasion en faveur du redressement.
Procédure involontaire	Procédure d'insolvabilité ouverte à la demande d'une partie autre que le débiteur, par exemple des créanciers ou une autorité publique.
Procédure volontaire	Procédure d'insolvabilité ouverte à la demande du débiteur.
Protection appropriée	Mesures visant à maintenir la valeur économique d'une sûreté pendant la procédure d'insolvabilité (certaines législations parlent de "protection adéquate"). Cette protection peut être particulièrement utile lorsque la valeur de la créance garantie est supérieure à la valeur du bien grevé ou même lorsqu'elle lui est inférieure, mais que le bien grevé se déprécie et que sa

	valeur risque finalement d'être insuffisante pour satisfaire la créance garantie. L'application de l'arrêt des poursuites aux créanciers garantis et l'utilisation du bien grevé dans la procédure d'insolvabilité peuvent influer sur une telle diminution de valeur (voir recommandation 42). Une protection appropriée peut être assurée par des versements en espèces, la constitution d'une autre sûreté ou d'une sûreté supplémentaire ou par d'autres moyens qui, de l'avis du tribunal, sont de nature à apporter la protection nécessaire.
Redressement	Processus par lequel la prospérité financière et la viabilité de l'entreprise d'un débiteur peuvent être rétablies et l'entreprise continuer de fonctionner par le recours à 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. On emploie aussi, pour désigner ce type de procédure d'autres termes, tels que *rescue*, *restructuring*, *turnaround*, *rehabilitation*, *arrangement*, *composition*, concordat préventif de faillite, *suspensión de pagos*, *administración judicial de empresas* et *Vergleichverfahren*.
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 organe, y compris une personne ou un organe désigné à titre provisoire, autorisé dans une procédure d'insolvabilité à administrer le redressement ou la liquidation des biens ou des affaires du débiteur [alinéa 2 de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale] (voir aussi "représentant provisoire de l'insolvabilité").
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 et 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'au paiement du prix d'achat.
Superprivilège	Priorité entraînant le paiement des créances qui en bénéficient avant celui des créances afférentes à l'administration de la procédure.
Sûreté	Droit consenti par une partie engageant cette dernière à payer ou exécuter une obligation. Qu'elles soient constituées volontairement par convention, ou involontairement par l'effet de la loi, les sûretés comprennent — sans nécessairement s'y limiter — l'hypothèque, le gage et le nantissement.
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].

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2

Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

Note du secrétariat

[*Le Glossaire du* Guide *est publié sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1, et la deuxième partie du* Guide *sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 à Add.17*]

Les numéros de paragraphe entre crochets renvoient aux paragraphes pertinents de la précédente version de ce chapitre d'introduction, publiée sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.57.

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Pages*
PREMIÈRE PARTIE:	ÉTABLIR LA STRUCTURE ET LES PRINCIPAUX OBJECTIFS D'UN RÉGIME DE L'INSOLVABILITÉ EFFICACE ET RATIONNEL		
I.	INTRODUCTION AUX PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ	1-21	326
A.	Principaux objectifs d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel	3-13	326
1.	Maximiser la valeur des biens	4	326
2.	Établir un équilibre entre liquidation et redressement	5	326
3.	Garantir le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation	6	327
4.	Prévoir le règlement rapide, efficace et impartial de l'insolvabilité	7-8	327
5.	Prévenir le démembrement prématuré des biens du débiteur	9	327
6.	Prévoir une procédure transparente et prévisible qui encourage, par des mesures d'incitation, la collecte et la diffusion d'informations	10-11	327
7.	Reconnaître les droits des créanciers existants et établir des règles claires pour classer les créances prioritaires	12	328
8.	Établir un cadre pour l'insolvabilité internationale	13	328
B.	Équilibrer les principaux objectifs	14-18	328
C.	Caractéristiques générales d'un régime d'insolvabilité	19-21	329
II.	TYPES DE PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ	22-64	329
A.	Liquidation	26-29	330
B.	Redressement	30-55	331
1.	Procédures de redressement formelles	31-36	331
2.	Processus de redressement informels	37-52	332
a)	Conditions nécessaires	40	333
b)	Principaux éléments	41-51	333
c)	Règles et lignes directrices pour un redressement informel	52	334
3.	Procédures de redressement qui comprennent des éléments informels et formels	53-55	334
C.	Procédures administratives	56-57	335
D.	Structure du régime d'insolvabilité	58-64	335

Première partie

Établir la structure et les principaux objectifs d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel

I. INTRODUCTION AUX PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ

1. [23] Lorsqu'un débiteur ne peut faire face à ses dettes et engagements exigibles, la plupart des systèmes juridiques prévoient 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: en premier lieu ceux des parties, à savoir le débiteur, les propriétaires et la direction de l'entreprise débitrice, les créanciers qui peuvent être munis de sûretés à des degrés variables (y compris l'administration fiscale et d'autres créanciers publics), les salariés, les garants et les fournisseurs de biens et services; entrent aussi en ligne de compte les organismes juridiques, commerciaux et sociaux et les pratiques ayant un rapport avec la conception de la législation sur l'insolvabilité, y compris le cadre institutionnel nécessaire à son fonctionnement. En général, ce mécanisme doit concilier non seulement les différents intérêts de ces parties prenantes, mais aussi les intérêts et les considérations pertinentes d'ordre social, politique et public qui ont une incidence sur les objectifs économiques et juridiques de l'insolvabilité.

2. [23] La plupart des systèmes juridiques prévoient différents types de procédures (désignées dans le présent *Guide* sous le terme générique de "procédures d'insolvabilité") qui peuvent être engagées pour résoudre les difficultés financières d'un débiteur. Bien qu'elles aient toutes ce même objectif, ces procédures peuvent revêtir différentes formes pour lesquelles la terminologie employée n'est pas toujours uniforme et comporter des éléments "formels" et "informels". Les procédures d'insolvabilité formelles sont ouvertes en vertu de la législation sur l'insolvabilité et régies par celle-ci. Elles comprennent en général une procédure de liquidation et une procédure de redressement. Les processus d'insolvabilité informels ne sont pas régis par la législation sur l'insolvabilité et prévoient en général une négociation entre le débiteur et certains ou la totalité de ses créanciers. Ils ont souvent été élaborés par l'intermédiaire des secteurs bancaire et commercial et prévoient normalement une forme quelconque de redressement du débiteur insolvable. Même s'ils ne sont pas régis par une loi sur l'insolvabilité, leur efficacité est fonction de l'existence d'une telle loi, celle-ci pouvant prévoir des incitations indirectes ou d'autres moyens de persuasion en faveur d'un redressement (pour plus de détails, voir ci-dessous).

A. Principaux objectifs d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel

3. Bien que les approches des pays diffèrent, il est largement admis que des régimes de l'insolvabilité efficaces et rationnels devraient viser à atteindre les principaux objectifs définis ci-dessous. Quelle que soit la façon dont une législation sur l'insolvabilité sera structurée pour atteindre ces objectifs, elle devra être complémentaire du système juridique et du système de valeurs de la société sur lesquels elle se fonde, et qu'elle doit en fin de compte conforter, et être compatible avec eux. Bien que la législation sur l'insolvabilité constitue en général un régime distinct, ses effets ne devraient pas être fondamentalement en contradiction avec les principes sur lesquels se fonde le droit commun. Lorsqu'elle cherche effectivement à produire un effet différent ou fondamentalement divergent du droit commun (par exemple pour ce qui est du traitement des contrats, de l'annulation des actes et des opérations antérieurs à l'ouverture de la procédure ou du traitement des droits des créanciers garantis), il est très souhaitable que cet effet soit le fruit d'une réflexion approfondie et d'une politique délibérée.

1. Maximiser la valeur des biens

4. Les participants au processus d'insolvabilité devraient être fortement incités à maximiser la valeur des biens, car cela permettra de répartir un montant plus important entre l'ensemble des créanciers et de réduire la charge de l'insolvabilité. La réalisation de cet objectif est souvent facilitée par une juste répartition des risques entre les parties concernées. Ainsi, la manière dont sont traitées les opérations antérieures à l'engagement du processus peut garantir un traitement équitable des créanciers et augmenter la valeur des biens du débiteur grâce à la récupération de valeur au profit de tous les créanciers. Mais, en même temps, le traitement appliqué à ces opérations risque de nuire à la prévisibilité des relations contractuelles, qui est cruciale pour les décisions d'investissement, et, partant, de rompre l'équilibre entre les différents objectifs d'un régime de l'insolvabilité. De même, il faut parvenir à un équilibre entre une liquidation rapide et des efforts à plus long terme visant à redresser l'entreprise, qui peuvent générer davantage de valeur pour les créanciers, entre la nécessité de réaliser de nouveaux investissements afin de préserver ou d'augmenter la valeur des biens et les conséquences et les coûts de ces nouveaux investissements pour les différentes parties intéressées, et entre les différents rôles impartis à celles-ci, en particulier le pouvoir discrétionnaire que peut exercer le représentant de l'insolvabilité et la mesure dans laquelle les créanciers peuvent contrôler l'exercice de ce pouvoir pour assurer le bon déroulement du processus.

2. Établir un équilibre entre liquidation et redressement

5. Le premier objectif de la maximisation de la valeur est étroitement lié à l'équilibre à établir entre liquidation et redressement dans le régime de l'insolvabilité. [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). Pour parvenir à cet équilibre, il faudra peut-être prendre en compte d'autres considérations d'ordre social, comme l'encouragement du développement d'une classe d'entrepreneurs et la préservation des emplois. [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 permettrait de maximiser la valeur de l'entreprise pour la société et pour les créanciers. Cette option se fonde sur la théorie économique selon laquelle il peut être plus intéressant de conserver en bloc les activités essentielles d'une entreprise plutôt que de les fragmenter et de procéder à une "vente par appartement". Pour éviter que ni les créanciers ni le débiteur ne recourent abusivement au processus d'insolvabilité et garantir la possibilité d'opter pour la méthode la mieux à même de résoudre les difficultés financières du débiteur, la législation sur l'insolvabilité devrait également prévoir la conversion entre les différents types de procédures quand les circonstances le justifient.

3. Garantir le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation

6. Cet objectif est fondé sur le principe selon lequel, dans une procédure collective, les créanciers ayant les mêmes droits devraient être sur un pied d'égalité, leurs créances étant remboursées en fonction de leur rang et de leurs droits réels. [17] 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, ce facteur devenant toutefois moins déterminant lorsqu'il n'existe pas d'engagement de paiement particulier avec le débiteur, comme dans le cas des demandes de dommages-intérêts (par exemple, pour dégradation de l'environnement). Même si le traitement équitable est subordonné à la politique sociale relative à la priorité des créances et doit céder le pas aux prérogatives conférées, notamment par la loi, à certains détenteurs de créances ou de droits réels, ce principe demeure pertinent puisqu'il garantit que la priorité accordée aux créances d'une même catégorie s'applique de la même manière à tous les détenteurs de cette catégorie de créances. Le principe du traitement équitable se retrouve dans de nombreux aspects d'une législation sur l'insolvabilité, y compris en ce qui concerne l'arrêt ou la suspension des poursuites, les dispositions permettant d'annuler des actes et des opérations et de récupérer de la valeur pour la masse de l'insolvabilité, le classement des créances, les procédures de vote dans le redressement et les mécanismes de répartition. [17] Le régime de l'insolvabilité devrait traiter les problèmes de fraude et de favoritisme qui peuvent surgir en cas de difficultés financières, en prévoyant, par exemple, la possibilité de faire annuler les actes et les opérations portant atteinte au principe du traitement équitable des créanciers.

4. Prévoir le règlement rapide, efficace et impartial de l'insolvabilité

7. [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. Une administration rapide et efficace contribuera à maximiser la valeur des biens, tandis que l'impartialité contribuera à assurer l'équité du traitement. Tout le processus doit être soigneusement pensé afin de garantir une efficacité maximale sans sacrifier la souplesse. Il devrait en même temps viser à liquider les entreprises non viables et inefficaces et à assurer la survie de celles qui sont efficaces et potentiellement viables.

8. [18] La résolution rapide et ordonnée des difficultés financières d'un débiteur peut être favorisée par une loi sur l'insolvabilité qui facilite l'accès au processus d'insolvabilité en soumettant des critères clairs et objectifs, prévoit un moyen commode de recenser, de regrouper, de préserver et de recouvrer des biens et des droits devant servir à apurer les dettes, permet au débiteur et à ses créanciers de participer de la manière la plus rapide et la plus économique possible, prévoit une structure appropriée pour la supervision et l'administration du processus (comprenant à la fois des professionnels et les institutions concernées) et aboutit finalement à l'extinction effective des obligations financières du débiteur.

5. Prévenir le démembrement prématuré des biens du débiteur

9. [19] Un régime d'insolvabilité devrait prévenir le démembrement prématuré des biens du débiteur par les créanciers engageant des poursuites individuelles pour recouvrer leurs créances. Ces actions réduisent souvent la valeur totale des biens disponibles pour payer toutes les créances opposables au débiteur et peuvent empêcher le redressement de l'entreprise ou sa cession en vue de la poursuite de l'activité. 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 et prévisible qui encourage, par des mesures d'incitation, la collecte et la diffusion d'informations

10. [20] La législation sur l'insolvabilité devrait être transparente et prévisible. Cela permettra aux créanciers et prêteurs potentiels de comprendre le déroulement du processus et de mesurer les risques liés à leur statut de créanciers en cas d'insolvabilité, renforcera la stabilité des relations commerciales et favorisera la baisse des primes de risque associées aux prêts et aux investissements. La transparence et la prévisibilité permettront aussi aux créanciers de clarifier les priorités, contribueront à prévenir les conflits en permettant la détermination des droits et des risques relatifs et aideront à définir les limites de tout pouvoir discrétionnaire. Une application imprévisible de la législation sur l'insolvabilité risque en revanche non seulement d'ébranler la confiance de tous les participants dans la procédure, mais aussi de freiner leurs décisions en matière de

crédit et d'investissement. [20] 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 (par exemple le droit du travail; le droit commercial et le droit des contrats; le droit fiscal; les lois relatives aux devises, aux compensations et aux compensations globales, à la conversion de créances en prises de participation, voire le droit de la famille et le droit matrimonial).

11. [20] La législation 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. L'accès à ces informations permettra à ceux qui sont chargés d'administrer et de superviser la procédure d'insolvabilité (tribunaux, organes administratifs, représentant de l'insolvabilité) et aux créanciers d'évaluer la situation financière du débiteur et de déterminer la solution la plus appropriée.

7. Reconnaître les droits des créanciers existants et établir des règles claires pour classer les créances prioritaires

12. [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 une sécurité sur le marché et facilitera l'octroi de crédits, en particulier pour ce qui est des droits et priorités des créanciers garantis. Pour classer les créances existantes et les créances postérieures à l'ouverture de la procédure, il importe d'énoncer des règles claires, afin qu'elles soient applicables de façon cohérente, que les prêteurs sachent à quoi s'en tenir, que la procédure inspire confiance et que tous les participants puissent adopter des mesures appropriées pour gérer le risque. Dans toute la mesure possible, ces priorités devraient être fixées en fonction des accords commerciaux existants et ne pas refléter des préoccupations d'ordre social et politique susceptibles de fausser l'issue de la procédure. Il faudrait éviter d'accorder la priorité à des créances qui ne sont pas fondées sur des accords commerciaux.

8. Établir un cadre pour l'insolvabilité internationale

13. [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.

B. Équilibrer les principaux objectifs

14. Étant donné qu'un régime de l'insolvabilité ne peut protéger entièrement les intérêts de toutes les parties, certains des choix fondamentaux qu'il convient de faire lorsqu'on élabore une législation sur l'insolvabilité ont trait à la définition des buts généraux de ladite législation et à la réalisation de l'équilibre souhaité entre les objectifs définis plus haut. Les lois sur l'insolvabilité parviennent à établir cet équilibre en modifiant la répartition des risques de l'insolvabilité d'une façon qui soit compatible avec les objectifs économiques, sociaux et politiques d'un pays. De ce fait, les régimes de l'insolvabilité peuvent avoir des incidences très importantes sur l'ensemble de l'économie.

15. La première tâche de tout système d'insolvabilité consiste à établir un cadre de principes qui détermine la manière dont les biens du débiteur insolvable doivent être administrés au profit de toutes les parties concernées. La création de ce cadre et son incorporation dans la procédure légale générale sont indispensables pour maintenir l'ordre social et la stabilité. Toutes les parties doivent être en mesure de prévoir leurs droits si un débiteur se révèle incapable de payer une partie ou l'intégralité de ce qu'il leur doit. Ainsi, les créanciers comme les investisseurs en fonds propres peuvent calculer les incidences économiques du défaut du débiteur et, par voie de conséquence, évaluer leurs risques.

16. Il n'existe pas de formule universelle pour élaborer un régime de l'insolvabilité car les besoins des pays sont sensiblement différents, de même que leurs lois régissant d'autres questions d'une importance fondamentale pour l'insolvabilité, telles que les sûretés, les droits réels et contractuels et les procédures de recours et de recouvrement. Cela étant, la plupart des systèmes d'insolvabilité traitent l'ensemble des questions soulevées par les objectifs principaux, même si l'accent ne porte pas sur les mêmes éléments. Si certaines lois (parfois qualifiées de régimes "favorables au créancier") privilégient la reconnaissance et l'exécution des droits des créanciers et des accords commerciaux et donnent aux créanciers plus de pouvoirs qu'au débiteur dans la procédure d'insolvabilité, d'autres (qualifiées de régimes "favorables au débiteur") tendent au contraire à laisser davantage de contrôle au débiteur. Certaines lois privilégient la liquidation de l'entreprise débitrice afin d'éliminer du marché les acteurs inefficaces et incompétents, alors que d'autres favorisent le redressement. Cette dernière option peut permettre d'atteindre plusieurs objectifs: donner une deuxième chance aux actionnaires et à la direction de l'entreprise débitrice en augmentant la valeur des créances des créanciers du fait de la poursuite de l'activité, inciter fortement les entrepreneurs et les gestionnaires à adopter une attitude appropriée à l'égard du risque; ou protéger des groupes vulnérables, tels que les salariés de l'entreprise débitrice, des conséquences d'une faillite[1].

17. Cependant, il ne faudrait pas que l'adoption d'une approche favorable au redressement ait pour effet d'offrir

[1]Il n'y a pas nécessairement de corrélation directe entre le fait qu'un régime d'insolvabilité soit favorable au débiteur ou au créancier et que l'accent soit mis sur la liquidation ou sur le redressement, et le succès ou l'échec du redressement. Ces questions, même si leur examen détaillé n'entre pas dans le cadre du présent *Guide*, sont importantes pour l'élaboration d'un régime d'insolvabilité et méritent d'être prises en considération. Bien que le taux de réussite des redressements varie considérablement dans les régimes considérés comme favorables aux créanciers, des études semblent infirmer l'hypothèse selon laquelle les redressements seraient moins nombreux ou leurs succès moins fréquents dans ces régimes que dans ceux qui sont favorables au débiteur.

une planche de salut à des entreprises moribondes — celles qu'il n'est plus possible de sauver devraient être liquidées aussi rapidement et efficacement que possible. Dans la mesure où certains intérêts peuvent être considérés comme moins prioritaires que d'autres, la mise en place de mécanismes en dehors du régime d'insolvabilité peut être une meilleure solution que la prise en compte de ces intérêts dans le cadre dudit régime. Ainsi, lorsque la législation sur l'insolvabilité accorde un rang moins élevé aux salariés qu'aux créanciers garantis et prioritaires, des mécanismes d'assurance peuvent être utilisés pour protéger les droits de ces salariés.

18. Parce que la société évolue sans cesse, le droit de l'insolvabilité ne peut être statique, il convient au contraire de le réexaminer à intervalles réguliers pour s'assurer qu'il répond aux besoins sociaux du moment. Pour répondre au changement social tel qu'il est perçu, il faut une réflexion qui peut être nourrie par les meilleures pratiques internationales, lesquelles peuvent être ensuite transposées dans les régimes nationaux d'insolvabilité, compte tenu des réalités du système et des ressources humaines et matérielles disponibles.

C. Caractéristiques générales d'un régime d'insolvabilité

19. [24] Pour élaborer un régime d'insolvabilité efficace et rationnel, il faut examiner une série de questions ayant trait à la fois au cadre juridique (droits et obligations des parties, tant sur le fond que sur le plan de la procédure), et au cadre institutionnel (pour exécuter ces droits et obligations) requis. Les questions de fond, qui sont examinées en détail dans la deuxième partie du présent *Guide*, sont les suivantes:

a) Identification des débiteurs qui peuvent faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité, y compris ceux auxquels il peut être nécessaire d'appliquer un régime d'insolvabilité spécial;

b) 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 l'ouverture;

c) Mesure dans laquelle le débiteur devrait être autorisé à conserver le contrôle de l'entreprise après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou être dessaisi et une partie indépendante (appelée dans le présent *Guide* le représentant de l'insolvabilité) nommée pour superviser et gérer l'entreprise débitrice, et distinction à opérer à cet égard entre liquidation et redressement;

d) Protection des biens du débiteur contre les actions des créanciers, contre le débiteur lui-même et contre le représentant de l'insolvabilité, et, lorsque des mesures de protection s'appliquent aux créanciers garantis, manière dont la valeur de leurs sûretés est protégée pendant la procédure d'insolvabilité;

e) Manière dont le représentant de l'insolvabilité peut traiter les contrats conclus par le débiteur avant l'ouverture de la procédure et dans lesquels ni le débiteur ni son cocontractant ne se sont entièrement acquittés de leurs obligations respectives;

f) Mesure dans laquelle les droits à compensation ou à compensation globale seront suspendus du fait de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité;

g) Manière dont le représentant de l'insolvabilité peut utiliser les biens de la masse de l'insolvabilité ou en disposer;

h) Mesure dans laquelle le représentant de l'insolvabilité peut annuler certains types d'opérations qui lèsent les intérêts des créanciers;

i) Dans le cas d'un redressement, élaboration du plan de redressement et restrictions éventuelles à imposer au contenu du plan, partie habilitée à élaborer ce dernier et conditions requises pour son approbation et son exécution;

j) Classement des créanciers aux fins de la répartition du produit de la liquidation; et

k) Mise en œuvre du plan de redressement, répartition du produit de la liquidation, libération du débiteur ou dissolution de l'entreprise débitrice et clôture de la procédure.

20. [25] Outre ces questions spécifiques, il faut examiner de façon plus générale comment la loi sur l'insolvabilité s'articulera avec d'autres lois et si elle l'emportera sur ces lois. Les textes en question peuvent être les dispositions du droit du travail qui prévoient certaines protections en faveur des salariés, les lois qui restreignent les possibilités de recours à la compensation et à la compensation globale, les lois qui restreignent les conversions de créances en prises de participation et 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, dans la deuxième partie, Contrats de travail et salariés; Compensation et compensation globale; et Contenu du plan de redressement).

21. Bien que le présent *Guide* n'examine pas en détail le cadre institutionnel, certaines de ces questions sont abordées dans la deuxième partie. Nonobstant la diversité des questions de fond qui doivent être résolues, les lois sur l'insolvabilité revêtent un caractère très procédural. L'élaboration des règles de procédure joue un rôle crucial dans la détermination de la répartition des rôles entre les divers participants, en particulier en ce qui concerne la prise de décisions. Dans la mesure où la législation sur l'insolvabilité confère en grande partie à l'infrastructure institutionnelle la responsabilité de prendre des décisions essentielles, il est indispensable que cette infrastructure soit suffisamment développée pour s'acquitter des fonctions qui lui sont dévolues.

II. TYPES DE PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ

22. [26] Deux principaux types de procédures se retrouvent dans la plupart des régimes d'insolvabilité — la liquidation (qui est généralement une procédure formelle) et le redressement (qui peut être une procédure formelle, un processus informel ou, dans certains cas, un processus qui combine des éléments formels et informels).

23. [26] La distinction traditionnelle entre ces deux types de processus peut être 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. 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, notamment 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 et séparée des biens) afin de tirer de la masse de l'insolvabilité la valeur la plus élevée possible. De même, le redressement peut exiger la vente d'éléments importants de l'entreprise du débiteur ou [27] déboucher sur la liquidation ou la vente de l'entreprise à un repreneur et sur la dissolution de l'entreprise débitrice existante.

24. [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 strictement défini. La notion de redressement pouvant recouvrir divers types d'arrangements, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité adopte une approche non normative et autorise des arrangements qui permettront de créer davantage de valeur pour les créanciers que la liquidation de l'entreprise débitrice.

25. [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.

A. Liquidation

26. [29] Le type de procédure qualifié de "liquidation" est régi par la législation sur l'insolvabilité et prévoit généralement la prise en charge des biens 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 de répartir le produit de la vente des biens au prorata entre les créanciers. Les biens peuvent être vendus séparément ou l'entreprise cédée par unités de production ou en bloc en vue de la poursuite de son activité, et cette procédure aboutit généralement à la dissolution de l'entreprise ou à la disparition du débiteur en tant qu'entité commerciale. D'autres termes tels que *bankruptcy*, *winding-up*, faillite, *quiebra*, *Konkursverfahren* sont utilisés pour désigner ce type de procédure.

27. [30] Les procédures de liquidation tendent à avoir dans leur conception, leur acceptation et leur application un caractère quasi "universel", et se déroulent normalement suivant le schéma ci-après:

a) Saisine d'un tribunal ou d'un autre organe compétent soit par le débiteur soit par un ou plusieurs créanciers;

b) Décision par un tribunal de liquidation de l'entreprise débitrice;

c) Nomination d'une personne indépendante chargée de conduire et d'administrer la liquidation;

d) Cessation de l'activité de l'entreprise débitrice;

e) Dessaisissement des propriétaires et des dirigeants et licenciement des salariés;

f) Vente des actifs de l'entreprise débitrice, séparément ou en vue de la poursuite des activités;

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 débitrice, lorsqu'il s'agit d'une société ou d'un autre type de personne morale, ou libération, dans le cas d'une personne physique.

28. [31] Un certain nombre de considérations juridiques et économiques justifient la liquidation. En gros, on peut considérer qu'une entreprise commerciale qui n'est pas compétitive dans une économie de marché devrait être éliminée. L'un des principaux signes du manque de compétitivité d'une entreprise est le fait qu'elle satisfait à un des critères d'insolvabilité, à savoir qu'elle est dans l'incapacité de payer ses créances à leur échéance ou que son passif dépasse son actif. 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. Une procédure collective est conçue de façon à assurer un traitement équitable aux créanciers, en traitant de la même manière les créanciers se trouvant dans une situation similaire, 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.

29. [32] Un mécanisme ordonné et relativement prévisible d'exécution des droits collectifs des créanciers peut également apporter aux créanciers un élément de prévisibilité au moment où ils décident d'octroyer des crédits et, d'une manière plus générale, favoriser les intérêts de tous les acteurs économiques en facilitant l'offre de crédit et le développement des marchés financiers. Cela signifie qu'un régime d'insolvabilité devrait faire fonction de mécanisme d'exécution des droits de créanciers individuels, encore qu'il y ait entre les deux types de processus un lien manifeste et important. L'efficience et l'efficacité des procédures d'exécution individuelle des droits des créanciers éviteront à ces derniers d'être contraints de recourir à la procédure d'insolvabilité, d'autant qu'en général le niveau de preuve, le coût et la complexité de cette procédure n'en font pas un instrument approprié à cette fin. Cela étant, un processus d'insolvabilité efficace garantira, en cas d'échec des mécanismes de recouvrement des créances, que les créanciers disposeront d'une ultime voie de recours susceptible d'inciter un débiteur récalcitrant à payer tel ou tel créancier.

B. Redressement

30. [33] Au lieu de la liquidation, on peut envisager une procédure qui vise à sauver l'entreprise au lieu de céder ses biens et 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 (même si elles peuvent, dans certains cas, déboucher sur une réduction des activités de l'entreprise, sa vente à un repreneur en vue de la poursuite de l'activité ou sa liquidation).

1. Procédures de redressement formelles

31. [34] Ainsi qu'il est indiqué plus haut, les procédures de redressement peuvent être couvertes par la législation sur l'insolvabilité ou être un processus informel ou un processus qui combine des éléments formels et informels. L'une des raisons pour lesquelles il convient d'inclure une procédure de redressement formelle dans une loi sur l'insolvabilité est que toutes les entreprises débitrices qui donnent des signes de faiblesse ou connaissent de graves difficultés financières sur un marché concurrentiel ne doivent pas nécessairement être liquidées; une entreprise débitrice qui a des perspectives raisonnables de survie (c'est-à-dire qui exerce une activité potentiellement rentable) devrait se voir redonner une chance, 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 débitrice pour lui permettre de 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 débitrice a des chances d'améliorer les perspectives de recouvrement de leurs créances. Le redressement, toutefois, n'implique pas que toutes les parties intéressées doivent être entièrement protégées ni qu'elles devraient être rétablies dans la position financière ou commerciale qui aurait été la leur si l'entreprise n'était pas devenue insolvable. Il ne signifie pas que l'entreprise débitrice sera complètement remise sur pied ou que ses créanciers seront totalement désintéressés, ni que les propriétaires et la direction de l'entreprise insolvable maintiendront et préserveront leurs positions respectives. Les dirigeants peuvent être démis et remplacés, les fonds propres réduits à néant, une partie des salariés licenciés et les fournisseurs perdre un de leurs débouchés. 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 débitrice devait être liquidée.

32. Parmi les autres facteurs qui justifient le recours au redressement figure le fait que [38] l'économie moderne a considérablement réduit la mesure dans laquelle la valeur des biens du débiteur 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 outre, 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 débitrice en difficulté.

33. [35] Les procédures de redressement 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 ainsi réduites et le débiteur, redevenu solvable, peut poursuivre ses activités. Il peut aussi s'agir d'une procédure complexe prévoyant, par exemple, la restructuration des dettes (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.

34. [36] Bien que le redressement ne soit pas aussi universel 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:

a) Soumission du débiteur au processus (volontairement ou à la demande des créanciers), lequel peut comporter ou non un contrôle ou une surveillance judiciaire;

b) Interdiction ou suspension automatique et obligatoire des actions et des poursuites contre le patrimoine du débiteur, opposable à tous les créanciers pendant une période limitée;

c) Continuation de l'activité du débiteur, 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 du débiteur lui-même;

e) Examen, mise aux voix et acceptation du plan par les créanciers;

f) Éventuellement, approbation ou confirmation judiciaire du plan accepté; et

g) Exécution du plan.

35. [37] Les avantages du redressement sont de plus en plus acceptés, et de nombreuses lois sur l'insolvabilité contiennent des dispositions relatives aux procédures de redressement formelles. La mesure dans laquelle on a recours, pour atteindre ses objectifs, à une procédure formelle plutôt qu'à un processus informel varie selon les pays. Il est généralement reconnu que l'existence d'une procédure de liquidation peut faciliter le redressement d'une entreprise débitrice, soit par la voie d'une procédure de redressement formelle, soit par des moyens informels dans le cadre d'une procédure extrajudiciaire (en 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.

36. [37] Il y a toutefois souvent une corrélation entre la gravité des difficultés financières que connaît le débiteur, l'intrication de ses arrangements commerciaux et la complexité de la solution appropriée. Si, par exemple, une seule banque est impliquée, il est préférable que le débiteur puisse négocier avec elle de façon informelle et résoudre ses difficultés sans faire intervenir ses créanciers commerciaux et sans qu'il soit nécessaire d'ouvrir une procédure formelle. Lorsque la situation financière est plus complexe et exige la participation d'un grand nombre de créanciers de types différents, un plus grand formalisme peut être nécessaire pour trouver une solution qui satisfasse les intérêts et objectifs de ces créanciers [38] puisque, dans un redressement extrajudiciaire, il faut l'unanimité. Une procédure formelle peut aider à atteindre l'objectif souhaité en ce qu'elle 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.

2. Processus de redressement informels [à coordonner avec les paragraphes 363 à 366 du document A/CN.9/WP.63/Add.12]

37. [39] Des processus informels ont été imaginés il y a quelques années par le secteur bancaire comme alternative aux procédures formelles de redressement. Mené et influencé par des banques et des établissements financiers opérant internationalement, le processus informel s'est progressivement étendu, bien qu'à des degrés divers, à un nombre considérable de pays — si certains y recourent rarement, dans d'autres la plupart des redressements seraient opérés de manière informelle. Cette situation peut, jusqu'à un certain point, refléter l'existence (ou l'absence) de ce qui est parfois qualifié de "culture du sauvetage" — à savoir la mesure dans laquelle les participants estiment que les processus informels sont susceptibles de réussir, indépendamment de l'absence de caractéristiques de la procédure prévue par la loi sur l'insolvabilité, telles qu'un moratoire — et de la nécessité d'un consensus des créanciers pour parvenir à un accord informel.

38. [39] L'application du processus informel s'est généralement 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 ceux-ci et le débiteur en vue du redressement de l'entreprise débitrice, avec ou sans 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. Bien qu'il ne se fonde ni ne s'appuie sur les dispositions de la législation sur l'insolvabilité, le redressement informel s'appuie néanmoins sur l'existence et l'accessibilité du système judiciaire pour appliquer des sanctions qui peuvent contribuer à son succès. À moins que le débiteur, sa banque et les créanciers financiers saisissent l'occasion pour se regrouper et ouvrir le processus informel, le débiteur ou les créanciers peuvent invoquer la loi sur l'insolvabilité formelle, avec les inconvénients que cela peut comporter pour l'un comme pour les autres en termes de retards, du coût et de résultat.

39. De nombreux systèmes juridiques envisagent la possibilité pour un débiteur de conclure avec certains ou l'ensemble de ses créanciers un accord ou un arrangement qui ne sera pas régi par le droit de l'insolvabilité mais peut l'être, par exemple, par le droit des contrats, le droit des sociétés ou le droit commercial, le droit de la procédure civile ou encore, dans certains cas, par la réglementation bancaire pertinente. Cependant, quelques pays n'autorisent pas le redressement extrajudiciaire ou hors du cadre de la législation sur l'insolvabilité, ou considèrent que les mesures associées à ce redressement informel sont suffisantes pour que les tribunaux fassent une déclaration d'insolvabilité. De même, un certain nombre de pays, du fait qu'ils imposent au débiteur l'obligation d'ouvrir une procédure d'insolvabilité formelle dans un certain délai après la survenue d'un événement caractéristique de l'insolvabilité, limitent le recours aux processus informels aux cas dans

lesquels les conditions formelles pour l'ouverture de la procédure ne sont pas remplies. [Il semble néanmoins que dans ces pays, les banques et autres créanciers aient souvent recours à diverses techniques pour parvenir à une forme ou une autre de redressement des débiteurs.]

a) Conditions nécessaires

40. Un certain nombre de conditions bien définies doivent être réunies au départ pour assurer l'efficacité des redressements informels. Ces conditions peuvent être les suivantes:

a) Sommes importantes exigibles par un certain nombre de grandes banques ou autres institutions financières;

b) Incapacité du débiteur de payer ces dettes;

c) Acceptation de l'idée qu'il peut être préférable de négocier un accord entre l'entreprise débitrice et les bailleurs de fonds comme entre ces derniers eux-mêmes, afin de résoudre les difficultés financières de l'entreprise débitrice;

d) Recours à des techniques de refinancement, garanties et autres techniques commerciales relativement complexes susceptibles d'être utilisées pour modifier, réaménager ou restructurer les dettes ou l'entreprise débitrice elle-même;

e) Mise en œuvre obligatoire et rapide de la loi sur l'insolvabilité si le processus de négociation ne peut être engagé ou échoue;

f) Perspective pour toutes les parties d'une solution plus avantageuse par la négociation que par le recours direct et immédiat à la loi sur l'insolvabilité (en partie parce que le résultat de la négociation est soumis au contrôle des parties prenantes et que le processus est moins onéreux et peut être mené à bien rapidement sans perturber l'activité de l'entreprise débitrice);

g) Le débiteur n'a pas besoin d'un allégement de ses dettes commerciales ou des avantages d'une procédure d'insolvabilité formelle, tels que l'arrêt automatique des poursuites ou la possibilité de rejeter des créances trop lourdes; et

h) Conditions fiscales avantageuses ou neutres s'appliquant au redressement tant dans le pays du débiteur que dans les pays des créanciers étrangers.

b) Principaux éléments

41. Pour qu'un processus de redressement informel soit efficace, il faut suivre un certain nombre d'étapes et faire appel à diverses compétences. Les principaux éléments de ce processus sont examinés ci-dessous.

i) Engager le processus

42. Le processus informel consiste essentiellement à réunir le débiteur et les créanciers, ou du moins les principaux créanciers, l'un ou plusieurs d'entre eux devant engager le processus (car ils ne peuvent s'appuyer sur une loi ni sur un facilitateur pour engager ou imposer ce processus ou y contribuer). Un débiteur peut être réticent à entamer un dialogue avec les créanciers, ou du moins avec l'ensemble de ceux-ci, et les créanciers, soucieux de leur propre situation, peuvent montrer peu d'intérêt pour un processus collectif. C'est alors que peuvent être invoquées la possibilité et l'efficacité de recours individuels par les créanciers ou d'une procédure d'insolvabilité formelle pour encourager la mise en route et la bonne progression d'un processus informel. En effet, un débiteur qui reste réticent à participer à ce processus peut faire l'objet de procédures individuelles de recouvrement de créances ou d'exécution de sûretés, voire d'une procédure d'insolvabilité, qu'il ne pourra empêcher d'aboutir ni retarder. Les créanciers, de leur côté, peuvent également se trouver soumis à une procédure d'insolvabilité formelle qui les empêchera de faire exécuter leurs droits individuels et ne sera peut-être pas le meilleur moyen de recouvrer leurs créances. Il est donc capital, dans ce type de processus, de créer un cadre dans lequel le débiteur et ses créanciers peuvent rechercher et négocier un accord de règlement des difficultés financières du premier.

ii) Coordonner les participants — désigner un créancier chef de file et constituer un comité directeur

43. Le redressement devrait faire intervenir toutes les parties principales; en général, la participation du groupe des prêteurs et parfois des principaux créanciers qui peuvent être concernés par le redressement est essentielle pour le processus. Pour mieux coordonner les négociations, il faudrait désigner un créancier principal responsable de l'orientation, de l'organisation, de la gestion et de l'administration du processus. Ce créancier fait en général rapport à un comité représentatif des créanciers (comité directeur) et peut apporter une aide et répercuter les propositions concernant le débiteur.

iii) Convenir d'une "trêve"

44. Pour permettre la poursuite de l'activité du débiteur, disposer de suffisamment de temps pour obtenir et analyser les informations sur sa situation, et formuler et évaluer des propositions visant à résoudre ses difficultés financières, il peut être nécessaire de parvenir à un accord contractuel de suspension des actions préjudiciables tant du débiteur que des principaux créanciers. Cet accord devra porter en général sur une période définie, le plus souvent courte, à moins que cela ne convienne pas dans un cas particulier.

iv) Faire intervenir des conseillers

45. Un redressement informel se déroule rarement, sinon jamais, sans l'intervention d'experts et de conseillers indépendants de diverses branches professionnelles (droit, comptabilité, réglementation financière et commerciale, marketing). Si l'on peut penser que ces interventions entraîneront des coûts inutiles et constitueront une ingérence dans les affaires du débiteur et des créanciers ainsi qu'une perte de contrôle, il n'en est pas moins nécessaire en général de disposer d'informations vérifiées par des experts indépendants ainsi que de plans de refinancement, de restructuration, de gestion et d'exploitation élaborés par des professionnels, qui sont essentiels pour assurer la réussite du processus.

v) Assurer des liquidités et un flux de trésorerie appropriés

46. Un débiteur qui devient candidat à un éventuel redressement informel aura souvent besoin de conserver l'accès à ses lignes de crédit existantes ou de bénéficier de nouveaux crédits. Il se peut que l'octroi de crédits par les créanciers garantis existants ne présente aucun problème. Dans le cas contraire, toutefois, et si de nouveaux crédits sont nécessaires, il sera peut-être difficile d'en garantir le remboursement si le redressement échoue. Mais alors que la loi sur l'insolvabilité permettra de régler cette question en attribuant une forme ou une autre de priorité à ces prêts en cours (voir deuxième partie, chap. VI.B), elle ne s'étendra généralement pas à ce type d'arrangement dans le cadre d'un processus informel.

47. Les créanciers qui participent à une tentative de redressement peuvent néanmoins convenir que si l'un ou plusieurs d'entre eux octroient de nouveaux crédits, les autres seront subrogés dans leurs créances afin que les nouveaux prêts soient remboursés avant celles-ci. Ainsi, si le redressement réussit, il y aura entre ces créanciers un accord contractuel pour le remboursement des nouveaux prêts. Mais si le redressement échoue et que l'entreprise débitrice est liquidée, le créancier qui a consenti un nouveau crédit peut se retrouver avec une créance chirographaire (à moins qu'une sûreté n'ait été constituée) et n'être que partiellement remboursé au même titre que les autres créanciers chirographaires.

vi) Accès à des informations complètes et exactes sur le débiteur

48. Cet élément est essentiel pour permettre une évaluation correcte de la situation financière du débiteur et soumettre des propositions aux créanciers concernés. Les informations sur l'actif, le passif et les affaires du débiteur devraient êtres mises à la disposition de tous les créanciers concernés, mais devront peut-être rester confidentielles, sauf si elles sont déjà publiques.

vii) Traiter avec les créanciers

49. La complexité des intérêts des créanciers pose souvent des problèmes très délicats dans les processus informels. On ne peut prendre en compte ces intérêts divergents et persuader les créanciers qui ont déjà engagé à l'encontre du débiteur une action en recouvrement ou en exécution forcée de participer au processus informel que si celui-ci a des chances de parvenir à un meilleur résultat ou si la menace d'une procédure d'insolvabilité formelle dissuade les créanciers de faire valoir leurs droits individuellement.

50. Dans de nombreux cas, cependant, il sera impossible (voire inutile) de faire participer tous les créanciers au processus informel, soit en raison de leur nombre et de leurs intérêts divergents, soit parce qu'il sera contre-productif d'associer audit processus des créanciers auxquels le débiteur ne doit que de petites sommes ou qui n'ont ni les connaissances ni les compétences commerciales nécessaires pour y prendre une part active ou encore qui ne le souhaitent pas. Si les créanciers qui relèvent de ces catégories peuvent souvent être tenus à l'écart, on ne peut pour autant les ignorer, car ils peuvent être importants pour la poursuite de l'activité de l'entreprise (en tant que fournisseurs de biens ou services essentiels ou parce qu'ils participent à des parties essentielles du processus de production de l'entreprise débitrice) et qu'aucune règle ne peut les contraindre à accepter la décision de la majorité.

51. Dans un redressement informel, les créanciers commerciaux et les petits créanciers sont souvent intégralement remboursés. Si cette situation semble révéler une inégalité de traitement, elle peut être jugée économiquement rationnelle par le groupe des principaux créanciers. Une autre solution est de faire accepter par les principaux créanciers un plan de redressement qui servira ensuite de base pour une procédure de redressement formelle supervisée par un tribunal à laquelle participeront d'autres créanciers (on parle parfois à ce propos de plan "préparé"; voir chapitre V.B de la deuxième partie). Ce plan peut ensuite lier les autres créanciers. Mais l'obtention d'un tel résultat suppose l'existence d'un régime d'insolvabilité formel efficace.

c) Règles et lignes directrices pour un redressement informel

52. [43] Pour aider à mener à bien un redressement informel, et en particulier pour traiter les problèmes mentionnés plus haut dans le cas d'entreprises multinationales complexes, un certain nombre d'organisations ont élaboré des principes et des lignes directrices non contraignants. L'une de ces méthodes, dite "de Londres", tire son nom 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. Des principes analogues ont été élaborés par les banques centrales d'autres pays [A/CN.9/WP.63/Add.12, par. 365]. Une des organisations internationales ayant entrepris des travaux dans ce domaine est la Fédération internationale des professionnels de l'insolvabilité (INSOL), qui a élaboré des Principes pour une approche globale des accords de règlement amiable faisant intervenir plusieurs créanciers. Ces principes ont pour but d'accélérer les processus informels et d'accroître leurs chances de réussite en expliquant aux diverses catégories de créanciers comment procéder sur la base de règles convenues d'un commun accord.

3. Procédures de redressement qui comprennent des éléments informels et formels

53. [47] Certains pays ont adopté ce que l'on peut appeler des procédures antérieures à l'insolvabilité ou "préparées",

qui sont en fait une combinaison de processus informels de redressement et de procédures judiciaires de redressement. Dans un pays, par exemple, des règlements ont été publiés qui permettent au tribunal d'approuver formellement un plan de redressement négocié de manière informelle et adopté par les créanciers par un vote qui a eu lieu avant l'ouverture de la procédure formelle. De tels processus visent à réduire au minimum le coût et la durée du redressement formel tout en donnant la possibilité d'approuver un plan de redressement négocié de manière informelle et qui n'a pas l'appui unanime des créanciers. Ce processus permet de tirer parti des efforts entrepris dans le cadre des négociations informelles pour mener à bien un redressement qui liera tous les créanciers, tout en garantissant aux créanciers concernés les protections prévues par la loi sur l'insolvabilité.

54. [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.

55. Ces types de procédures sont examinés plus en détail au chapitre V.B de la deuxième partie.

C. Procédures administratives

56. [44] 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 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 spécial qui, en vertu de la loi le régissant, 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.

57. Ces procédures ne sont pas examinées en détail dans le *Guide,* car, d'une part, elles sont relativement complexes et supposent l'élaboration de règles et de règlements particuliers et, d'autre part, elles concernent des situations particulières d'échec du système.

D. Structure du régime d'insolvabilité

58. [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 avec une seule condition d'ouverture 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.

59. [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.

60. [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. Outre que cette approche risque, entre autres inconvénients, de susciter une polarisation excessive entre liquidation et redressement, elle peut entraîner des retards et une augmentation des coûts et se révéler inefficace, en particulier lorsque le redressement échoue et qu'une nouvelle demande distincte de liquidation doit être formulée. On peut pallier cet inconvénient en établissant des liens entre les deux procédures, pour permettre la conversion de l'une en l'autre dans des cas particuliers, et en prévoyant 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.

61. [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, soit au début de la procédure, soit plus tard, que le redressement a peu de chances d'aboutir ou est voué à l'échec, 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.

62. [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.

63. [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"[2]. 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. Les avantages fondamentaux de cette solution sont sa simplicité sur le plan procédural, sa souplesse et sa rentabilité potentielle. Une procédure unitaire simple, permettant d'envisager une réorganisation et un redressement, peut également encourager les débiteurs à y recourir dès qu'ils connaissent des difficultés financières, augmentant ainsi les chances de succès d'un redressement. Elle peut aussi avoir un inconvénient, à savoir comporter, entre le moment où la décision d'ouvrir une procédure est prise et celui où le choix de la procédure est fait, un laps de temps susceptible d'avoir des incidences sur l'entreprise du débiteur et la valeur de ses biens.

64. Quelle que soit la façon dont la loi sur l'insolvabilité est formulée en ce qui concerne la liquidation et le redressement, elle devrait faire en sorte qu'un débiteur, une fois dans le système, ne puisse en sortir sans que son avenir ait été déterminé d'une manière ou d'une autre.

---

[2]Si l'on opte pour un système unitaire, il faut procéder à certaines modifications des éléments fondamentaux de la loi sur l'insolvabilité.

A/CN.9/WP.V/WP.63/Add.16

Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

Note du secrétariat

TABLE DES MATIÈRES

[*Le glossaire se rapportant au* Guide *est paru sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1; les chapitres I et II de la première partie sont parus sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2, les sections A et B du chapitre II de la deuxième partie sont parues sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 et 4, les sections A à F du chapitre III sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 à 9, les sections A à D du chapitre IV sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10 et 11, le chapitre V sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12, les sections A à C du chapitre VI sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.13 et 14, et les sections A et B du chapitre VII sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/ Add.15*]

		Paragraphes	*Pages*
Deuxième partie (suite)			
IV.	PARTICIPANTS ET INSTITUTIONS	1-14	337
	A. Le débiteur	—	337
	6. Droits de réexamen et d'appel	—	337
	C. Les créanciers	1-14	337
	3. Droits de réexamen et d'appel	1-14	337
VI.	ADMINISTRATION DE LA PROCÉDURE	15-24	339
	D. Traitement des groupes de sociétés	15-24	339
	1. Introduction	15-17	339
	2. Responsabilité du groupe pour les dettes externes	18-23	340
	3. Dettes intragroupe	24	340

Deuxième partie (*suite*)

IV. PARTICIPANTS ET INSTITUTIONS

A. Le débiteur

6. Droits de réexamen et d'appel

[*La présente section serait insérée après le paragraphe 230 du document A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10*]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: compte tenu de la section suivante concernant les créanciers, le débiteur a-t-il le droit de demander la révision des décisions prises par le représentant de l'insolvabilité ou les créanciers? Peut-il chercher à faire révoquer et remplacer le représentant de l'insolvabilité? Peut-il interjeter appel des décisions prises par le tribunal concernant des aspects de la procédure d'insolvabilité? Dans l'affirmative, le* Guide *devrait-il traiter de ces questions?*

Dans une législation, par exemple, le débiteur a un droit résiduel sur la masse, et la qualité de personne lésée peut lui être reconnue, ce qui lui ouvre le droit de demander la révision judiciaire des mesures ou décisions prises par le représentant de l'insolvabilité (l'autorisation du tribunal est nécessaire pour engager contre le syndic une action pour poursuites abusives ou une action en diffamation) ou la révocation de ce dernier.]

C. Les créanciers

3. Droits de réexamen et d'appel

[*Les paragraphes ci-après pourront être insérés après le paragraphe 295 du document A/CN.9/WG.V/WP.63/ Add.11*]

a) *Introduction*

1. Ce sont les créanciers, pris collectivement, qui détiennent le principal droit économique sur la masse de l'insolvabilité. Ce droit est généralement protégé par un représentant de l'insolvabilité qui administre la masse en vue de préserver et de protéger les biens qui la composent et sa valeur dans l'intérêt des créanciers.

2. Afin que les créanciers aient le sentiment que leurs droits sont convenablement protégés, il est souhaitable que la législation de l'insolvabilité prévoie leur participation

active à la procédure d'insolvabilité. Comme le montre le chapitre IV, le degré de participation et les rôles assignés respectivement aux créanciers, au représentant de l'insolvabilité et aux tribunaux dans la prise de décisions varient considérablement d'un pays à l'autre. La plupart des régimes, toutefois, donnent aux créanciers, en tant que principaux bénéficiaires de la masse, un certain droit de regard à la fois sur l'administration de la masse et sur la façon dont le représentant de l'insolvabilité s'acquitte de ses fonctions. Lorsque les décisions relatives à l'administration de la masse doivent être prises par les tribunaux, elles sont généralement susceptibles d'appel devant une instance supérieure, quoique, dans certaines législations, certaines décisions (par exemple la décision de nomination du juge chargé de superviser la procédure ou la décision d'ouverture d'une procédure) soient insusceptibles d'appel.

3. Au moment de déterminer la mesure dans laquelle il convient de permettre aux créanciers de contester les actes ou décisions du représentant de l'insolvabilité, il faudra toutefois tenir compte du fait que des désaccords sont pratiquement impossibles à éviter, étant donné en particulier que le représentant de l'insolvabilité sera appelé à agir dans l'intérêt de tous les créanciers et à prendre des mesures que certains créanciers n'appuient pas ou qu'ils désapprouvent. Dans le cours normal des choses, néanmoins, ces désaccords ne devraient pas justifier le remplacement par le tribunal du représentant de l'insolvabilité ni l'engagement d'une action contre ce dernier par un créancier.

b) *Examen des actes et omissions du représentant de l'insolvabilité*

4. Lorsque la législation de l'insolvabilité permet aux créanciers de contester les actes ou décisions du représentant de l'insolvabilité et que ce dernier n'est pas d'accord avec eux ou n'accepte pas leurs objections, les possibilités offertes aux créanciers, la procédure applicable et les règles de preuve dépendent généralement en grande partie du rôle qui est dévolu aux créanciers dans le régime de l'insolvabilité en question.

5. Lorsque le régime prévoit que les actes ou décisions du représentant de l'insolvabilité doivent être supervisés ou approuvés par l'ensemble des créanciers ou par le comité des créanciers, les créanciers sont généralement très protégés. Mais lorsqu'elle alourdit l'administration de la masse de l'insolvabilité, cette supervision ou approbation peut entraîner une augmentation des coûts et une perte d'efficacité. Pour ces raisons, il faudra lors de l'institution du régime de l'insolvabilité établir un juste équilibre entre les exigences en matière de supervision ou d'approbation par les créanciers (et notamment définir les actes et décisions qui doivent être approuvés et la procédure d'approbation) et l'indépendance du représentant de l'insolvabilité ainsi que la nécessité d'une procédure rapide et d'un bon rapport coût-efficacité. L'équilibre réalisé entre ces facteurs potentiellement antagonistes varie d'un régime à l'autre. Devront sans doute aussi être pris en considération la mesure dans laquelle le tribunal joue un rôle en supervisant la procédure et le représentant de l'insolvabilité et l'équilibre réalisé dans le régime de l'insolvabilité entre ce rôle et la participation des créanciers.

c) *Motifs*

6. La législation de l'insolvabilité devrait expressément indiquer les motifs autorisant les créanciers à contester les décisions ou l'administration du représentant de l'insolvabilité ainsi que les décisions qui peuvent faire l'objet d'une telle contestation. Sur ce point, on distingue dans les législations actuelles deux grandes catégories.

7. Appartiennent à la première catégorie les législations qui confèrent aux créanciers certains droits lorsqu'il peut être prouvé que le représentant de l'insolvabilité a commis une quelconque irrégularité. Il peut s'agir d'une véritable infraction, comme le détournement de fonds ou de biens ou l'obtention de l'approbation des créanciers par des moyens frauduleux; d'erreurs de procédure, comme le fait de ne pas avoir demandé l'approbation des créanciers ou du comité des créanciers alors que cela était nécessaire ou d'avoir omis un autre acte exigé par la loi; ou encore de fautes commises par le représentant de l'insolvabilité dans l'exercice de ses fonctions. Dans certains pays, les créanciers peuvent attaquer le représentant de l'insolvabilité dans certaines de ces situations, sinon dans toutes.

8. Entrent dans la seconde catégorie les législations qui prévoient, outre les motifs liés à des infractions ou fautes spécifiques, la possibilité pour les créanciers de contester (normalement devant les tribunaux) tout acte ou omission ou décision du représentant de l'insolvabilité auquel ils sont individuellement ou collectivement opposés ou qu'ils désapprouvent. Pour que les créanciers obtiennent gain de cause, il faudra normalement qu'ils puissent invoquer des motifs analogues à ceux déjà mentionnés ci-dessus, mais leur action pourra aussi aboutir s'ils apportent la preuve que la décision, l'acte ou l'omission était contraire à leurs intérêts. Afin d'empêcher que l'administration de la masse ne soit déraisonnablement perturbée, la législation de l'insolvabilité peut introduire des restrictions, par exemple en aménageant le niveau de preuve exigé pour que le tribunal puisse donner gain de cause aux créanciers ou en protégeant certains aspects de l'administration, par exemple en excluant les actions concernant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

d) *Procédures*

9. Les procédures prévues pour permettre aux créanciers de contester l'administration de la masse dépendent en grande partie des règles régissant les fonctions du représentant de l'insolvabilité et du rôle que jouent les créanciers dans l'administration. Par exemple, dans les législations qui exigent du représentant de l'insolvabilité qu'il obtienne l'approbation des créanciers ou de leurs représentants avant d'accomplir certains actes, une procédure de réexamen ne sera, du fait de la participation directe des créanciers à la prise de décisions, normalement pas nécessaire sauf dans les situations où le représentant de l'insolvabilité a induit les créanciers en erreur.

10. Lorsque les actes du représentant de l'insolvabilité ne sont pas soumis à l'approbation préalable des créanciers, une procédure formelle de réexamen peut être nécessaire.

11. Cette procédure peut prendre différentes formes. Dans certaines législations, l'ensemble des créanciers est appelé à jouer un rôle en cas de litige entre le représentant de l'insolvabilité et un créancier. Certaines législations qui suivent cette approche confèrent aux créanciers le pouvoir d'exiger du représentant de l'insolvabilité qu'il convoque une réunion de tous les créanciers ou du comité des créanciers pour tenter de résoudre la question en litige.

12. Dans la plupart des législations, toutefois, les créanciers, s'ils veulent faire objection, doivent saisir un tribunal. Certaines autorisent les créanciers à intenter une action à titre individuel, tandis que d'autres exigent que le ou les créanciers opposants représentent un certain nombre de créanciers ou un certain pourcentage des créances pour être recevables à agir, ou même exigent que l'action soit intentée par le comité des créanciers ou par l'ensemble des créanciers. Ces conditions peuvent dépendre des motifs de contestation invoqués.

13. Dans la plupart des législations, les tribunaux appelés à contrôler l'administration de l'insolvabilité et à faire respecter les droits des créanciers disposent d'un certain nombre de pouvoirs. À un niveau, le tribunal peut ordonner au représentant de l'insolvabilité d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un certain acte lié à l'objection soulevée par le créancier. Il peut aussi être habilité à confirmer, infirmer ou modifier les décisions du représentant de l'insolvabilité ou à révoquer ce dernier à la demande expresse du créancier ayant engagé la procédure ou d'office (voir deuxième partie, chap. IV.B.9). De nombreuses législations de l'insolvabilité prévoient que le représentant de l'insolvabilité est personnellement responsable des dommages délibérément causés aux créanciers ou dus à des fautes commises dans l'exercice de ses fonctions (voir deuxième partie, chap. IV.B.7). Certaines législations prévoient également que dans de tels cas le tribunal peut imposer une amende au représentant de l'insolvabilité.

e) *Redressement*

14. En cas de redressement, les créanciers peuvent disposer, outre des voies de recours mentionnées ci-dessus concernant le représentant de l'insolvabilité, de voies de recours spécifiquement liées à l'approbation du plan et à son exécution. Ces dernières sont examinées au chapitre V, A.8, 10, 13 et 14 de la deuxième partie.

VI. ADMINISTRATION DE LA PROCÉDURE

D. Traitement des groupes de sociétés

[*Les paragraphes ci-après pourront être insérés après les recommandations suivant le paragraphe 441 du document A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14*]

1. Introduction

15. Il est courant que des opérations commerciales soient menées par le biais de groupes de sociétés et que chaque société du groupe soit dotée d'une personnalité juridique distincte. Lorsque l'une des sociétés du groupe devient insolvable, son traitement comme une entité dotée d'une personnalité juridique distincte soulève un certain nombre de problèmes qui sont généralement complexes et souvent difficiles à résoudre. Dans certaines situations, par exemple lorsque l'activité commerciale de la société était dirigée ou contrôlée par une société apparentée, le traitement des sociétés du groupe comme des entités dotées de personnalités juridiques distinctes peut déboucher sur des résultats inéquitables. Il peut, par exemple, empêcher d'accéder aux fonds d'une société pour éteindre les dettes ou obligations d'une société débitrice apparentée (sauf lorsque la société débitrice est actionnaire ou créancière de la société apparentée), malgré les liens étroits entre les sociétés et bien que la société apparentée ait peut-être participé à la gestion ou à l'administration de la société débitrice et ait amené celle-ci à contracter des dettes et des obligations. De plus, lorsque la société débitrice appartient à un groupe de sociétés, il peut être difficile de démêler les circonstances propres au cas d'espèce afin de déterminer avec quelle société du groupe tels ou tels créanciers ont traité ou d'établir les opérations financières entre les sociétés du groupe.

16. Deux questions se posent en particulier s'agissant des procédures d'insolvabilité concernant un groupe de sociétés:

a) Celle de savoir si une autre société du groupe sera responsable de la dette externe de la société insolvable (c'est-à-dire l'ensemble des dettes de la société insolvable à l'exception de celles contractées envers des sociétés apparentées du groupe, c'est-à-dire à l'exception des "dettes intragroupe"); et

b) Celle du traitement qui doit être réservé aux dettes intragroupe (créances sur la société débitrice détenues par des sociétés apparentées du groupe).

17. Les législations de l'insolvabilité apportent diverses réponses à ces questions. Certaines d'entre elles adoptent une approche restrictive et limitent strictement les circonstances dans lesquelles des sociétés d'un groupe peuvent être traitées comme n'ayant pas une personnalité juridique distincte, en d'autres termes, les circonstances dans lesquelles une société apparentée peut être responsable des dettes contractées par un membre insolvable du groupe. D'autres sont moins strictes et confèrent aux tribunaux de larges pouvoirs d'appréciation des circonstances de l'affaire dans chaque cas d'espèce sur la base de directives spécifiques. Dans ce dernier cas, l'éventail des résultats possibles est plus large que dans les législations qui suivent une approche restrictive. Dans un cas comme dans l'autre, toutefois, il est fréquent que les législations de l'insolvabilité se fondent pour régler les questions liées à la dette intragroupe sur le rapport existant entre les sociétés apparentées tant au niveau de l'actionnariat qu'à celui du contrôle de la gestion. Le fait de traiter ces questions dans la législation de l'insolvabilité peut présenter l'avantage d'encourager les groupes de sociétés à suivre en permanence les activités des sociétés faisant partie du groupe et à réagir, à un stade précoce, en cas de difficultés financières d'un des membres du groupe. Traiter les sociétés comme si elles ne constituaient pas des entités dotées de personnalités juridiques distinctes peut toutefois faire qu'il est plus difficile pour les milieux d'affaires, les investisseurs et les créanciers de

faire la part des choses et d'opérer des choix concernant les risques (ce qui peut être particulièrement important lorsque le groupe comprend une société pour laquelle existent des impératifs particuliers en matière de gestion des risques, comme un organisme financier), introduire un élément d'incertitude considérable qui se répercute sur le coût du crédit, en particulier lorsque la décision concernant la responsabilité à assumer pour les dettes du groupe est prise par un tribunal après la survenance de l'insolvabilité, et compliquer le traitement comptable des dettes au sein du groupe.

2. Responsabilité du groupe pour les dettes externes

18. Les régimes d'insolvabilité prennent en compte diverses circonstances ou divers facteurs pour déterminer si une société apparentée ou société du groupe devrait assumer la responsabilité des dettes externes d'un membre insolvable du groupe.

19. Dans de nombreux pays, la société apparentée doit assumer la responsabilité de la dette lorsqu'elle a donné une garantie concernant ses filiales. De même, de nombreux régimes prévoient une telle responsabilité s'agissant de l'indemnisation des pertes ou dommages résultant d'opérations intragroupe frauduleuses. D'autres solutions peuvent être imposées par d'autres domaines du droit. Dans certaines circonstances, par exemple, la loi peut considérer la société insolvable comme un mandataire de la société apparentée, ce qui permet aux tiers de faire valoir directement leurs droits contre la société apparentée en tant que mandant.

20. Lorsque la législation de l'insolvabilité laisse aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation pour déterminer la responsabilité d'une ou de plusieurs sociétés pour les dettes d'autres sociétés du groupe, sous réserve de certaines directives, celles-ci peuvent prendre en compte les éléments suivants: la mesure dans laquelle la gestion, les affaires et les finances des sociétés se confondent; le comportement de la société apparentée envers les créanciers de la société insolvable; le fait que les créanciers pensaient ou non traiter avec une entité économique et non pas avec deux ou plusieurs sociétés d'un même groupe; et la mesure dans laquelle l'insolvabilité est imputable à la société apparentée. Sur la base de ces éléments, un tribunal peut décider dans quelle mesure un groupe de sociétés a agi comme une seule et même entreprise et, dans certains pays, peut ordonner le regroupement de l'actif et du passif des sociétés[1], en particulier lorsque cela contribuerait au redressement du groupe, ou ordonner qu'une société apparentée contribue financièrement à la masse de l'insolvabilité, à condition que cette contribution ne compromette pas sa propre solvabilité. Les versements seraient généralement adressés au représentant de l'insolvabilité administrant la masse au profit de l'ensemble de celle-ci.

21. Une autre considération importante dans les législations qui autorisent de telles mesures est l'effet de celles-ci sur les créanciers. Ces régimes doivent, lorsqu'ils cherchent à être équitables pour l'ensemble des créanciers, concilier les intérêts de deux (ou plus) séries de créanciers qui ont traité avec deux (ou plus) entités distinctes. Ces intérêts collectifs entreront en conflit si l'ensemble des biens des sociétés est insuffisant pour satisfaire toutes les créances. Dans un tel cas, les créanciers d'une société du groupe qui dispose de biens importants verraient leurs chances d'être désintéressés entamées par les créances de créanciers d'une autre société du groupe moins bien dotée. On peut alors se demander si les avantages pour l'ensemble des créanciers l'emporteraient sur le préjudice causé à certains créanciers. Lorsque les deux sociétés sont insolvables, certaines législations tiennent compte du fait de savoir si en refusant le regroupement, c'est-à-dire en optant pour des procédures d'insolvabilité distinctes, on aboutirait à des procédures plus coûteuses et plus longues et consommerait des fonds qui auraient autrement été à la disposition des créanciers, ou l'on permettrait aux actionnaires de certaines sociétés du groupe de recevoir des dividendes au détriment des créanciers d'autres sociétés du groupe[2].

22. Le principe commun à tous les régimes de ce type est que pour ordonner le regroupement, le tribunal doit être convaincu que les créanciers subiraient en son absence un préjudice supérieur à celui qu'il entraînerait pour les sociétés insolvables et les créanciers opposants. Par souci d'équité, certaines législations autorisent un regroupement partiel, les créances de certains créanciers étant exemptées et réglées au moyen de certains biens (exclus de l'ordonnance de regroupement) de l'une des sociétés insolvables. Les difficultés qu'entraîne cette solution de compromis font qu'elle est rarement retenue dans les pays où elle est possible.

23. Il convient de noter que, dans les législations de l'insolvabilité qui prévoient le regroupement, les droits des créanciers garantis, à l'exception éventuellement des détenteurs de sûretés intragroupe (lorsque le créancier garanti est une société du groupe, ne sont pas affectés.

3. Dettes intragroupe

24. Les dettes intragroupe peuvent être traitées de différentes manières: comme on l'a vu plus haut (deuxième partie, chap. III.E), les opérations intragroupe peuvent faire l'objet d'actions en annulation. Dans certaines législations de l'insolvabilité qui prévoient le regroupement, l'ordonnance de regroupement met fin aux opérations intragroupe. D'autres approches consistent à distinguer les opérations intragroupe des opérations analogues entre parties non apparentées (par exemple une créance peut être considérée comme une contribution au capital et non comme un prêt intragroupe), ce qui a pour conséquence que l'obligation intragroupe a un rang de priorité inférieur à la même obligation entre parties non apparentées.

---

[1]Si le tribunal décide qu'un groupe de sociétés a opéré comme une seule et même entité économique, cela pourra entraîner l'application d'autres dispositions de la législation de l'insolvabilité, par exemple celles relatives à l'obligation des administrateurs d'empêcher la poursuite de l'activité en cas d'insolvabilité. Certaines législations autorisent également, dans des circonstances limitées, les sociétés à regrouper d'elles-mêmes leurs actifs et leurs passifs.

[2]Certaines législations exigent que les créanciers ainsi que l'actif et le passif de chacune des sociétés du groupe concernées soient séparément identifiés avant toute répartition.

A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17

Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

Note du secrétariat

[*Le Glossaire du* Guide *est publié sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1; la première partie du* Guide *sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2; et la deuxième partie sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 à Add.16*.]

LOI APPLICABLE RÉGISSANT LA PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant la loi applicable régissant la procédure d'insolvabilité est:

a) De promouvoir le financement et le commerce internationaux;

b) De faciliter les opérations commerciales en fournissant un cadre clair et transparent permettant de prévoir les règles de droit qui s'appliqueront aux relations juridiques avec le débiteur;

c) De fournir aux tribunaux des règles claires et prévisibles pour l'application des dispositions relatives au choix de la loi applicable dans les contrats avec un débiteur; et

d) En l'absence de disposition relative au choix de la loi applicable dans un contrat avec le débiteur, de fournir aux tribunaux des règles claires et prévisibles pour déterminer les règles de droit applicables aux relations juridiques avec ce dernier.

Contenu des dispositions législatives

Administration de la procédure d'insolvabilité

— Loi du for

1) La législation générale [de l'État] sur l'insolvabilité devrait [s'appliquer] [être la loi qui s'applique] à tous les aspects de l'ouverture, du déroulement, de l'administration et de la clôture de la procédure d'insolvabilité, [en particulier] [y compris]:

a) Les critères d'admissibilité et d'ouverture;

b) La constitution et l'étendue de la masse de l'insolvabilité;

c) Le régime applicable aux biens de la masse, y compris la portée de l'arrêt des poursuites, les exceptions à cet arrêt et sa non-application;

d) Les pouvoirs du débiteur, du représentant de l'insolvabilité, des créanciers et du comité des créanciers;

e) Les frais et dépenses;

f) La proposition, l'acceptation, la confirmation et l'exécution d'un plan de redressement;

g) le traitement des actes juridiques préjudiciables aux créanciers;

h) Les conditions dans lesquelles il peut y avoir compensation après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité;

i) L'effet de l'ouverture de la procédure sur les contrats et les baux dans lesquels ni le créancier ni son cocontractant ne se sont encore pleinement acquittés de leurs obligations respectives, y compris sur le caractère exécutoire des clauses de résiliation automatique et des clauses de non-cession figurant dans ces contrats et baux;

j) Les créances et leur traitement; et

k) Le règlement et la clôture de la procédure.

— Loi autre que la loi du for

[*Note: Le Groupe de travail voudra peut-être s'interroger sur l'opportunité d'insérer ici des recommandations à caractère général afin de préciser les cas dans lesquels la loi d'un autre pays devrait s'appliquer, par exemple en indiquant que la procédure d'insolvabilité ne devrait pas avoir d'incidence sur la validité d'une sûreté, qui devrait être régie par la loi applicable aux sûretés (avec éventuellement un renvoi au guide sur les opérations garanties), ni sur les contrats et relations de travail, qui devraient être traités conformément au droit qui les régit.*]

2) À titre d'exception à la recommandation 1, la législation [générale] [d'un État] [sur l'insolvabilité] peut prévoir que la loi d'un autre État s'applique [à l'annulabilité d'une opération ou d'une compensation réalisées ou d'une obligation contractée avant l'ouverture de la procédure] [pour déterminer si une opération ou une compensation réalisées ou une obligation contractée avant l'ouverture de la procédure peuvent ou non être annulées].

[*Note: Cette recommandation ne précise pas les circonstances dans lesquelles la loi d'un autre État serait reconnue en ce qui concerne l'annulabilité. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les circonstances dans lesquelles cette reconnaissance serait accordée ou préciser le facteur de rattachement entre la loi de l'autre État et l'opération en question*.]

3) [À titre d'exception supplémentaire à la recommandation 1,] la législation générale sur l'insolvabilité devrait disposer que [l'exécution anticipée,] [la liquidation,] la compensation ou la compensation globale des obligations et des opérations financières, réalisées conformément aux règles d'un système de paiement ou de règlement ou d'un marché financier, ne sont pas susceptibles d'annulation [sauf dans la mesure où la recommandation 70 *a* s'applique] [ni de dénouement]. La législation générale [de l'État] sur l'insolvabilité devrait reconnaître [l'exécution anticipée,]

[la liquidation,] la compensation ou la compensation globale réalisées conformément à des règles similaires d'un système de paiement ou de règlement ou d'un marché financier dans un autre État.

[*Note: le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il conviendrait d'insérer une recommandation de cette nature à cette section du* Guide *ou à la section E ou F du chapitre III. Voir à cet égard le document A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9 et la référence à d'éventuelles recommandations supplémentaires.*]

Validité des dispositions contractuelles relatives au choix de la loi applicable

4) La législation générale sur l'insolvabilité devrait reconnaître les dispositions contractuelles dans lesquelles le débiteur et son cocontractant conviennent expressément que la loi applicable à leur relation juridique dans le cadre du contrat sera celle d'un pays spécifié, indépendamment du lien entre l'opération ou les parties en question et la loi applicable choisie, sauf lorsque:

a) Des opérations de consommateurs ou des contrats de travail sont en jeu;

b) De telles dispositions sont considérées comme manifestement contraires à l'ordre public du pays dont la loi s'appliquerait en leur absence; ou

c) Ces dispositions ont trait à la priorité, la constitution, la perfection ou l'opposabilité d'une sûreté aux tiers.

Détermination de la loi applicable

5) La législation générale sur l'insolvabilité devrait indiquer clairement les cas dans lesquels les règles relatives à l'insolvabilité seraient [subordonnées à] [modifiées par] d'autres lois du pays. Elle devrait reconnaître et respecter les droits et les créances reconnus par le droit commun sauf dans la mesure où il peut être nécessaire de modifier ou de reporter ces droits et créances afin d'atteindre les objectifs particuliers de la procédure d'insolvabilité.

[*Note: Le Groupe de travail voudra peut-être s'interroger sur l'opportunité d'insérer une recommandation à cet effet dans le* Guide, *en tenant compte du fait qu'elle traduit plusieurs objectifs principaux ainsi que des principes généralement acceptés et déjà mentionnés dans plusieurs chapitres du commentaire. Si une telle recommandation devait être insérée, le Groupe de travail voudra peut-être se demander si elle devrait figurer à la présente section ou ailleurs dans le* Guide.]

6) Lorsque la législation générale sur l'insolvabilité ou une autre loi applicable [de l'État] ne prévoit pas la règle de droit qui s'applique, le tribunal de l'insolvabilité [auprès duquel la procédure d'insolvabilité a été ouverte] devrait appliquer le droit commun. Lorsque la législation de plus d'un État prévoit l'application du droit commun, le tribunal de l'insolvabilité devra appliquer la loi du for relative au conflit de lois pour déterminer l'État dont le droit commun devrait s'appliquer. Les règles de conflit de lois devraient être claires et prévisibles et suivre les règles de conflit de lois modernes énoncées dans les traités internationaux et les guides législatifs établis sous l'égide d'organismes internationaux.

[*Note: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner, en fonction de la décision qu'il aura prise en ce qui concerne la recommandation 4, si des exemples des approches adoptées par les règles de conflit de lois modernes devraient être insérés dans la recommandation 6, tels que le respect du choix par les parties de la loi applicable sans restriction indue ou sans exiger un lien entre l'opération ou les parties et la loi applicable choisie. Ces exemples pourraient contribuer à préciser le sens de la troisième phrase de la recommandation.*]

F. Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de leur première session conjointe (Vienne, 16 et 17 décembre 2002)

(A/CN.9/535) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Pages*
I.	INTRODUCTION	1	343
II.	ORGANISATION DE LA SESSION	2-7	343
III.	DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS	8	344
IV.	EXAMEN DU TRAITEMENT DES SÛRETÉS DANS LA PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ	9-23	344
	A. Introduction (par. 1 à 5)	9-10	344
	B. Objectifs principaux (par. 6 à 8)	11	344

		Paragraphes	*Pages*
C.	Inclusion des biens grevés dans la masse de l'insolvabilité (par. 9 à 15)	12	344
D.	Restrictions à la réalisation des sûretés (par. 16 à 22)	13-14	344
E.	Participation des créanciers garantis à la procédure d'insolvabilité (par. 23 et 24)	15-16	345
F.	Validité des sûretés et actions en annulation (par. 25)	17	345
G.	Ordre de priorité des sûretés (par. 26 à 28)	18-19	345
H.	Financement postérieur à l'ouverture de la procédure (par. 29 à 35)	20	345
I.	Procédure de redressement (par. 36 à 41)	21	345
J.	Procédure de redressement accélérée (par. 42 à 45)	22	345
K.	Résumé et recommandations (par. 46 à 53)	23	345

I. INTRODUCTION

1. À sa trente-cinquième session, en 2002, la Commission a noté avec une satisfaction particulière les efforts entrepris par le Groupe de travail VI (Sûretés) et le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) pour coordonner leurs travaux 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). Elle a également approuvé une proposition visant à améliorer encore la coordination entre les deux groupes de travail et, notamment, l'idée d'organiser une réunion entre eux d'une journée à leur prochaine session[1].

II. ORGANISATION DE LA SESSION

2. Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et le Groupe de travail VI (Sûretés), qui se composaient de tous les États membres de la Commission, ont tenu leur première session conjointe à Vienne les 16 et 17 décembre 2002. Ont assisté à cette session les représentants des États membres des Groupes de travail énumérés ci-après: Allemagne, Argentine, Autriche, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, ex-République yougoslave de Macédoine, Fédération de Russie, France, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Lituanie, Maroc, Roumanie, Rwanda, Singapour, Suède, Thaïlande.

3. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Algérie, Australie, Bélarus, Bulgarie, Danemark, Indonésie, Liban, Nouvelle-Zélande, Philippines, Pologne, République arabe syrienne, République de Corée, Slovaquie, Suisse, Turquie, Ukraine, Venezuela.

4. Ont également assisté à la session des observateurs des organisations internationales suivantes: *a)* organisations du système des Nations Unies: Banque mondiale; Fond monétaire international (FMI); *b)* organisations intergouvernementales: Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit), Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (COMESA), Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique (AALCO); *c)* organisations non gouvernementales invitées par la Commission: American Bar Association (ABA), American Bar Foundation (ABF), Association internationale du barreau (Comité J), Association of the Bar of the City of New York, Center for International Legal Studies, Center of Legal Competence (CLC), Commercial Finance Association (CFA), Fédération européenne des associations des sociétés d'affacturage (Europafactoring), International Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals (INSOL), Institut Max Planck, Society of European Contract Law (SECOLA), Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe (UNICE).

5. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:

Président: M. Alexander MARKUS (Suisse, à titre personnel);

Rapporteur: M. Thammanoon PHITAYAPORN (Thaïlande)

6. Les Groupes de travail étaient saisis des documents ci-après: A/CN.9/WG.V/WP.62 et A/CN.9/WG.VI/WP.5 (Ordre du jour provisoire), A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5 (Projet de guide législatif sur les opérations garanties, chapitre IX, Insolvabilité) et A/CN.9/WG.V/WP.64 (Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité: traitement des créanciers garantis dans la procédure d'insolvabilité).

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément nº 17* (A/54/17), par. 203.

7. Les Groupes de travail ont adopté l'ordre du jour ci-après:

1. Élection du Bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Examen du traitement des sûretés dans la procédure d'insolvabilité.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

III. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

8. Les Groupes de travail ont examiné la question du traitement des sûretés dans une procédure d'insolvabilité en se fondant sur le chapitre IX (Insolvabilité) du projet de guide législatif sur les opérations garanties (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5). Il est rendu compte dans la partie IV ci-après des délibérations et décisions des Groupes de travail. Ceux-ci ont noté avec satisfaction que, grâce à leur fructueuse coopération, leurs délibérations et décisions reposaient sur des principes et des politiques qui étaient cohérentes, approche indispensable pour donner des avis détaillés et cohérents aux États pour ce qui est du traitement des sûretés dans la procédure d'insolvabilité. Le secrétariat a été prié d'établir, à partir de ces délibérations et décisions, une version révisée du chapitre IX (Insolvabilité) du projet de guide législatif sur les opérations garanties.

IV. EXAMEN DU TRAITEMENT DES SÛRETÉS DANS LA PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ

A. Introduction (par. 1 à 5)

9. S'agissant du paragraphe 2, il a été convenu qu'il devrait y être précisé que, si la protection de la valeur économique des biens grevés était importante pour les régimes d'opérations garanties, les régimes d'insolvabilité accordaient de l'importance à la protection de la valeur de tous les biens entrant dans la masse de l'insolvabilité. Il a été également convenu qu'il fallait tempérer l'idée de surveiller les activités des débiteurs, car le projet de guide ne devait pas imposer des obligations qui ne pourraient pas être respectées et risqueraient d'avoir des incidences négatives sur l'offre et le coût du crédit, ni s'engager dans un examen détaillé des obligations dans le cadre de la convention constitutive de sûreté.

10. S'agissant du paragraphe 4, il a été dit qu'il convenait d'affiner la distinction entre liquidation et redressement pour tenir compte d'autres procédés, comme la cession d'une entreprise en vue de la poursuite de l'activité, et de refléter cette modification dans tout le chapitre IX.

B. Objectifs principaux (par. 6 à 8)

11. Il a été convenu que le principe selon lequel l'opposabilité d'une sûreté devait être reconnue dans une procédure d'insolvabilité sous réserve des actions en annulation devrait être souligné. Il a été noté que ce principe figurait également dans le projet de guide sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9, par. 170 et recommandation 71). Il a été convenu également qu'il fallait comprendre la notion de priorité par rapport à des réclamations concurrentes plutôt qu'à une distinction entre opposabilité à l'égard du débiteur et opposabilité et priorité à l'égard des tiers. Il a été en outre convenu qu'il fallait mentionner les incidences du financement postérieur à l'ouverture de la procédure sur les droits des créanciers garantis antérieurs.

C. Inclusion des biens grevés dans la masse de l'insolvabilité (par. 9 à 15)

12. Il a été noté que le Groupe de travail V, en définissant les biens à inclure dans la masse (aux fins tant de la liquidation que du redressement), avait décidé qu'en plus des biens du débiteur la masse devrait comprendre les droits de celui-ci, qu'ils soient de nature patrimoniale, contractuelle ou autre (voir A/CN.9/529, par. 82 et recommandations 27 et 30). En convenant de retenir la même formulation dans le projet de guide sur les opérations garanties, les Groupes de travail ont noté que les droits de l'acheteur/du débiteur à l'égard de clauses de réserve de propriété seraient inclus dans la masse, indépendamment du point de savoir s'ils avaient le caractère de droits patrimoniaux ou contractuels ou si les droits du vendeur/créancier étaient traités comme des sûretés ou non (une question qu'il restait à régler dans le projet de guide sur les opérations garanties).

D. Restrictions à la réalisation des sûretés (par. 16 à 22)

13. Il a été noté que le Groupe de travail V avait achevé un examen détaillé de l'application de l'arrêt des poursuites et de toute la gamme de mesures requises pour protéger les créanciers garantis (voir A/CN.9/529, par. 114 à 124 et recommandations 40 à 42). Après un débat, les Groupes de travail sont convenus qu'il fallait assurer une cohérence entre le chapitre relatif à l'insolvabilité du projet de guide sur les opérations garanties et les dispositions du projet de guide sur le droit de l'insolvabilité relatives à ces questions. Il a été proposé d'étoffer le paragraphe 20 pour indiquer le critère par rapport auquel les garanties devraient être appréciées (par exemple la situation qu'aurait eue le créancier garanti s'il avait réalisé sa sûreté avant l'ouverture de la procédure).

14. En ce qui concerne la question, abordée au paragraphe 22, de savoir si la valeur des biens grevés après paiement de la créance garantie ("excédent") devrait faire partie de la masse, il a été convenu qu'il faudrait renvoyer au traitement des clauses de réserve de propriété dans les divers systèmes juridiques. Il a été indiqué que dans certains systèmes, en cas de vente assortie d'une clause de réserve de propriété, le vendeur pouvait garder tout excédent. À quoi on a répondu que dans d'autres systèmes tout excédent, même dans le cas d'une réserve de propriété, faisait partie de la masse. Il a été dit que le traitement pouvait être différent selon que les clauses de réserve de propriété étaient traitées comme des sûretés et selon que le contrat

pertinent était continué ou résilié par le représentant de l'insolvabilité. Pour ce qui est de l'utilisation et de la disposition des biens, mentionnées au paragraphe 22, il faudrait rendre compte de l'orientation adoptée à l'égard de cette question dans les recommandations 44, 45 et 51 du projet de guide sur l'insolvabilité (voir A/CN.9/529, par. 131, 139 et 140).

E. Participation des créanciers garantis à la procédure d'insolvabilité (par. 23 et 24)

15. S'agissant du paragraphe 23, il a été convenu qu'il faudrait le modifier pour refléter le principe selon lequel, du fait que les biens grevés faisaient partie de la masse, les créanciers garantis étaient concernés et devraient être autorisés à participer effectivement à la procédure d'insolvabilité, y compris à toutes négociations en vue d'un règlement amiable.

16. Pour ce qui est du paragraphe 24, il a été convenu qu'il devrait refléter avec plus de précision la recommandation 110 du projet de guide sur le droit de l'insolvabilité, pour ce qui est de la mesure dans laquelle les créanciers garantis devraient être représentés au sein des comités de créanciers (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11).

F. Validité des sûretés et actions en annulation (par. 25)

17. Il a été noté que le paragraphe 26 illustrait un principe énoncé dans le projet de guide sur le droit de l'insolvabilité (voir A/CN.9/WP.63/Add.9, par. 170 et recommandation 171). Après un débat, il a été convenu qu'il faudrait mentionner l'opposabilité au débiteur et à ses créanciers, car la notion de "validité" renvoyait à la relation entre le créancier garanti et le débiteur et supposait un droit contractuel. Il a également été convenu qu'il faudrait indiquer clairement que des actions en annulation pouvaient être engagées non seulement par le représentant de l'insolvabilité, mais aussi par les créanciers et qu'il faudrait renvoyer à la discussion correspondante dans le projet de guide sur l'insolvabilité (voir A/CN.9/529, par. 164 et 165). En outre, il a été convenu qu'il faudrait préciser que le paiement du produit des biens grevés après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité concernait le cas d'une procédure de liquidation et renforcer le texte en indiquant que le paiement "devrait être effectué" et non simplement "être possible". Il a été suggéré de mentionner l'annulation d'une opération garantie en cas de défaut d'enregistrement. Il a été répondu que cela ne serait peut-être pas nécessaire car la source de l'inefficacité, dans un tel cas, était le droit des opérations garanties et non le droit de l'insolvabilité.

G. Ordre de priorité des sûretés (par. 26 à 28)

18. S'agissant des paragraphes 26 et 27, il a été convenu qu'ils devraient refléter plus clairement le principe selon lequel l'ordre de priorité préalable à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité devait être respecté sous réserve d'un nombre limité d'exceptions clairement définies. En ce qui concerne la note en italique, diverses opinions ont été exprimées. Selon l'une d'elles, la note devait être supprimée, car elle pouvait être interprétée comme recommandant au législateur d'adopter des exceptions inutiles au principe consacré aux paragraphes 26 et 27 (créances privilégiées, *carve-outs*, modification — ou privation — du rang d'un créancier décidée pour des raisons d'équité (*Equitable Subordination*)). Selon un autre point de vue, la note devait être conservée, mais il fallait préciser que les exceptions qui y étaient visées n'existaient que dans certains pays. Selon un autre point de vue encore, les exceptions étaient des exemples et devaient être maintenues telles quelles. À l'issue d'un débat, il a été décidé de conserver le texte de la note mais de le réviser afin de préciser que les exceptions étaient des exemples d'approche suivie dans certains pays et que leur adoption pouvait avoir un impact négatif sur la disponibilité et le coût du crédit.

19. Pour ce qui est du paragraphe 28, il a été convenu qu'il devrait refléter plus clairement le principe selon lequel les dépenses d'administration de la masse de l'insolvabilité ne devaient pas avoir la priorité sur les créances des créanciers garantis. Il a aussi été convenu que l'exception à ce principe (les dépenses engagées pour l'entretien des biens grevés) devrait être précisée.

H. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure (par. 29 à 35)

20. Il a été convenu que le paragraphe 29 devrait indiquer plus clairement que le financement postérieur à l'ouverture de la procédure ne devait être considéré comme une option que dans certains cas.

I. Procédure de redressement (par. 36 à 41)

21. S'agissant de la protection de la valeur économique des sûretés évoquée au paragraphe 39, il a été convenu que la valeur à retenir ne devait pas être inférieure à celle de la sûreté en cas de procédure de liquidation.

J. Procédure de redressement accélérée (par. 42 à 45)

22. Les paragraphes 42 à 45 ont été jugés généralement acceptables sur le fond.

K. Résumé et recommandations (par. 46 à 53)

23. Il a été convenu que les paragraphes 46 à 53 devraient être révisés compte tenu des décisions susmentionnées des Groupes de travail. En particulier s'agissant de la réserve de propriété, il a été confirmé que, indépendamment du fait que celle-ci serait ou non considérée comme une sûreté (question relevant du droit des opérations garanties qui était traitée dans d'autres chapitres du projet de guide sur les opérations garanties), soit les biens soumis à la réserve soit un montant correspondant au prix payé par l'acheteur feraient partie de la masse de l'insolvabilité (voir par. 12).

G. Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/534) [Original: anglais]

Note du secrétariat

1. On trouvera dans la présente note la structure du projet de guide législatif tel qu'il figure dans les documents A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 à 17. La table des matières indique les questions qui sont traitées dans le projet de guide et montre que celui-ci cadre avec le mandat donné au Groupe de travail. La structure de la version définitive devra être revue: certains chapitres et certaines recommandations seront renumérotés; l'actuel chapitre IV.D intitulé "Cadre institutionnel" sera déplacé et inséré parmi les premiers chapitres de la première partie; et la teneur de l'additif 17 sera déplacée si le Groupe de travail recommande de maintenir dans le *Guide législatif* les développements sur la loi applicable régissant la procédure d'insolvabilité.

Table des matières

Première partie. Établir la structure et les principaux objectifs d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel

Introduction et glossaire (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1)

I. INTRODUCTION AUX PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ (A/CN.9/WG.V/WP.63/ADD.2)

A. Principaux objectifs d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel

1. Maximiser la valeur des biens
2. Établir un équilibre entre liquidation et redressement
3. Garantir le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation
4. Prévoir le règlement rapide, efficace et impartial de l'insolvabilité
5. Prévenir le démembrement prématuré des biens du débiteur
6. Prévoir une procédure transparente et prévisible qui encourage, par des mesures d'incitation, la collecte et la diffusion d'informations
7. Reconnaître les droits des créanciers existants et établir des règles claires pour classer les créances prioritaires
8. Établir un cadre pour l'insolvabilité internationale

B. Équilibrer les principaux objectifs

C. Caractéristiques générales d'un régime de l'insolvabilité

II. TYPES DE PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ

A. Liquidation

B. Redressement

1. Procédures de redressement formelles
2. Processus de redressement informels
   a) Conditions nécessaires
   b) Principaux éléments
   c) Règles et lignes directrices pour un redressement informel
3. Procédures de redressement qui comprennent des éléments informels et formels

C. Procédures administratives

D. Structure du régime de l'insolvabilité

Deuxième partie. Éléments essentiels d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel

II. DEMANDE D'OUVERTURE ET OUVERTURE[1]

A. Admissibilité et compétence (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3)

1. Admissibilité: débiteurs auxquels doit s'appliquer une législation sur l'insolvabilité
   a) Personnes physiques exerçant une activité commerciale
   b) Entreprises publiques
   c) Entités exigeant un traitement particulier

2. Compétence
   a) Centre des intérêts principaux
   b) Établissement
   c) Présence de biens

Recommandations 11 à 16

B. Critères applicables (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.4)

1. Introduction

2. Critères applicables
   a) Critère de liquidité ou de flux de trésorerie
   b) Méthode comptable
   c) Définition du critère d'ouverture

3. Liquidation
   a) Parties pouvant présenter une demande
   b) Demande présentée par le débiteur
   c) Demande présentée par les créanciers
   d) Demande présentée par une autorité publique

4. Redressement
   a) Demande présentée par le débiteur
   b) Demande présentée par les créanciers

5. Questions procédurales
   a) Ouverture de la procédure
   b) Décision d'ouvrir une procédure d'insolvabilité
   c) Fixation d'un délai pour la décision d'ouverture
   d) Rejet de la demande d'ouverture
   e) Notification d'ouverture
   f) Absence de biens

6. Coût de la procédure d'insolvabilité

Recommandations 17 à 26

---

[1]La renumérotation du *Guide* dans la dernière version révisée fait qu'il n'y a plus de chapitre premier dans la deuxième partie. Dans la version définitive du *Guide*, le chapitre intitulé "Demande d'ouverture et ouverture" sera le chapitre premier de la deuxième partie.

III. TRAITEMENT DES BIENS À L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ

A. Biens visés (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5)

1. Introduction

2. Biens entrant dans la masse de l'insolvabilité
   a) Définition générale de la masse de l'insolvabilité
   b) Biens grevés de sûretés
   c) Biens communs
   d) Biens appartenant à des tiers
   e) Date de constitution de la masse

3. Biens exclus de la masse de l'insolvabilité
   a) Exclusions générales
   b) Biens étrangers
   c) Lorsque le débiteur est une personne physique

4. Biens récupérés
   a) Procédures d'annulation
   b) Opérations non agréées

Recommandations 27 à 29

B. Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6)

1. Introduction

2. Protection de la masse grâce à l'arrêt des poursuites

3. Portée de l'arrêt des poursuites
   a) Poursuites arrêtées
   b) Créanciers garantis

4. Questions procédurales
   a) Arrêt discrétionnaire ou automatique des poursuites
   b) Moment à partir duquel s'applique l'arrêt des poursuites
   c) Durée de l'arrêt des poursuites
   d) Prorogation de l'arrêt des poursuites
   e) Assouplissement des modalités d'application de l'arrêt des poursuites

5. Protection des créanciers garantis

6. Restrictions à la disposition des biens par le débiteur

Recommandations 30 à 42

C. Utilisation et disposition des biens (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.7)

1. Introduction

2. Biens compris dans la masse de l'insolvabilité
   a) Méthodes de vente
   b) Vente de biens grevés d'une sûreté

c) Faculté donnée au représentant de l'insolvabilité de vendre les biens de la masse sans qu'ils soient grevés d'un quelconque droit réel

d) Biens communs

e) Biens qui constituent une charge, biens sans valeur et biens difficilement réalisables

f) Remise de biens grevés d'une sûreté

g) Créances

3. Biens appartenant à des tiers

Recommandations 43 à 51

D. Traitement des contrats (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.8)

1. Introduction

2. Continuation
   a) Clauses de résiliation automatique
   b) Procédure pour la continuation des contrats
   c) Continuation de contrats en cas de défaut d'exécution du débiteur
   d) Créances nées de la continuation des contrats
   e) Modification des contrats poursuivis
   f) Exceptions au pouvoir de poursuivre des contrats

3. Rejet
   a) Procédure de rejet
   b) Effet du rejet sur le cocontractant
   c) Exceptions au pouvoir de rejeter des contrats

4. Contrats de location

5. Cession

6. Exceptions générales au pouvoir de poursuivre, de rejeter et de céder des contrats

7. Contrats postérieurs à l'ouverture de la procédure

Recommandations 52 à 68

E. Procédure d'annulation (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9)

1. Introduction

2. Critères d'annulation

3. Catégories d'opérations susceptibles d'annulation
   a) Opérations visant à faire échouer, entraver ou retarder le recouvrement des créances
   b) Opérations à un prix sous-évalué
   c) Opérations préférentielles
   d) Sûretés
   e) Opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur
   f) Opérations nulles et annulables

4. Opérations exemptées d'actions en annulation

5. Établissement de la période suspecte

6. Ouverture de la procédure d'annulation
   a) Parties habilitées à ouvrir la procédure
   b) Financement de la procédure d'annulation
   c) Délai fixé pour l'ouverture de la procédure
   d) Questions relatives à la charge de la preuve

7. Responsabilité des autres parties à une opération annulée

8. Contrats postérieurs à la demande d'ouverture de la procédure et à l'ouverture de la procédure

Recommandations 69 à 81

F. Compensation, compensation globale et contrats financiers (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9)

1. Droit général de compensation

2. Compensation globale et compensation dans le contexte des opérations financières

3. Exceptions pour les contrats financiers

Recommandations 82 à 88

IV. PARTICIPANTS ET INSTITUTIONS

A. Débiteur (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10)

1. Introduction

2. Poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice
   a) Liquidation
   b) Redressement

3. Droits du débiteur

4. Obligations du débiteur
   a) Coopération et assistance
   b) Communication de renseignements
   c) Confidentialité
   d) Obligations secondaires
   e) Recours à des spécialistes pour aider le débiteur
   f) Inexécution des obligations

5. Responsabilité du débiteur

6. Droits de réexamen et d'appel (section tirée du document A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.16)

Recommandations 89 à 95

B. Représentant de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10)

1. Introduction

2. Qualifications

3. Sélection et élimination du représentant de l'insolvabilité

4. Obligations et fonctions du représentant de l'insolvabilité

5. Confidentialité

6. Rémunération du représentant de l'insolvabilité
   a) Détermination de la valeur du service rendu
   b) Moyen de paiement
   c) Réexamen de la rémunération

7. Obligation de diligence (responsabilité)

8. Mandataires du représentant de l'insolvabilité

9. Révocation des représentants de l'insolvabilité

10. Remplacement du représentant de l'insolvabilité

Recommandations 96 à 105

C. Créanciers (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11)

1. Catégories de créanciers

2. Participation des créanciers à la procédure d'insolvabilité
   a) Introduction
   b) Degré de participation des créanciers au processus de décision
   c) Collectivité des créanciers [ensemble des créanciers]
   d) Comité des créanciers
   e) Vote des créanciers
   f) Règlement des litiges entre l'ensemble des créanciers et le Comité des créanciers
   g) Confidentialité

3. Droits de réexamen et d'appel (section tirée du document A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.16)

Recommandations 106 à 120

D. Cadre institutionnel (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11)

V. REDRESSEMENT (A/CN.9/WG.V/WP.63/ADD.12)

A. Plan de redressement

1. Introduction

2. Nature ou forme du plan

3. Élaboration du plan
   a) Choix du moment pour l'élaboration du plan
   b) Parties capables d'élaborer [d'autoriser à élaborer] le plan
   c) Délais d'élaboration du plan

4. Le plan
   a) Contenu du plan
   b) Informations devant accompagner le plan

5. Approbation du plan
   a) Procédures d'approbation
   b) Approbation par les créanciers garantis et les créanciers prioritaires
   c) Approbation par les créanciers chirographaires ordinaires
   d) Approbation par les actionnaires
   e) Créanciers ayant des liens privilégiés avec le débiteur
   f) Majorités requises pour l'approbation du plan

6. Lorsque le plan est soumis à l'approbation des créanciers mais n'est pas approuvé
   a) Modification du plan
   b) Conversion de procédures

7. Lier les créanciers opposants

8. Homologation du plan par le tribunal
   a) Objections contre l'approbation du plan
   b) Mesures nécessaires pour l'homologation par le tribunal

9. Effets du plan

10. Contestation d'un plan après homologation

11. Modification d'un plan après approbation par les créanciers (et homologation par le tribunal)

12. Exécution d'un plan

13. Échec de l'exécution

14. Conversion en liquidation

Recommandations 121 à 138

B. Procédure de redressement accélérée

1. Introduction

2. Redressement extrajudiciaire
   a) Créanciers généralement visés
   b) Facteurs empêchant de parvenir à un consensus

3. Procédure de reconnaissance d'un plan de redressement négocié et convenu extrajudiciairement
   a) Débiteurs pouvant bénéficier de la procédure
   b) Obligations visées
   c) Application de la législation sur l'insolvabilité
   d) Accélération de la procédure

Recommandations 139 à 145

VI. ADMINISTRATION DE LA PROCÉDURE

A. Traitement des créances (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.13)

1. Introduction

2. Déclaration des créances
   a) Créanciers qui peuvent être tenus de déclarer leurs créances

b) Restrictions en ce qui concerne les créances qui peuvent être déclarées
c) Procédure de déclaration des créances
d) Défaut de déclaration des créances

3. Procédure de vérification et d'admission
a) Liste des créances déclarées
b) Procédures de vérification et d'admission
c) Créances contestées
d) Effet de l'admission d'une créance
e) Compensation des créances réciproques
f) Créances appelant un traitement spécial

Recommandations 146 à 160

B. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14)

1. Besoin de financement postérieur à l'ouverture de la procédure

2. Sources du financement postérieur à l'ouverture de la procédure

3. Attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure — octroi d'une sûreté ou d'une priorité

Recommandations 161 à 165

C. Priorités et répartition (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14)

1. Priorités
a) Créanciers garantis
b) Créances d'administration
c) Créances prioritaires ou privilégiées
d) Créanciers chirographaires ordinaires
e) Propriétaires et actionnaires
f) Personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur
g) Amendes, pénalités et intérêts échus postérieurement à l'ouverture de la procédure

2. Répartition

Recommandations 166 à 171

D. Traitement des groupes de sociétés (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.16)

1. Introduction

2. Responsabilité du groupe pour les dettes externes

3. Dettes intragroupe

VII. RÈGLEMENT DE LA PROCÉDURE (A/CN.9/WG.V/WP.63/ADD.15)

A. Décharge

1. Décharge du débiteur dans la procédure de liquidation

2. Remise de dettes ou réaménagement de créances dans la procédure de redressement

Recommandations 172 et 173

E. Clôture de la procédure

1. Liquidation

2. Redressement

Recommandations 174 et 175

Loi applicable régissant la procédure d'insolvabilité
(A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17)

III. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ET CONCILIATION

A. Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-septième session (Vienne, 7-11 octobre 2002)

(A/CN.9/523) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Pages*
I.	INTRODUCTION	1-13	355
II.	DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS	14	357
III.	MESURES PROVISOIRES ORDONNÉES PAR LE TRIBUNAL ARBITRAL	15-76	357
	A. Remarques générales concernant les mesures provisoires ordonnées *ex parte*	16-27	358
	B. Alinéa *a* du paragraphe 4	28-33	360
	C. Paragraphe 1	34	361
	D. Paragraphe 2	35-38	361
	E. Paragraphe 3	39-44	362
	F. Paragraphe 5	45-48	362
	G. Paragraphe 6	49	363
	H. Paragraphe 7	50-52	363
	I. Alinéa *a* du paragraphe 4 (*suite*)	53-72	363
	J. Alinéa *b* du paragraphe 4	73	366
	K. Alinéa *c* du paragraphe 4	74-75	367
	L. Alinéa *d* du paragraphe 4	76	367
IV.	MESURES PROVISOIRES ORDONNÉES PAR DES JURIDICTIONS ÉTATIQUES	77	367
V.	RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES MESURES PROVISOIRES	78-80	367

I. INTRODUCTION

1. 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, elle 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) (dénommée ci-après la "Loi type") 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[1].

2. La Commission avait confié la tâche à l'un de ses groupes de travail, qu'elle avait appelé Groupe de travail II

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

(Arbitrage et conciliation) 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 de ce 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 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 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) (dénommée ci-après la "Convention de New York") (A/CN.9/468, par. 109 *k*); les demandes en 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 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 avaient 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[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 jusqu'alors accomplis concernant les trois principales questions examinées, à savoir la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, les mesures provisoires ou conservatoires et l'élaboration d'une loi type sur la conciliation.

5. À sa trente-cinquième session, tenue à New York du 17 au 28 juin 2002, 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'alors 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. À cette même session, elle a également adopté la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale.

6. 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 de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (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 que le Groupe de travail examinerait à sa trente-septième session un projet révisé de nouvel article établi par le secrétariat (ibid., par. 83), pour insertion dans la Loi type, sur la question de l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral (A/CN.9/508, par. 16).

7. Le Groupe de travail est composé de tous les États membres de la Commission, à savoir: Allemagne, Argentine, Autriche, Bénin, Brésil, Burkina Faso, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, ex-République yougoslave de Macédoine, Fédération de Russie, Fidji, France, Honduras, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Lituanie, Maroc, Mexique, Ouganda, Paraguay, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Rwanda, Sierra Leone, Singapour, Soudan, Suède, Thaïlande.

8. Ont participé à la trente-septième session du Groupe de travail les États membres suivants: Allemagne, Argentine, Autriche, Brésil, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Hongrie, Inde, Italie, Japon, Lituanie, Mexique, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Rwanda, Singapour, Soudan, Suède, Thaïlande.

9. Ont assisté à la session les observateurs des États suivants: Algérie, Australie, Croatie, Danemark, Équateur, Finlande, Grèce, Indonésie, Irlande, Liban, Pérou, Philippines, Pologne, Qatar, République de Corée, République tchèque, Slovaquie, Slovénie, Suisse, Turquie, Ukraine, Venezuela, Yémen.

10. Ont également assisté à la session les observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Organisations intergouvernementales:* Comité consultatif sur l'article 2022 de l'Accord de libre-échange nord-américain, Conférence de La Haye de droit international privé, Cour permanente d'arbitrage et Ligue des États arabes;

b) *Organisations non gouvernementales invitées par la Commission:* Association américaine d'arbitrage, Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration,

[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.

Centre d'arbitrage et d'expertise du Rwanda, Centre international de recherches pour le règlement des conflits, Chambre de commerce internationale (CCI), Chartered Institute of Arbitrators, Conseil international pour l'arbitrage commercial, International Law Institute, Lagos Regional Centre for International Commercial Arbitration, London Court of International Arbitration (LCIA) et Moot Alumni Association (MAA).

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

Président: M. José María ABASCAL ZAMORA (Mexique);

Rapporteur: M. Prem Kumar MALHOTRA (Inde).

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

a) Ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.120);

b) Note du secrétariat: Élaboration de dispositions uniformes sur les mesures provisoires ou conservatoires (A/CN.9/WG.II/WP.119);

c) Proposition des États-Unis d'Amérique (A/CN.9/WG.II/WP.121).

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 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 son ordre du jour en se fondant sur la proposition des États-Unis d'Amérique (A/CN.9/WG.II/WP.121) et sur le document établi par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.119). Il est rendu compte de ses délibérations et conclusions sur ce point au chapitre III ci-dessous.

III. MESURES PROVISOIRES ORDONNÉES PAR LE TRIBUNAL ARBITRAL

15. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa trente-sixième session, il avait commencé à débattre du pouvoir d'une juridiction étatique ou d'un tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires (A/CN.9/508, par. 51 et suivants) et avait examiné un projet de texte modifiant l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (A/CN.9/WG.II/WP.119). Faute de temps, il n'avait pas pu achever à cette session l'examen de la question des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral et avait décidé de le poursuivre en se fondant sur une proposition de modification de l'article 17 de la Loi type présentée par les États-Unis d'Amérique (A/CN.9/WG.II/WP.121) tout en tenant compte du projet de texte antérieur figurant dans les documents A/CN.9/508 et A/CN.9/WG.II/WP.119. Le projet de texte examiné par le Groupe de travail (A/CN.9/WG.II/WP.121, dénommé ci-après la "proposition") était libellé comme suit:

"1) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner à une autre partie de prendre des mesures provisoires ou conservatoires.

2) Une mesure provisoire ou conservatoire est toute mesure temporaire, qu'elle s'inscrive ou non dans le cadre d'une sentence provisoire, par laquelle, à tout moment avant le prononcé de la sentence qui tranchera définitivement le litige, le tribunal arbitral ordonne à une partie:

a) De préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le litige ait été tranché, de sorte que la sentence qui sera finalement prononcée puisse, ou puisse plus facilement, être exécutée;

b) De prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures de nature à causer, immédiatement ou sous peu, un dommage de sorte que la sentence qui sera finalement prononcée puisse, ou puisse plus facilement, être exécutée;

c) De constituer une garantie pour l'exécution de la sentence qui sera finalement prononcée, y compris pour le règlement des frais de l'arbitrage; ou

d) De préserver des éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du litige.

3) Le tribunal arbitral peut ordonner une mesure provisoire ou conservatoire lorsque la partie qui la demande a démontré:

a) Qu'il y a un besoin urgent d'une telle mesure;

b) Qu'un préjudice irréparable sera causé si la mesure n'est pas ordonnée, et que ce préjudice l'emporte largement sur celui que subira la partie opposée à la mesure si celle-ci est accordée; et

c) Qu'il y a une forte possibilité que la partie qui demande la mesure obtienne gain de cause sur le fond du litige.

4) *a*) Le tribunal arbitral peut accorder une mesure provisoire ou conservatoire sans en aviser la partie contre laquelle elle est ordonnée ou avant que celle-ci ait eu la possibilité de réagir lorsque, outre qu'elle satisfait aux conditions posées au paragraphe 3, la partie qui demande la mesure prouve qu'il est nécessaire de procéder ainsi pour que la mesure soit efficace;

b) Toute mesure provisoire ou conservatoire ordonnée en vertu du présent paragraphe est valable pour une durée maximale de 20 jours, laquelle ne peut être prorogée. Le présent alinéa ne porte pas atteinte au pouvoir du tribunal arbitral d'accorder, de confirmer, de proroger ou de modifier une mesure provisoire ou conservatoire visée au paragraphe 1 après que la partie contre laquelle la mesure est dirigée en a été avisée et qu'il lui a été donné la possibilité d'être entendue;

c) Sauf dans la mesure où le tribunal arbitral a déterminé, conformément à l'alinéa *a* du paragraphe 4, qu'il est nécessaire, afin d'assurer l'efficacité de la mesure provisoire ou conservatoire, de ne pas en aviser la partie contre laquelle elle est dirigée, cette partie est avisée de la mesure et il lui est donné la possibilité d'être entendue le plus rapidement possible;

d) [Une partie qui demande une mesure provisoire ou conservatoire en application du présent paragraphe est tenue d'informer le tribunal arbitral de toutes les circonstances que celui-ci est susceptible de juger pertinentes et importantes pour déterminer si les conditions posées dans ce paragraphe sont satisfaites.]

5) Le tribunal arbitral peut mettre comme condition au prononcé d'une mesure provisoire ou conservatoire la constitution d'une garantie appropriée par la partie qui demande la mesure.

6) La partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire, à compter de la présentation de sa demande, informe sans tarder le tribunal arbitral de tout changement important dans les circonstances sur la base desquelles elle a sollicité, ou le tribunal arbitral a accordé, ladite mesure.

7) Le tribunal arbitral peut à tout moment modifier ou annuler une mesure provisoire ou conservatoire."

A. Remarques générales concernant les mesures provisoires ordonnées *ex parte*

16. Le Groupe de travail a été invité à concentrer son attention sur une question particulièrement controversée, à savoir la possibilité pour un tribunal arbitral d'ordonner *ex parte* des mesures provisoires ou conservatoires comme prévu au paragraphe 4 de la proposition.

17. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa trente-sixième session des avis divergents avaient été exprimés sur le point de savoir si, sur le plan des principes, il conviendrait de prévoir dans une version révisée de la Loi type la possibilité pour un tribunal arbitral d'ordonner *ex parte* des mesures provisoires ou conservatoires (A/CN.9/508, par. 77 à 94). Il a également rappelé qu'un certain nombre de délégations avaient exprimé l'opinion qu'un tel pouvoir devrait être réservé aux juridictions étatiques. Cette opinion a été réaffirmée. D'autres délégations ont estimé que ce pouvoir devrait être accordé à un tribunal arbitral à condition que l'ordonnance rendue *ex parte* ne soit applicable que pendant une durée limitée. D'autres encore ont estimé que, compte tenu du préjudice qu'une telle ordonnance pourrait causer à la partie contre laquelle elle était dirigée, l'octroi d'un tel pouvoir à un tribunal arbitral ne serait acceptable que si des conditions strictes étaient imposées pour éviter tout abus. Selon une opinion largement partagée, même si une disposition sur les mesures *ex parte* était finalement insérée dans une version révisée de l'article 17 de la Loi type, il faudrait y indiquer que des mesures de ce type ne devraient être accordées qu'exceptionnellement.

18. Un exposé concernant l'historique et le contenu de la proposition a été présenté au Groupe de travail. Il a été noté que la proposition partait du principe que le tribunal arbitral devait être habilité à prononcer une mesure provisoire ou conservatoire *ex parte* de durée limitée. Il a été déclaré que, dans deux cas au moins, il serait justifié qu'un tribunal arbitral ordonne des mesures de ce type, malgré le principe fondamental du respect d'une procédure équitable et de l'égalité des parties à l'arbitrage: premièrement, lorsque la partie sollicitant une mesure provisoire nécessaire de toute urgence était disposée à aviser l'autre partie mais n'avait pu le faire pour des raisons pratiques et, deuxièmement — cas plus problématique —, lorsque la partie requérante soutenait qu'il était nécessaire de ne pas notifier la mesure pour que celle-ci soit efficace ou pour éviter qu'elle ne soit neutralisée par l'autre partie. Il a été dit que la question de principe à régler d'emblée était de savoir si le pouvoir d'ordonner *ex parte* des mesures provisoires ou conservatoires devait être accordé non seulement aux juridictions étatiques mais aussi aux tribunaux arbitraux.

19. Il a été dit, en faveur de l'attribution d'un tel pouvoir aux tribunaux arbitraux, que si, de l'avis du Groupe de travail, un tribunal arbitral devait être habilité, pour pouvoir régler des litiges, à ordonner des mesures provisoires en général, il devrait nécessairement avoir la faculté de les ordonner *ex parte* lorsque les circonstances l'exigeaient. On a déclaré que le principal argument contre l'octroi d'un tel pouvoir était la crainte d'abus possibles. Il a été répondu que le risque d'abus était le même, quel que soit l'organe saisi (juridiction étatique ou tribunal arbitral). Il a été reconnu que le pouvoir d'ordonner des mesures *ex parte* devrait être utilisé concurremment avec les dispositions relatives à l'exécution que le Groupe de travail devait encore examiner. Étant donné que le régime d'exécution prévu dans la proposition envisageait qu'une juridiction étatique puisse examiner les circonstances dans lesquelles l'ordonnance *ex parte* avait été rendue, il faudrait, dans certains cas, qu'une partie réussisse à tromper à la fois un tribunal arbitral et une juridiction étatique pour qu'un tel abus se produise. Il a été dit que ce risque était réduit car le fait qu'une juridiction étatique pourrait examiner la mesure constituait une protection appropriée et efficace contre les abus. Il a également été déclaré que l'ordonnance d'un tribunal arbitral ne pourrait pas avoir d'incidence directe sur des tiers et que la partie requérante pourrait se voir imposer l'obligation de constituer une garantie pour réparer tout préjudice causé à la partie visée par la mesure. Il a été signalé que, dans certains États, les juges semblaient favorables à ce que l'on octroie aux tribunaux arbitraux le pouvoir d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires, mais que c'était loin d'être la règle. Toutefois, il a également été signalé que, dans certains systèmes juridiques, une mesure provisoire prononcée *ex parte* serait considérée comme une décision de procédure dont l'exécution ne pourrait être recherchée auprès des juridictions étatiques.

20. Plus précisément, il a été expliqué que le pouvoir général d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* prévu à l'alinéa *a* du paragraphe 4 de la proposition était assorti de garde-fous contre les risques d'abus. Ce paragraphe disposait, en son alinéa *b*, que de

telles mesures ne seraient valables que pour une durée maximale de 20 jours et, en son alinéa *c*, que la partie contre laquelle une mesure de ce type serait dirigée devrait en être avisée et qu'il devrait lui être donné la possibilité d'être entendue le plus rapidement possible. En outre, l'alinéa *d* faisait obligation à la partie requérante d'informer le tribunal arbitral de toutes les circonstances pertinentes et importantes pour l'aider à se prononcer.

21. Un certain nombre de réserves ont été exprimées au sujet de cette proposition. Premièrement, il a été dit qu'un tel pouvoir pourrait porter atteinte au principe de l'accord des parties, qui constituait le fondement de l'arbitrage. On a émis l'opinion que le fait d'autoriser un tribunal arbitral à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* était contraire au principe même de l'arbitrage, qui supposait un consensus entre deux parties pour demander à une ou plusieurs personnes de régler leur litige. Il a été dit que l'octroi d'un tel pouvoir à un tribunal arbitral serait contraire à ce que les parties attendaient de l'arbitrage, à savoir que l'égalité entre elles soit respectée et que les pouvoirs du tribunal soient limités. À cet égard, il a été dit que le consensus entre les parties et la confiance dans les arbitres étaient des conditions *sine qua non* du recours à l'arbitrage comme mode de règlement des différends. Il n'était donc pas approprié de mettre sur le même plan les juridictions étatiques et tribunaux arbitraux privés dans le contexte des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte*. On a noté que le texte initial faisait obligation de prouver que "la partie demandant la mesure a des chances d'obtenir gain de cause sur le fond du litige" (A/CN.9/508, par. 51), tandis que l'alinéa *c* du paragraphe 3 de la proposition imposait l'obligation de démontrer qu'il y avait "de fortes chances que la partie qui demande la mesure obtienne gain de cause sur le fond du litige" (A/CN.9/WG.II/WP.121). On a émis l'opinion que le texte initial risquait d'inciter le tribunal arbitral à préjuger le fond de l'affaire et que le libellé de la proposition augmentait ce risque, ce qui pourrait compromettre la confiance dans l'arbitrage et faire douter de l'impartialité du tribunal. Il a été suggéré de supprimer l'alinéa *c* du paragraphe 3 afin d'éviter ce problème. Des avis contraires ont été exprimés, et on a fait valoir à l'encontre de cette suppression qu'une telle condition était généralement bien ancrée dans le droit existant régissant le prononcé de mesures provisoires *ex parte* par les juridictions étatiques et qu'elle constituait un garde-fou supplémentaire.

22. Il a été suggéré de n'autoriser le tribunal arbitral à ordonner des mesures provisoires *ex parte* que lorsque les parties y avaient expressément consenti, par exemple dans leur convention d'arbitrage, ou en optant pour un règlement d'arbitrage ou une loi de l'arbitrage autorisant une telle pratique. Cette suggestion a bénéficié d'un certain appui. Toutefois, il a été rappelé qu'une suggestion similaire avait suscité des objections à la session précédente du Groupe de travail au motif qu'"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" (A/CN.9/508, par. 78). On a souligné qu'il serait sans doute difficile d'obtenir un tel consentement exprès, tout particulièrement lorsqu'une des parties à l'arbitrage était un État ou une entité étatique, ce à quoi on a rétorqué qu'un État partie à une opération avec une personne privée souhaiterait peut-être pouvoir demander des mesures provisoires ou conservatoires. Au lieu d'être soumis au consentement exprès des parties, le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* devait, selon certaines délégations, être susceptible d'exclusion par les parties. À cette fin, il faudrait préciser que le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* visé au paragraphe 4 de la proposition n'était conféré au tribunal qu'en l'absence de convention contraire des parties tout comme le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires en général visé au paragraphe 1.

23. D'autres doutes ont été exprimés concernant l'opportunité d'autoriser un tribunal arbitral privé à ordonner des mesures provisoires *ex parte*. On a fait valoir qu'il serait très difficile de déterminer les garde-fous à mettre en place pour prévenir les abus et que cela pourrait prendre des années. À cet égard, on a souligné que la proposition ne prévoyait pas que la partie requérante devrait systématiquement s'engager à indemniser le défendeur si la mesure *ex parte* s'avérait injustifiée. On a indiqué que, dans de telles circonstances, certains systèmes juridiques devaient autoriser une partie à s'adresser pour obtenir une indemnisation à l'arbitre qui avait ordonné la mesure. On a souligné que cette question ne relevait pas d'une loi sur l'arbitrage. On a par ailleurs fait observer que la proposition n'indiquait pas si la question de l'indemnisation pourrait être soumise à l'arbitrage du même tribunal. Enfin, on a souligné que la proposition ne prenait pas en compte le fait que des tiers pourraient, bien que n'étant pas parties à l'arbitrage, être touchés par la mesure *ex parte*.

24. À l'appui de la proposition tendant à conférer au tribunal arbitral le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte*, on a fait valoir que cela apporterait une importante contribution au développement de l'arbitrage international et ferait de ce dernier un mode plus efficace de règlement des litiges. On a déclaré que, si le droit de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* était traditionnellement réservé aux juridictions étatiques, un certain nombre de lois nationales avaient tendance à conférer ce pouvoir aux tribunaux d'arbitrage. Outre les garde-fous déjà prévus dans la proposition, il a été suggéré de faire obligation à la partie requérante de constituer une garantie pour couvrir le dédommagement du préjudice pouvant découler de la mesure *ex parte*. Il a aussi été suggéré d'imposer à la partie requérante une obligation d'indemnisation s'il était ultérieurement établi que la mesure ne se justifiait pas.

25. Le Groupe de travail a poursuivi son débat en partant du principe, largement admis, que des dispositions sur les mesures provisoires *ex parte* ne pourraient être insérées à l'article 17 que si des garde-fous appropriés étaient dressés. Certaines délégations ont indiqué que la proposition pourrait être rendue acceptable si l'on affinait les garde-fous déjà dressés, par exemple en prévoyant que le tribunal examinerait rapidement, en présence des deux parties, toute contestation élevée par l'autre partie. À cet égard, la disposition prévoyant une durée de validité de 20 jours dans tous les cas a suscité des objections. On a déclaré qu'une telle disposition pourrait être interprétée à tort comme posant une règle concernant la durée de la mesure *ex parte* et non pas comme fixant une limite à ne

pas dépasser, et que, dans le monde des affaires, 20 jours pourraient susciter des difficultés excessives, ou que, dans certains pays, ce laps de temps ne suffirait pas pour porter la question devant une juridiction étatique. On a émis l'avis qu'il serait préférable de prévoir que la mesure *ex parte* ne devrait être valable que pendant un laps de temps limité qui serait adapté en fonction des circonstances de l'espèce. On a toutefois objecté qu'une simple référence à un laps de temps raisonnable serait trop vague. On a émis l'avis que la disposition devrait préciser qu'une partie visée par la mesure *ex parte* ne devrait pas avoir à attendre 20 jours avant de pouvoir la contester, mais qu'elle devrait pouvoir être entendue à tout moment après la décision d'accorder la mesure. De plus, le tribunal ayant ordonné la mesure devrait être tenu d'entendre sans tarder la partie contestante, par exemple dans les 48 heures qui suivent le dépôt de la contestation.

26. Pour apaiser les préoccupations exprimées, on a dit que la proposition pourrait être modifiée de manière à confirmer que le tribunal était autorisé à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* sauf convention contraire des parties. On a aussi signalé que l'alinéa *c* du paragraphe 3 de la proposition, qui parlait d'"une forte possibilité" d'obtenir gain de cause sur le fond du litige, se voulait plus neutre que le texte initial, qui faisait référence aux "chances" d'obtenir gain de cause, et visait ainsi à éviter qu'un tribunal arbitral ne se croie invité à préjuger le fond du litige lorsqu'il serait appelé à se prononcer sur des mesures *ex parte*. Il a été convenu que, même s'il fallait revoir le libellé pour mieux prévenir ce risque, le tribunal arbitral devrait néanmoins examiner dans une certaine mesure le fond du litige afin de déterminer s'il devait ou non accorder des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte*.

27. Le Groupe de travail est largement convenu qu'une disposition sur les mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* pourrait être plus acceptable si les garde-fous étaient renforcés et multipliés. À cet égard, on a estimé que la partie requérante devrait satisfaire à un plus grand nombre de conditions que celles énumérées au paragraphe 3.

B. Alinéa *a* du paragraphe 4

28. Le Groupe de travail a procédé à un examen détaillé de l'alinéa *a* du paragraphe 4. Même si un certain nombre de délégations continuaient à être opposées à l'idée de conférer au tribunal arbitral le pouvoir d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte*, le Groupe de travail a décidé de poursuivre l'examen de la proposition. En outre, des questions ont été soulevées concernant le statut de cette dernière étant donné que le Groupe de travail disposait, à sa trente-sixième session, d'un texte révisé sur ce sujet qui variait à certains égards considérablement de la proposition à l'examen. Le Groupe de travail a pris note de ces questions. On a toutefois estimé qu'il serait bon de procéder à un examen détaillé de la proposition afin de cerner les positions sur la question des mesures *ex parte*. Il a été indiqué que la proposition était censée refléter les vues exprimées à la trente-sixième session du Groupe de travail.

29. Trois questions ont été soulevées au sujet de l'alinéa *a* du paragraphe 4. Premièrement, comment les parties pourraient exclure l'application du paragraphe 4 dans son ensemble grâce à une clause d'option positive ou d'option négative. Deuxièmement, si les conditions posées au paragraphe 3 devraient aussi s'appliquer dans le cas des mesures *ex parte*. On a émis l'avis que chacune des conditions requises dans le cas de mesures provisoires ou conservatoires *inter partes* devrait aussi s'appliquer dans celui de mesures *ex parte*. Par exemple, en réponse à l'argument selon lequel la condition énoncée à l'alinéa *c* du paragraphe 3 (à savoir que la partie requérante ait une "forte possibilité" d'obtenir gain de cause sur le fond) revenait à préjuger le litige et ne devait donc pas s'appliquer à une mesure *ex parte*, il a été affirmé que cette disposition était censée indiquer le seuil requis pour l'obtention de mesures provisoires ou conservatoires et qu'on pouvait prévenir tout risque de préjugement en remaniant le texte, par exemple en exigeant l'existence d'une présomption. Il a en outre été déclaré que le caractère d'urgence requis à l'alinéa *a* du paragraphe 3 n'était pas nécessaire dans le cas des mesures provisoires ou conservatoires *inter partes*, mais devait être une condition nécessaire dans celui des mesures *ex parte*, où l'urgence ne permettait pas d'aviser l'autre partie. Ce point de vue a été largement partagé.

30. La troisième question soulevée concernant l'alinéa *a* du paragraphe 4 était celle des conditions supplémentaires auxquelles il faudrait subordonner l'obtention de mesures *ex parte*. On a estimé que, en sus des conditions énumérées à l'alinéa *c* du paragraphe 3 pour les mesures provisoires ou conservatoires *inter partes*, cinq conditions supplémentaires devaient être exigées pour les mesures *ex parte*. Premièrement, il fallait faire obligation à la partie requérante de constituer une garantie pour indemniser le défendeur si la mesure demandée s'avérait par la suite injustifiée. Deuxièmement, il fallait imposer l'obligation d'indemniser la partie défenderesse, sur la base de la responsabilité objective, du préjudice causé par une mesure indûment accordée. Au sujet de cette deuxième condition, on a noté qu'il serait important que la question de la responsabilité puisse être soumise à l'arbitrage du tribunal ayant accordé la mesure initiale. Toujours à propos de cette deuxième condition, on s'est demandé si le tribunal aurait compétence pour trancher la question de l'indemnisation d'un préjudice résultant d'une mesure *ex parte*, en particulier lorsqu'une telle compétence ne pouvait être déduite d'une convention d'arbitrage rédigée en termes généraux ou lorsque la convention était libellée de façon restrictive. La troisième condition proposée était que la partie requérante puisse démontrer qu'elle n'avait pas d'autre voie de droit et que la mesure *ex parte* était son dernier recours. La quatrième proposition, qui n'était pas à proprement parler une condition, était de commencer l'alinéa *a* du paragraphe 4 par des mots tels que "Dans des circonstances exceptionnelles" afin de souligner la nature exceptionnelle des mesures *ex parte*. Enfin, la cinquième condition était que les mesures *ex parte* revêtent un caractère raisonnable et proportionnel.

31. Après un débat, le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait élaborer un texte révisé qui tienne compte des vues et des préoccupations qui venaient d'être exprimées. En particulier, le texte révisé devrait reconnaître l'autonomie

de la volonté des parties en autorisant celles-ci à convenir d'exclure l'application d'une disposition conférant au tribunal arbitral le pouvoir d'accorder une mesure provisoire ou conservatoire *ex parte*. Il devrait également indiquer que les conditions posées au paragraphe 3 pour les mesures *inter partes* devaient aussi s'appliquer aux mesures *ex parte*. Il faudrait néanmoins trouver un libellé plus neutre que la formule "une forte possibilité d'obtenir gain de cause" employée à l'alinéa *c* de ce paragraphe. Le texte révisé devrait en outre exiger en termes contraignants la constitution d'une garantie par la partie requérante et prévoir que celle-ci serait de plein droit responsable des dommages causés à l'autre partie par une mesure non justifiée. L'étendue de cette responsabilité devrait être déterminée par le même tribunal arbitral.

32. Un certain nombre de délégations se sont portées volontaires pour établir une version révisée de l'alinéa *a* du paragraphe 4. Le Groupe de travail a suspendu ses délibérations concernant le paragraphe 4 en attendant de pouvoir examiner cette version révisée (pour la suite du débat, voir par. 53 à 69 ci-dessous).

33. En ce qui concerne les alinéas *b* à *d*, le Groupe de travail a pris note des suggestions ci-après: 1) il faudrait préciser à quel moment le délai de 20 jours commençait à courir; 2) les dispositions concernant les mesures *ex parte* devraient mentionner l'obligation continue pour la partie requérante de tenir le tribunal pleinement informé; 3) le défendeur devrait avoir la possibilité de contester la mesure à bref délai; et 4) il faudrait étudier plus avant la possibilité de lever la mesure lorsque le défendeur constituait une garantie suffisante.

C. Paragraphe 1

34. On a fait observer que le paragraphe 1 tel qu'il était reformulé dans le document A/CN.9/WG.II/WP.121 était semblable au texte précédemment examiné par le Groupe de travail (A/CN.9/508, par. 51 à 54). Ce dernier a jugé le paragraphe remanié généralement acceptable sur le fond. Sur un point de rédaction, on a fait remarquer que le membre de phrase "ordonner à une autre partie de prendre des mesures provisoires ou conservatoires" risquait de limiter indûment la portée de la disposition. On a suggéré de le remplacer par les mots "accorder des mesures provisoires ou conservatoires". Le Groupe de travail a pris note de cette suggestion.

D. Paragraphe 2

35. On a expliqué que le paragraphe 2 figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.121 était une version remaniée pour l'établissement de laquelle il avait été tenu compte des débats qui avaient eu lieu à la précédente session du Groupe de travail (A/CN.9/508, par. 51 et 64 à 76).

36. On a objecté que la référence à la notion de "sentence provisoire" allait à l'encontre de l'opinion qui avait prévalu à la session précédente du Groupe de travail, selon laquelle il ne fallait pas qualifier la sentence de "partielle" ou de "provisoire" (voir A/CN.9/508, par. 66). La notion de mesure temporaire "s'inscrivant dans le cadre" d'une sentence a aussi suscité des doutes. On a émis l'avis qu'une rédaction du type de celle précédemment examinée par le Groupe de travail ("Une mesure provisoire ou conservatoire est toute mesure temporaire, qu'elle prenne la forme d'une sentence arbitrale ou une autre forme") était préférable. Cet avis a été dans l'ensemble partagé.

37. Le débat a porté essentiellement sur l'alinéa *c*. On a émis l'avis que cet alinéa, même s'il était fondé sur l'approche précédemment adoptée par le Groupe de travail ("une mesure donnant un moyen préliminaire d'assurer ou de faciliter l'exécution de la sentence": voir A/CN.9/508, par. 74), étendait considérablement, et peut-être indûment, la portée de la disposition. En particulier, la référence à "une garantie... pour le règlement des frais de l'arbitrage" a été critiquée au motif qu'elle pourrait être interprétée à tort comme autorisant le tribunal arbitral à ordonner, non seulement à un demandeur ou à un défendeur ayant formé une demande reconventionnelle mais également à un simple défendeur, la constitution d'une garantie aux fins du règlement des frais de l'arbitrage, ce qui irait à l'encontre des principes de droit établis dans un certain nombre de pays. On a répondu que la consignation du montant des frais pouvait être demandée à n'importe quelle partie, conformément, par exemple, à l'article 41 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ce à quoi on a répliqué qu'une nette distinction devait être établie entre: 1) la question de savoir quelle partie supporterait au bout du compte les frais de la procédure d'arbitrage; 2) la question de savoir de quelle partie on pouvait exiger qu'elle consigne une somme à valoir sur les frais, par exemple conformément à l'article 41 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI; et 3) la question de savoir quelle partie devait constituer un dépôt de garantie couvrant les frais, par exemple conformément à l'article 25.2 du Règlement d'arbitrage de la London Court of International Arbitration (Règlement d'arbitrage de la LCIA). On a fait observer que si la consignation d'une somme à valoir sur les frais était normalement exigée des deux parties afin que le tribunal arbitral dispose des fonds voulus pour mener à bien la procédure, l'idée d'un dépôt de garantie était souvent associée au mal-fondé apparent de la demande. Un tel dépôt ne pouvait être exigé que du demandeur et ne devait en aucun cas être imposé au défendeur, lequel ne pouvait être tenu de constituer un dépôt de garantie simplement pour se défendre. Selon un avis largement partagé, la disposition ne devait pas traiter en termes généraux des frais d'arbitrage, mais devait se limiter à garantir l'exécution de la sentence. De nombreux membres du Groupe de travail se sont dits favorables à la suppression des mots "y compris pour le règlement des frais de l'arbitrage". On a fait observer que, d'après l'article 38 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et divers autres règlements, une sentence pouvait porter sur les "frais". Après un débat, le Groupe de travail a décidé de remplacer l'ensemble de l'alinéa *c* par un libellé du type "de fournir un moyen préliminaire de constituer en garantie des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence".

38. À la fin du débat, on a rappelé qu'à sa session précédente le Groupe de travail était convenu qu'il fallait faire ressortir très clairement que la liste de mesures provisoires donnée dans les divers alinéas ne devait pas être considérée comme exhaustive (A/CN.9/508, par. 71). Or, a-t-on fait

observer, dans le paragraphe 2 remanié, la liste était présentée comme exhaustive. En réponse, on a expliqué que la version remaniée du paragraphe 2 ne donnait plus une liste des diverses mesures provisoires que pouvait accorder un tribunal arbitral, mais parlait de "toute mesure temporaire", de sorte que la formulation n'était pas limitative. En outre, la disposition énumérait les diverses fins auxquelles une mesure provisoire pouvait être accordée. Dès lors que toutes ces fins étaient couvertes par la liste révisée, il n'était plus nécessaire de rendre la liste non exhaustive. Bien que cette explication ait dans l'ensemble été acceptée, le Groupe de travail a décidé de procéder à de plus amples consultations avant de décider si tous les motifs concevables pouvant justifier l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire étaient couverts par l'actuelle formulation. Il a été convenu que le débat sur cette question serait rouvert à une prochaine session.

E. Paragraphe 3

39. On a expliqué qu'il avait été tenu compte pour l'établissement de la version révisée du paragraphe 3 figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.121 des débats qui avaient eu lieu à la précédente session du Groupe de travail (A/CN.9/508, par. 51 et 55 à 58).

40. On a fait observer que le verbe "démontrer" utilisé dans le membre de phrase liminaire du paragraphe risquait d'impliquer qu'un critère strict d'établissement de la preuve serait appliqué. On a rappelé qu'un débat analogue avait eu lieu à la session précédente du Groupe de travail et que les verbes "montrer", "démontrer", "établir" et "démontrer" avaient été suggérés, sans que celui-ci ne prenne de décision à cet égard (A/CN.9/508, par. 58). Le Groupe de travail a décidé que tous ces verbes devraient être insérés entre crochets afin que la discussion puisse se poursuivre à un stade ultérieur.

41. De l'avis général, l'alinéa *a* devait être déplacé du paragraphe 3 au paragraphe 4. Il a été convenu que le besoin urgent de la mesure ne devait pas être un critère applicable aux mesures provisoires ou conservatoires en général mais un critère nécessaire pour l'octroi d'une mesure provisoire *ex parte*.

42. S'agissant de l'alinéa *b*, deux suggestions ont été faites sur des points de rédaction, à savoir remplacer les mots "la partie opposée à la mesure" par les mots "la partie touchée par la mesure", d'une part, et les mots "et que ce préjudice" par les mots "et qu'un tel préjudice", d'autre part. Ces deux suggestions ont bénéficié de l'appui général. On a fait observer que les mots "préjudice irréparable" utilisés à l'alinéa *b* du paragraphe 3 pouvaient entraîner une confusion avec le "dommage" susceptible d'être causé "immédiatement ou sous peu" visé à l'alinéa *b* du paragraphe 2, ce qui ferait courir le risque que les critères énoncés au paragraphe 3 ne soient interprétés comme s'appliquant uniquement aux mesures accordées aux fins de l'alinéa *b* du paragraphe 2. Le Groupe de travail a pris note de ce point de vue.

43. En ce qui concerne l'alinéa *c*, il a été généralement convenu que les mots "il y a une forte possibilité" pouvaient facilement être interprétés à tort comme obligeant le tribunal arbitral à préjuger le fond de l'affaire. Il a été convenu qu'il fallait faire très clairement ressortir qu'il s'agissait uniquement, à l'alinéa *c*, de déterminer si la demande était sérieuse, sans préjuger en aucune façon des conclusions auxquelles parviendrait le tribunal arbitral à un stade ultérieur. On a estimé qu'un libellé du type "qu'il y a une possibilité raisonnable que la partie qui demande la mesure obtienne gain de cause sur le fond, étant entendu que la décision prise sur ce point sera sans incidence sur les décisions ultérieures du tribunal" exprimerait de façon plus adéquate le seuil visé dans cette disposition. Cette suggestion a bénéficié d'un certain appui.

44. Le secrétariat a été prié de prendre en compte les suggestions, opinions et préoccupations exposées ci-dessus lorsqu'il établirait une nouvelle version du projet de disposition.

F. Paragraphe 5

45. Dans le cadre de la discussion concernant le paragraphe 5, une suggestion a été faite à propos de la structure de l'article. Il a été déclaré que, dans la mesure où ils étaient censés s'appliquer aux mesures provisoires en général et pas seulement aux mesures susceptibles d'être accordées *ex parte* conformément au paragraphe 4, les paragraphes 5 à 7 devraient être déplacés et insérés avant le paragraphe 4. Le Groupe de travail dans son ensemble a jugé cette suggestion raisonnable.

46. Étant généralement admis que la constitution d'une garantie devrait être obligatoire pour les mesures *ex parte*, le Groupe de travail a étudié le lien entre le paragraphe 5 et le paragraphe 4. On a craint que, dans sa rédaction actuelle, le paragraphe 5 ne permette d'échapper à l'obligation de fournir une garantie pour les mesures demandées au titre du paragraphe 4, car il partait du principe que, pour les mesures *inter partes*, l'exigence d'une telle garantie devrait être laissée à la discrétion du tribunal arbitral. Afin d'apaiser cette crainte, on a proposé d'indiquer que le paragraphe 5 devrait s'entendre sous réserve du paragraphe 4. Il a également été proposé de fusionner le paragraphe 5 et la disposition devant être ajoutée sur ce point au paragraphe 4. Le Groupe de travail a pris note de ces propositions.

47. Il a été proposé que le paragraphe 5 permette à la partie touchée par une mesure provisoire (accordée *ex parte* ou *inter partes*) d'obtenir la mainlevée de cette mesure contre constitution d'une contre-garantie appropriée. On a suggéré d'insérer dans le paragraphe 5 le libellé ci-après: "La partie contre laquelle une mesure provisoire est dirigée peut choisir de fournir une garantie équivalente s'il y a lieu, à condition que cette substitution n'implique pas une modification substantielle de l'objet pour lequel ladite mesure a été accordée". Cette suggestion n'a apparemment pas bénéficié d'un appui suffisant au sein du Groupe de travail. Il a été rappelé à ce dernier que le paragraphe 7 conférait au tribunal un large pouvoir d'appréciation pour modifier ou annuler des mesures provisoires ou conservatoires à tout moment, si bien que la proposition concernant la contre-garantie pouvait en fait être traitée dans le cadre de ce paragraphe.

48. Il a été proposé de remplacer, au paragraphe 5, les mots "la partie qui demande la mesure" par "toute partie", par souci d'harmonisation avec la terminologie employée à l'article 17 de la Loi type. On a répondu qu'en règle générale c'était de la partie demandant la mesure provisoire qu'il fallait exiger une garantie. Il a été proposé d'employer les mots "la partie qui demande la mesure ou toute autre partie, à l'exception de la partie contre laquelle la mesure provisoire a été accordée". On a toutefois fait remarquer que, même si les mots "toute partie" étaient employés, le texte du paragraphe 5 n'en ferait pas moins référence à l'obligation de fournir une garantie "comme condition au prononcé d'une mesure provisoire ou conservatoire", ladite garantie ne risquant donc pas d'être demandée au défendeur. On a fait valoir, en faveur de l'insertion des mots "toute partie", que le tribunal disposerait ainsi d'un pouvoir d'appréciation pour tenir compte de certaines situations survenant dans des arbitrages pluripartites, par exemple de la situation où il y aurait plusieurs demandeurs qui bénéficieraient chacun de la mesure provisoire, alors que celle-ci n'aurait été demandée que par un seul d'entre eux ne disposant d'aucun bien. Dans ce cas, le tribunal aurait la liberté d'exiger une garantie des autres demandeurs. En outre, l'insertion des mots "toute partie" permettrait de tenir compte du cas où une partie fournissait une contre-garantie. Le Groupe de travail a exprimé une préférence pour la formule "partie qui demande la mesure et toute autre partie".

G. Paragraphe 6

49. Il a été dit que, s'il était convenu d'insérer les mots "ou toute autre partie" au paragraphe 5, il faudrait en faire autant au paragraphe 6. On a estimé que cet ajout pourrait toutefois donner lieu à des litiges supplémentaires entre les parties. On a fait observer que, si le paragraphe 6 imposait l'obligation d'informer le tribunal arbitral de tout changement important dans les circonstances sur la base desquelles la mesure provisoire avait été accordée, aucune sanction n'était prévue en cas d'inexécution. Il a été convenu, en réponse, que ce point pouvait fort bien être traité dans le cadre du paragraphe 7. En conséquence, il a été décidé de ne pas modifier le texte du paragraphe 6.

H. Paragraphe 7

50. La disposition proposée a bénéficié d'un certain soutien, du fait qu'elle était libellée en termes généraux et ne réglementait pas la question de manière excessive. Il a été demandé si cette disposition visait également une mesure provisoire ou conservatoire ayant déjà été appliquée par une juridiction étatique. On s'est également demandé s'il faudrait revoir la disposition pour préciser que le tribunal arbitral aurait le pouvoir de modifier ou d'annuler une mesure provisoire ou conservatoire soit d'office, soit à la demande d'une autre partie. Il a été dit que, si le tribunal arbitral pouvait agir d'office, il faudrait peut-être indiquer que ce dernier serait tenu d'aviser la partie ayant demandé la mesure de sa modification ou de son annulation.

51. En outre, on ne voyait pas bien si le pouvoir de modifier ou d'annuler une mesure provisoire devait être reconnu uniquement lorsqu'il n'était plus satisfait aux conditions d'octroi de ladite mesure ou si le tribunal devait disposer sur ce point d'un plein pouvoir discrétionnaire. Certains se sont dits opposés à l'idée d'autoriser le tribunal arbitral à agir sans y avoir été invité par les parties et sans les avoir entendues. À cet égard, il a été rappelé que, lorsque la modification ou l'annulation d'une mesure causait un préjudice à une partie, rien n'indiquait qui serait responsable d'un tel préjudice. De ce fait, a-t-on dit, il ne devrait être possible de modifier ou d'annuler une mesure qu'à la demande des parties. Certains ont exprimé leur désaccord, estimant que cette condition semblait compliquer les choses car on ne voyait pas bien si cette demande devait être présentée par une ou toutes les parties. On a également estimé que le tribunal arbitral ne devait pouvoir modifier ou annuler une mesure qu'en cas de changement dans les circonstances.

52. Il a été proposé d'ajouter, à la fin du paragraphe 7, le texte ci-après tenant compte des arguments exposés ci-dessus: "à la demande d'une partie ou d'office, après avoir entendu les parties". Il a été dit toutefois que le pouvoir de modifier ou d'annuler une mesure provisoire ne devrait pas être limité. On a fait observer que, compte tenu du caractère extraordinaire de ces mesures, si un tribunal avait le pouvoir de les accorder, il devrait aussi pouvoir les modifier ou les annuler. Il a été déclaré en outre que, le paragraphe 7 étant apparemment censé s'appliquer également aux mesures *ex parte*, les circonstances susceptibles d'inciter l'arbitre à annuler ou à modifier une mesure pourraient survenir au stade non contradictoire de la procédure et que, par conséquent, l'obligation d'informer les parties risquerait de rendre la mesure inefficace. On a dit qu'il serait peut-être nécessaire d'examiner plus avant s'il fallait établir ou non une distinction entre mesures *inter partes* et mesures *ex parte*. Si tel était le cas, il faudrait éventuellement élaborer une disposition distincte pour ces dernières. Il a été décidé de ne pas modifier le texte du paragraphe 7.

I. Alinéa *a* du paragraphe 4 (*suite*)

53. Afin de faciliter la poursuite du débat sur le paragraphe 4, un certain nombre de délégations ont établi un texte révisé qui a été soumis au Groupe de travail. Ce texte révisé prenait en compte les vues et les préoccupations exprimées à l'occasion de l'examen, à une séance précédente, de l'alinéa *a* du paragraphe 4 (voir plus haut, par. 28 à 32). Le Groupe de travail a repris ses délibérations sur l'alinéa *a* du paragraphe 4 en se fondant sur le projet de texte suivant (ci-après appelé "alinéa *a* du paragraphe 4 remanié"):

> "4. *a)* Sauf convention contraire, le tribunal arbitral peut accorder une mesure provisoire ou conservatoire sans qu'elle ait été notifiée à la partie contre laquelle elle est dirigée ou avant que celle-ci ait eu la possibilité de répliquer, à condition que:
>
> i) La partie requérante démontre qu'il est nécessaire d'agir sans notification [pour garantir l'efficacité de la mesure] [parce que la mesure serait compromise s'il en était donné notification]; et

ii) La mesure corresponde à un besoin urgent; et

iii) Un préjudice irréparable résulte de l'absence d'une telle mesure, et que ce préjudice l'emporte largement sur celui que subira la partie touchée par la mesure si celle-ci est accordée; et

iv) Il y ait une [possibilité substantielle] [perspective raisonnable] de voir la partie requérante obtenir gain de cause sur le fond], [étant entendu que toute décision qui pourra être prise sur cette question ne préjugera aucunement des décisions ultérieures du tribunal]; et

v) La partie requérante soit responsable [de plein droit] de tous les frais et de toutes les pertes causés par la mesure à la partie contre laquelle elle est dirigée [compte tenu de la façon dont il sera finalement statué au fond sur les demandes]; et

vi) La partie requérante fournisse [une garantie] [un cautionnement, lui-même garanti comme le tribunal arbitral le jugera approprié] [une sûreté sous la forme qui pourra être décidée par le tribunal], [en vue de couvrir tous les frais et toutes les pertes que la partie contre laquelle la mesure est dirigée pourra subir du fait de la mesure ordonnée] [en vue de couvrir tous les frais et toutes les pertes visés au sous-alinéa v ci-dessus].

Paragraphe supplémentaire

Le tribunal arbitral aura compétence notamment pour statuer sur toutes les questions qui découlent des sous-alinéas v et vi ci-dessus ou qui y sont liées."

Membre de phrase liminaire de l'alinéa a *du paragraphe 4 remanié*

54. Sur des points de rédaction, il a été suggéré d'ajouter après les mots "Sauf convention contraire" les mots "des parties" et de supprimer le mot "et" figurant à la fin de chacun des sous-alinéas de l'alinéa *a*, sauf à l'avant-dernier sous-alinéa. Ces suggestions n'ont suscité aucune objection.

55. Sur le fond, on a relevé une anomalie: alors que l'alinéa *a* mentionnait non seulement la situation dans laquelle une mesure provisoire ou conservatoire était demandée en l'absence de notification, mais aussi celle dans laquelle la mesure était notifiée sans que la partie défenderesse ait eu la possibilité de répliquer, le sous-alinéa *i* ne semblait pas englober cette deuxième situation.

Sous-alinéas i et ii de l'alinéa a *du paragraphe 4 remanié*

56. On a noté que, telle qu'elle était remaniée, la disposition exigeait que la partie requérante "démontre" qu'il était nécessaire d'agir sans notification. Il a été suggéré, compte tenu des préoccupations concernant le critère d'établissement de la preuve à satisfaire, de remanier ce sous-alinéa comme suit: "le tribunal ait la conviction qu'il est nécessaire de procéder *ex parte*". Cette suggestion a bénéficié d'un certain appui. Il a néanmoins été rappelé qu'à sa session précédente, le Groupe de travail avait décidé d'envisager des termes tels que "établir ", "démontrer" ou "montrer", qui étaient considérés comme préférables à une formulation exigeant que soit rapportée "la preuve" de la nécessité d'agir sans notification (A/CN.9/508, par. 55). Le Groupe de travail est convenu que le secrétariat devrait prendre en compte toutes les suggestions ci-dessus lorsqu'il élaborerait une version révisée pour la poursuite du débat à un stade ultérieur.

57. S'agissant des deux variantes entre crochets figurant au sous-alinéa i, on a fait valoir, à l'appui de la première, qu'elle avait le mérite d'être de large portée et que son libellé cadrait avec d'autres dispositions. On a émis l'avis qu'il serait peut-être préférable de parler, dans cette variante, d'éviter de rendre la mesure "inutilement inefficace". Dans l'ensemble, une préférence a été manifestée pour une formulation fondée sur la deuxième variante entre crochets. Toutefois, on a émis l'avis que, dans la version anglaise, le mot "*frustrated*" serait sans doute préférable au mot "*defeated*".

58. On a fait valoir que le sous-alinéa i)pourrait être purement et simplement supprimé car la notion d'urgence exprimée au sous-alinéa ii constituait une base suffisante pour permettre au tribunal d'agir. On a cependant objecté que le besoin urgent visé au sous-alinéa ii et l'idée qu'il fallait éviter de compromettre l'efficacité de la mesure exposée au sous-alinéa i étaient l'un et l'autre nécessaires pour une mesure *ex parte*. L'inclusion de ces deux éléments a bénéficié d'un large appui. On a noté que si l'on posait comme seule condition l'urgence de la mesure, on ne verrait pas bien pourquoi celle-ci devait être demandée *ex parte*. On déclaré que le sous-alinéa i exprimait la véritable raison d'être d'une requête *ex parte*, à savoir qu'en notifiant la mesure on la priverait totalement de son objet.

59. Compte tenu des observations qui ont été faites, il a été suggéré de modifier comme suit le membre de phrase liminaire et les sous-alinéas i et ii de l'alinéa *a* du paragraphe 4 remanié:

"4 *a)* Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut accorder une mesure provisoire ou conservatoire sans qu'elle ait été notifiée à la partie contre laquelle elle est dirigée ou avant que celle-ci ait eu la possibilité de répliquer lorsque la partie requérante montre qu'il est nécessaire de procéder ainsi pour faire en sorte que [la mesure soit efficace] [l'utilité de la mesure ne soit pas compromise avant même que celle-ci ait été accordée], à condition que:

i) la mesure corresponde à un besoin urgent; et".

60. Selon un avis largement partagé, la première partie du nouveau membre de phrase liminaire révisé traitait de façon adéquate d'une situation véritablement *ex parte*, à savoir celle dans laquelle un tribunal arbitral décidait d'accorder la mesure sans en aviser l'autre partie. Toutefois, le membre de phrase "ou avant que celle-ci ait eu la possibilité de

répliquer" ne correspondait pas à un véritable scénario *ex parte*, puisque dans ce cas de figure, la partie défenderesse avait déjà été avisée. On a émis l'avis que le membre de phrase liminaire devrait traiter uniquement du cas dans lequel il était approprié d'agir sans notification. Si le Groupe de travail voulait couvrir le deuxième scénario, il faudrait réfléchir à nouveau à la structure du paragraphe. Il a été reconnu que le membre de phrase "ou avant que celle-ci ait eu la possibilité de répliquer" était destiné à couvrir la situation dans laquelle la partie défenderesse avait été avisée mais n'avait pas eu le temps de répliquer, ou n'avait pas pu le faire, ou encore n'avait pas voulu répliquer et pouvait ainsi compromettre l'octroi d'une mesure provisoire. On a fait valoir — point de vue qui a été appuyé — que cette situation était en fait couverte de façon satisfaisante par les mots "peut accorder une mesure provisoire ou conservatoire sans qu'elle ait été notifiée à la partie contre laquelle elle est dirigée" et par les règles supplétives. Il a été convenu que les mots "ou avant que celle-ci ait eu la possibilité de répliquer" devaient être supprimés, l'idée étant que le texte couvrait suffisamment la situation dans laquelle la partie défenderesse avait été avisée mais soit n'avait pas répliqué, soit n'avait pas pu le faire.

61. La première variante entre crochets figurant dans le membre de phrase liminaire révisé ("[la mesure soit efficace")] a bénéficié d'un certain appui, mais une nette préférence a été manifestée pour la deuxième variante ("[l'utilité de la mesure ne soit pas compromise avant même que celle-ci ait été accordée")] au motif qu'elle correspondait mieux à la condition qui devait être satisfaite pour l'octroi d'une mesure *ex parte*.

Sous-alinéa iii de l'alinéa a *du paragraphe 4 remanié*

62. Il a été convenu qu'il fallait supprimer le sous-alinéa iii dans la mesure où il faisait double emploi avec l'alinéa *c* du paragraphe 3 qui énonçait les conditions devant s'appliquer à la fois aux mesures *inter partes* et aux mesures *ex parte*. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'une référence à la nécessité de satisfaire aux conditions énoncées au paragraphe 3 devrait être ajoutée au membre de phrase liminaire de l'alinéa *a* du paragraphe 4 remanié.

63. On a proposé de modifier le membre de phrase liminaire en l'exprimant sous la forme d'une condition, en disant par exemple "si le tribunal arbitral accorde une mesure provisoire ou conservatoire" afin de faire mieux ressortir le caractère exceptionnel des situations dans lesquelles une mesure provisoire serait demandée *ex parte*. Cette proposition n'a pas été appuyée.

Sous-alinéa iv de l'alinéa a *du paragraphe 4 remanié*

64. Le Groupe de travail a examiné les deux variantes entre crochets aux termes desquelles il faudrait qu'il y ait soit une "[possibilité substantielle]" soit une "[perspective raisonnable]" de voir la partie requérante obtenir gain de cause sur le fond. Bien que chacune de ces variantes ait bénéficié d'un certain appui, aucune — selon l'opinion qui a prévalu — ne répondait adéquatement aux préoccupations antérieurement exprimées (voir par. 26 plus haut), à savoir qu'un tel libellé semblait inviter le tribunal arbitral à préjuger le litige, à un stade très précoce de la procédure arbitrale, et que cela pourrait nuire à la neutralité des arbitres ou à l'idée que s'en faisaient les parties. Il a été suggéré que le Groupe de travail envisage un texte qui offre une protection contre les requêtes *ex parte* futiles sans pour autant obliger le tribunal arbitral à se prononcer sur le fond. Il a été proposé à cet effet d'indiquer au sous-alinéa iv que le tribunal arbitral devrait simplement déterminer, compte tenu de tous les faits dont il avait connaissance, qu'une mesure provisoire ou conservatoire était appropriée. Une autre solution proposée était de réviser cet alinéa de manière à indiquer qu'il devait y avoir "une possibilité raisonnable de voir la partie requérante obtenir gain de cause sur le fond, étant entendu qu'aucune décision prise à cet égard n'influera sur aucune autre décision ultérieure du tribunal arbitral". Selon une autre proposition encore, on pourrait utiliser un libellé plus neutre et plus objectif, contenant des exemples, qui n'impliquerait pas que le tribunal arbitral devrait préjuger l'affaire, tel que le suivant: "qu'une question importante appelle une décision". Il a également été suggéré que l'alinéa commence par les mots "il y ait au moins une possibilité raisonnable" et non par "il y ait une possibilité raisonnable" et que, dans la version anglaise, les mots "*will succeed on the merits*" soient remplacés par "*may succeed on the merits*". À l'issue d'un débat, il a été suggéré de réviser le texte comme suit: "qu'il y ait une possibilité raisonnable de voir la partie requérante obtenir gain de cause sur le fond, étant entendu qu'aucune décision à cet égard n'influera sur aucune décision ultérieure du tribunal arbitral". Le secrétariat a été prié d'établir le texte révisé de cette disposition, qui deviendrait le nouveau paragraphe 3 *d* pour tenir compte du fait que le paragraphe 3 *a* avait été intégré au paragraphe 4 *a*.

Sous-alinéa v de l'alinéa a *du paragraphe 4 remanié*

65. Il a été fait observer que cette disposition offrait à la partie défenderesse une protection supplémentaire contre les frais et les pertes causés par une mesure *ex parte*. Cette protection serait opérante une fois qu'il aurait été statué définitivement sur le fond. On a rappelé qu'il avait été convenu que, s'agissant d'une mesure provisoire ou conservatoire *inter partes,* la responsabilité de la partie requérante ne serait pas traitée par cette disposition mais que l'on s'en remettrait pour cela à une autre loi. Selon une opinion largement partagée, il était plus logique de parler de "dommages et de frais" que de "frais et de pertes". Il a été suggéré de préciser que le mot "frais" couvrait les "frais d'arbitrage causés par la mesure provisoire". On a jugé préoccupant tout texte donnant à penser que la responsabilité pour les frais et pertes résultant d'une mesure provisoire *ex parte* devrait dépendre de l'issue finale du litige. Il a été dit que la question de savoir si une partie requérante répondrait de ces pertes ou dommages devrait être laissée à l'appréciation du tribunal arbitral mais être dissociée de la décision finale sur le fond. À cet égard, il a été dit que, même si une partie requérante obtenait finalement gain de cause dans le cadre de la procédure d'arbitrage, elle pourrait néanmoins être tenue responsable des pertes ou dommages dus à une mesure provisoire ou conservatoire *ex parte* qui avait été jugée injustifiée. Il a été suggéré, afin d'accorder au tribunal arbitral une cer-

taine souplesse et un large pouvoir d'appréciation, d'envisager de faire figurer dans le futur texte révisé de la disposition, un libellé tel que: "dans la mesure appropriée, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, y compris la façon dont il sera finalement statué au fond sur la demande". Selon une autre suggestion, il faudrait tenir compte dans le texte révisé de l'approche suivie au paragraphe 17.1.3 du Projet de principes fondamentaux et de règles relatifs à la procédure civile transnationale établi par l'American Law Institute et Unidroit, telle qu'elle était décrite au paragraphe 69 du document A/CN.9/WG.II/WP.119.

66. Il a été suggéré de supprimer les mots "de plein droit" compte tenu du fait que "la responsabilité de plein droit" était une notion technique qui n'était pas comprise dans tous les États et qu'il était souhaitable d'élaborer une disposition souple. Il a également été suggéré de remplacer "soit" par "puisse être". La première suggestion a été jugée acceptable d'une manière générale mais la seconde n'a pas été retenue. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il devait garder présente à l'esprit la finalité de la disposition lorsqu'il en remaniait le texte. Il a été dit qu'il fallait analyser cette disposition en fonction de l'objectif consistant à faire assumer à la partie requérante la responsabilité des dommages causés par une mesure *ex parte* qui avait été jugée injustifiée. Il a été dit qu'il faudrait peut-être songer davantage à déterminer le point de départ de la responsabilité, à savoir si la disposition devait couvrir les cas où la partie requérante avait agi de façon négligente ou frauduleuse, ou si elle s'appliquait également à la situation où le tribunal arbitral avait agi par erreur.

67. Il a été convenu que les mots "dans la mesure appropriée, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce et eu égard à la façon dont il sera finalement statué au fond sur la demande" seraient ajoutés entre crochets dans la future version révisée de la disposition en vue de la poursuite des débats.

Sous-alinéa vi de l'alinéa a *du paragraphe 4 remanié*

68. On s'est interrogé sur la nuance entre les mots "garantie", "cautionnement" et "sûreté" proposés comme variantes. On s'est déclaré favorable au maintien du mot "garantie", mais on a fait observer que le mot "*security*" avait été utilisé à l'article 17 de la Loi type et traduit par "garantie" dans certaines versions linguistiques. Selon une opinion largement partagée, la nouvelle disposition ne devrait pas s'écarter inutilement du libellé utilisé dans la Loi type. On a exprimé une préférence pour un libellé tel que: "une sûreté sous la forme que le tribunal arbitral jugera appropriée".

69. En ce qui concerne les mots "tous les frais et toutes les pertes", le libellé au sous-alinéa vi devait, selon une opinion largement partagée, être le pendant de celui utilisé au sous-alinéa v. On a souligné la nécessité d'indiquer clairement dans ces deux dispositions que celles-ci ne s'appliquaient qu'aux frais d'arbitrage liés à la mesure provisoire et aux dommages subis par la partie défenderesse en se conformant à cette mesure. On s'est prononcé d'une manière générale en faveur de l'utilisation au sous-alinéa vi d'un libellé tel que: "en vue de couvrir tous les dommages et tous les frais d'arbitrage visés au sous-alinéa v ci-dessus".

Paragraphe supplémentaire

70. Il a été suggéré d'ajouter au début du paragraphe supplémentaire proposé les mots "Afin d'éviter tout doute". Bien que cette suggestion ait bénéficié d'un certain appui, il a été signalé qu'un tel libellé n'avait généralement pas sa place dans un texte législatif. En outre, il a été souligné que, dans de nombreux pays, ce paragraphe n'aurait pas pour effet de dissiper un doute mais de donner au tribunal arbitral une compétence plus étendue que celle qui lui avait été conférée par les parties dans la convention d'arbitrage. Il a été décidé d'ajouter entre crochets les mots "Afin d'éviter tout doute" au début du paragraphe supplémentaire en vue de la poursuite des débats à une session ultérieure.

71. On a estimé qu'en élaborant une disposition étendant la compétence du tribunal arbitral dans le contexte de mesures provisoires ou conservatoires ordonnées sur requête *ex parte* le Groupe de travail devait éviter de donner l'impression qu'une telle disposition devrait être interprétée *a contrario* dans le contexte des mesures provisoires *inter partes*.

72. Le renvoi au sous-alinéa v a été jugé utile d'une manière générale, mais on s'est demandé si un renvoi au sous-alinéa vi était nécessaire. Il a été souligné que le paragraphe 5 donnait déjà compétence au tribunal arbitral pour ce qui est des questions concernant les sûretés. Le Groupe de travail a pris note de cette observation. Les renvois aux sous-alinéas v et vi ont été placés entre crochets en vue de la poursuite des débats à une session ultérieure.

J. Alinéa *b* du paragraphe 4

73. Le Groupe de travail est passé ensuite à l'examen de l'alinéa *b*) du paragraphe 4 tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.121. Il a été rappelé que l'on avait déjà exprimé la crainte (voir par. 25 plus haut) qu'en mentionnant un délai, par exemple de 20 jours, on établisse une règle supplétive au lieu de fixer un délai maximal pendant lequel la partie faisant l'objet d'une mesure devrait avoir la possibilité d'être entendue. Les objections qui avaient été formulées précédemment à l'encontre de la fixation d'un délai déterminé ont été réitérées. Il a été souligné que, dans sa rédaction actuelle, cette disposition ne permettrait peut-être pas d'éviter qu'une mesure provisoire soit prolongée dans la pratique par une nouvelle demande visant à obtenir une mesure de même type après l'expiration du délai de 20 jours. Selon une opinion largement partagée, cet alinéa visait à rétablir l'équilibre de la procédure arbitrale lorsqu'une mesure *ex parte* avait été accordée en donnant à la partie qui en faisait l'objet la possibilité d'être entendue et de faire procéder au réexamen de cette mesure le plus vite possible. On a exprimé la crainte que, tel qu'il était libellé, l'alinéa *b)* n'atteigne pas cet objectif car il visait principalement à restreindre la durée de la mesure *ex parte* à 20 jours. Il a été déclaré que l'objectif consistant à rétablir l'équilibre de la procédure arbitrale était traité à

l'alinéa *c*. À cet égard, on a estimé d'une manière générale que l'ordre des alinéas *b* et *c* pourrait être inversé. Le secrétariat a été invité à établir une version révisée du projet de disposition en tenant compte de la discussion ci-dessus. On a également demandé qu'il soit précisé si l'alinéa *b* s'appliquait uniquement aux mesures provisoires *ex parte* ou s'il visait toutes les mesures provisoires du fait qu'il renvoyait au paragraphe 1.

K. Alinéa *c* du paragraphe 4

74. Le Groupe de travail a ensuite examiné la nouvelle version ci-après de l'alinéa *c* établie sur la base des observations antérieures (voir plus haut par. 33): "La partie contre laquelle la mesure provisoire est dirigée en reçoit notification et se voit donner la possibilité d'être entendue dès qu'il n'est plus nécessaire de procéder *ex parte* afin d'en garantir l'efficacité".

75. Divers points de vue ont été exprimés en ce qui concerne le fond de cette proposition. Selon une opinion, à la place des mots "la possibilité d'être entendue", il faudrait faire mention du "droit" de la partie à être entendue afin d'indiquer clairement qu'un tribunal arbitral ayant prononcé une mesure provisoire ou conservatoire *ex parte* devrait s'attendre à être saisi à bref délai par la partie contre laquelle cette mesure était dirigée. Selon un autre point de vue, la mention de "l'efficacité" de la mesure devrait peut-être être reconsidérée pour tenir compte des délibérations antérieures concernant le paragraphe 4 *a* i (voir plus haut par. 56 à 61). Selon un autre point de vue encore, cette disposition devrait fixer un délai dans lequel le tribunal arbitral devrait entendre la partie touchée par la mesure provisoire. Il a été suggéré d'inclure le libellé suivant à l'alinéa *c*: "cette partie reçoit notification de la mesure et a [la possibilité] [le droit] d'être entendue par le tribunal arbitral [dès qu'il n'est plus nécessaire de procéder *ex parte* afin de garantir l'efficacité de la mesure] [dans les quarante-huit heures de la notification ou à toutes autres date et heure appropriées dans les circonstances]". Le secrétariat a été invité à remanier la disposition en tenant compte de la discussion ci-dessus. Il a été suggéré d'envisager ultérieurement de déterminer si l'alinéa *c* devrait s'appliquer uniquement aux mesures provisoires ordonnées *ex parte* ou de manière plus générale à tous les types de mesures provisoires.

L. Alinéa *d* du paragraphe 4

76. Le Groupe de travail est passé à l'examen de l'alinéa d du paragraphe 4 tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.121. On a exprimé l'opinion que, dans sa rédaction actuelle, cet alinéa n'était d'aucune utilité et devait être supprimé. Il a aussi été dit qu'il serait essentiel que cette disposition prévoie un délai dans lequel la partie requérante devrait informer le tribunal arbitral d'un changement de circonstances. Il a été également souligné que cette disposition devrait prévoir une sanction en cas de non-respect de l'obligation qui y était énoncée. Il a été suggéré en outre d'établir dans une future version remaniée un lien clair entre l'obligation d'informer le tribunal arbitral d'un changement de circonstances et le régime de responsabilité applicable à la partie requérante. Le secrétariat a été prié de tenir compte des suggestions ci-dessus lorsqu'il établirait une version révisée de la disposition en vue de la poursuite des débats à la session suivante.

IV. MESURES PROVISOIRES ORDONNÉES PAR DES JURIDICTIONS ÉTATIQUES

77. Le Groupe de travail a entendu un bref échange de vues concernant le traitement possible, dans le contexte de la révision de l'article 17 de la Loi type, des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par des juridictions étatiques (voir A/CN.9/WG.II/WP.119). Un appui a été manifesté pour le principe général selon lequel les règles régissant les mesures ordonnées par des juridictions étatiques devraient suivre d'aussi près que possible celles applicables aux mesures provisoires ordonnées par le tribunal arbitral. Toutefois, selon un avis largement partagé, il serait trop ambitieux de chercher à harmoniser, par le biais d'un instrument international, les règles applicables aux mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par des juridictions étatiques à l'appui de l'arbitrage. À titre d'illustration, on a déclaré qu'il serait extrêmement difficile de concilier les règles concernant les mesures provisoires ordonnées par une juridiction étatique à l'appui d'un arbitrage avec le principe, applicable dans certains pays, selon lequel une juridiction étatique n'avait compétence pour prononcer des mesures provisoires que si une instance sur le fond de l'affaire était en cours devant elle. Il a été décidé de reprendre l'examen de cette question à une session ultérieure.

V. RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES MESURES PROVISOIRES

78. Le Groupe de travail a brièvement examiné la question de la reconnaissance et de l'exécution des mesures provisoires en se fondant sur le texte figurant dans la note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.119). Ce texte était rédigé comme suit:

"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:[*]

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 [30] 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 que l'autre partie a eu la possibilité de faire valoir ses arguments à son sujet.

[*Variante 3*] si le tribunal arbitral décide, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, que, compte tenu des circonstances visées à l'article 17 2, 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.

* 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."

79. Une version plus simple d'une éventuelle disposition sur la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires, dont le texte est reproduit ci-après, a été proposée par une délégation:

"1) Les mesures provisoires ou conservatoires prononcées et ayant effet conformément à l'article 17, quel que soit le pays dans lequel elles ont été prononcées, et qu'elles s'inscrivent ou non dans le cadre d'une sentence provisoire, sont reconnues comme étant obligatoires et, sur demande adressée par écrit à la juridiction étatique compétente, sont exécutées sous réserve des dispositions des articles 35 et 36, sauf disposition contraire du présent article. Toute décision rendue sur l'un des motifs exposés à l'article 36 au sujet d'une telle demande ne vaut qu'aux fins de cette dernière.

2) *a)* La reconnaissance ou l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires ne peut être refusée au motif que la partie contre laquelle celles-ci sont dirigées n'a pas été avisée de la procédure concernant la demande de telles mesures ou au motif qu'il ne lui a pas été donné la possibilité d'être entendue, si

i) Le tribunal arbitral a conclu qu'il est nécessaire de procéder de cette manière afin d'assurer l'efficacité de la mesure; et

ii) La juridiction étatique arrive à la même conclusion.

b) La juridiction étatique peut subordonner la poursuite de la reconnaissance ou de l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire prononcée sans que la partie contre laquelle elle est dirigée en ait été avisée ou ait eu la possibilité d'être entendue à toutes conditions qu'elle pourra prescrire concernant la notification de la mesure ou la possibilité pour la partie en question d'être entendue.

3) La juridiction étatique peut reformuler la mesure provisoire ou conservatoire dans la mesure nécessaire pour la mettre en conformité avec son droit procédural, à condition de ne pas modifier la mesure sur le fond.

4) Tant qu'il n'a pas été statué sur une demande de reconnaissance ou d'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire, ou qu'est en vigueur une ordonnance reconnaissant les mesures provisoires ou conservatoires ou en enjoignant l'exécution, la partie qui demande, ou qui a obtenu, l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire doit informer sans retard la juridiction étatique de toute modification, suspension ou annulation de la mesure."

80. Les auteurs de cette proposition ont expliqué que celle-ci reposait sur les cinq principes suivants: 1) le cadre juridique pour l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires devait être semblable au cadre existant pour l'exécution des sentences arbitrales; 2) la décision concernant l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire ne devait avoir aucun effet contraignant sur la suite de l'arbitrage; 3) lorsqu'une mesure *ex parte* avait été prononcée, il devait être pleinement donné aux juridictions étatiques la possibilité de vérifier que le prononcé d'une telle mesure se justifiait; 4) les parties ne devaient pas être tenues d'obtenir l'autorisation du tribunal arbitral avant de pouvoir former devant une juridiction étatique une demande d'exécution de la mesure provisoire; et 5) dans les cas où une demande d'exécution était formée devant plusieurs juridictions étatiques, celles-ci devaient être libres de déterminer quelle était la meilleure façon de procéder. À la fin du débat, on a souligné qu'il serait essentiel que le Groupe de travail décide de la forme sous laquelle pourrait être prononcée une mesure provisoire. En particulier, il faudrait décider si la mesure devrait revêtir la forme d'une sentence arbitrale ou celle d'une ordonnance de procédure. Il a été décidé que la discussion serait poursuivie à une session ultérieure sur la base des deux textes proposés.

B. Document de travail soumis au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa trente-septième session: Arbitrage: Mesures provisoires ou conservatoires

Proposition des États-Unis d'Amérique

(A/CN.9/WG.II/WP.121) [Original: anglais]

Note du secrétariat

Dans le cadre des préparatifs de la trente-septième session du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation), au cours de laquelle le Groupe de travail devrait procéder à l'examen d'un projet de version révisée de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (voir le rapport sur les travaux du Groupe de travail à sa trente-sixième session, A/CN.9/508, par. 51 à 94), le Gouvernement des États-Unis d'Amérique a, le 23 septembre 2002, soumis le texte d'un projet de version révisée de l'article 17 en vue de son examen par le Groupe de travail. Le texte de cette proposition est reproduit en annexe à la présente note tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

ANNEXE

Proposition des États-Unis d'Amérique

1. Le 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) contient, au paragraphe 88, le texte d'une proposition en vue du remaniement du paragraphe 5 et du reste du projet d'article 17. Comme indiqué au paragraphe 90 du rapport, l'examen de ce texte et d'autres suggestions n'a pu être achevé, faute de temps.

2. Lors du Congrès du Conseil international pour l'arbitrage commercial, qui a eu lieu en mai 2002, une proposition visant à affiner le texte figurant au paragraphe 88 a été examinée. Le texte examiné au Congrès du Conseil international était le suivant:

Pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires

1) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner à une autre partie de prendre des mesures provisoires ou conservatoires.

2) Une mesure provisoire ou conservatoire est toute mesure temporaire, qu'elle s'inscrive ou non dans le cadre d'une sentence provisoire, par laquelle, à tout moment avant le prononcé de la sentence qui tranchera définitivement le litige, le tribunal arbitral ordonne à une partie:

a) de préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le litige ait été tranché, de sorte que la sentence qui sera finalement prononcée puisse, ou puisse plus facilement, être exécutée;

b) de prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures de nature à causer, immédiatement ou sous peu, un dommage, de sorte que la sentence qui sera finalement prononcée puisse, ou puisse plus facilement, être exécutée;

c) de verser une provision pour l'exécution de la sentence qui sera finalement prononcée, y compris pour le règlement des dépens; ou

d) de préserver des éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du litige.

3) Le tribunal arbitral peut ordonner une mesure provisoire ou conservatoire lorsque la partie qui la demande a prouvé:

a) qu'il y a un besoin urgent d'une telle mesure;

b) qu'un préjudice irréparable sera causé si la mesure n'est pas ordonnée, et que ce préjudice l'emporte largement sur celui que subira la partie opposée à la mesure si celle-ci est accordée; et

c) qu'il y a de fortes chances que la partie qui demande la mesure obtienne gain de cause sur le fond du litige.

4) *a)* Le tribunal arbitral peut accorder une mesure provisoire ou conservatoire sans en aviser la partie contre laquelle

elle est ordonnée ou avant que celle-ci ait eu la possibilité de réagir lorsque, outre qu'elle satisfait aux conditions posées au paragraphe 3, la partie qui demande la mesure prouve qu'il est nécessaire de procéder ainsi pour que la mesure soit efficace;

b) Toute mesure provisoire ou conservatoire ordonnée en vertu du présent paragraphe est valable pour une durée maximale de 20 jours, laquelle ne peut être prorogée. Le présent alinéa ne porte pas atteinte au pouvoir du tribunal arbitral d'accorder, de confirmer, de proroger ou de modifier une mesure provisoire ou conservatoire visée au paragraphe 1 après que la partie contre laquelle la mesure est dirigée en a été avisée et qu'il lui a été donné la possibilité d'être entendue;

c) Sauf dans la mesure où le tribunal arbitral a déterminé, conformément à l'alinéa *a* du paragraphe 4, qu'il est nécessaire, afin d'assurer l'efficacité de la mesure provisoire ou conservatoire, de ne pas en aviser la partie contre laquelle elle est dirigée, il est donné à cette partie la possibilité d'être entendue le plus rapidement possible;

d) [Une partie qui demande une mesure provisoire ou conservatoire en application du présent paragraphe est tenue d'informer le tribunal arbitral de toutes les circonstances que celui-ci est susceptible de juger pertinentes et importantes pour déterminer si les conditions posées dans ce paragraphe sont satisfaites.]

5) Le tribunal arbitral peut mettre comme condition au prononcé d'une mesure provisoire ou conservatoire le versement d'une provision appropriée par la partie qui demande la mesure.

6) La partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire, à compter de la présentation de sa demande, informe sans tarder le tribunal arbitral de tout changement important dans les circonstances sur la base desquelles elle a sollicité, ou le tribunal arbitral a accordé, ladite mesure.

7) Le tribunal arbitral peut à tout moment modifier ou annuler une mesure provisoire ou conservatoire.

C. Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-huitième session* (New York, 12-16 mai 2003)

(A/CN.9/524) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Pages*
I.	INTRODUCTION	1-14	371
II.	RÉSUMÉ DES DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS	15	372
III.	RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES MESURES PROVISOIRES PRONONCÉES PAR LE TRIBUNAL ARBITRAL	16-75	372
	A. Examen général	16-29	372
	B. Examen de questions particulières sur la base d'un texte révisé	30-75	376
	1. Paragraphe 1 du texte révisé	32-33	376
	2. Paragraphe 2 du texte révisé	34	376
	3. Paragraphe 3 du texte révisé	35-39	376
	4. Paragraphe 4 du texte révisé	40-41	377
	5. Paragraphe 1 *a* ii du projet de disposition concernant l'exécution	42-45	377
	6. Alinéa *a* iii du projet de disposition concernant l'exécution	46	378
	7. Alinéa *a* iv du projet de disposition concernant l'exécution	47	378
	8. Alinéa *b* i du projet de disposition concernant l'exécution	48-49	379
	9. Alinéa *b* ii du projet de disposition concernant l'exécution	50-52	379
	10. Paragraphe 2 du projet de disposition concernant l'exécution	53-54	379
	11. Paragraphe 4 du texte révisé (*suite*)	55-56	380
	12. Remaniement éventuel du paragraphe 1 du projet de disposition concernant l'exécution	57-63	380
	13. Note accompagnant le paragraphe 1 du projet de disposition concernant l'exécution	64-66	381
	14. Paragraphe 3 du projet de disposition concernant l'exécution	67-71	381
	15. Proposition de nouvelle disposition concernant la constitution d'une garantie en cas de demande d'exécution	72-75	382
IV.	MESURES PROVISOIRES OU CONSERVATOIRES ORDONNÉES PAR UNE JURIDICTION ÉTATIQUE	76-78	383

*La date de présentation du présent rapport est la conséquence des dates de la session du Groupe de travail.

I. INTRODUCTION

1. 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, elle 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) (dénommée ci-après "la Loi type") 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 qu'elle constituait, 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 de ce 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 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 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) (dénommée ci-après "la Convention de New York") (A/CN.9/468, par. 109 *k*); les demandes en 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 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 avaient 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[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 pour les progrès jusqu'alors accomplis concernant les trois principales questions examinées, à savoir la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, les mesures provisoires ou conservatoires et l'élaboration d'une loi type sur la conciliation.

5. À sa trente-cinquième session, en 2002, 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.

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 (voir A/CN.9/WG.II/WP.118, par. 9) et avait délibéré à propos d'un projet d'instrument interprétatif concernant le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York (ibid., par. 25 et 26). Elle avait 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 examinées par le Groupe de travail ou par elle. La Commission avait pris note de la décision du Groupe de travail de donner des orientations pour 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, que le secrétariat avait été prié d'élaborer pour examen ultérieur par le Groupe de travail, pourrait être particulièrement utile à cette fin, car il servirait 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 de New York (A/CN.9/508, par. 15). La Commission avait estimé que les États membres

[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.

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[7]. La Commission avait considéré 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.

7. S'agissant des questions ayant trait aux mesures provisoires ou conservatoires, la Commission avait 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 avait aussi été noté que le Groupe de travail examinerait à sa trente-septième session 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 (ibid., par. 83) (A/CN.9/508, par. 16).

8. À sa trente-septième session, tenue à Vienne du 7 au 11 octobre 2002, le Groupe de travail a examiné la question des mesures provisoires ordonnées par un tribunal arbitral en se fondant sur une proposition des États-Unis d'Amérique (A/CN.9/WG.II/WP.121) et une note établie par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.119).

9. Le Groupe de travail sur l'arbitrage, composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa trente-huitième session à New York du 12 au 16 mai 2003. Ont participé à cette session les États membres suivants: Allemagne, Autriche, Burkina Faso, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Inde, Iran (République islamique d'), Japon, Lituanie, Maroc, Mexique, Paraguay, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Rwanda, Singapour, Suède et Thaïlande.

10. Ont assisté à la session les observateurs des États suivants: Australie, Cambodge, Danemark, Finlande, Irlande, Jamahiriya arabe libyenne, Koweït, Madagascar, Monaco, Pakistan, Panama, Pérou, Philippines, Pologne, République arabe syrienne, République tchèque, Suisse, Turquie et Venezuela.

11. Ont également assisté à la session les observateurs des organisations internationales suivantes: *a)* organisations intergouvernementales: Comité consultatif international du coton (CCIC), Comité consultatif sur l'article 2022 de l'Accord de libre-échange nord-américain et Cour permanente d'arbitrage; *b)* Organisations non gouvernementales invitées par la Commission: Arab Union of International Arbitration, Center for International Legal Studies, Club of Arbitrators, Centre international de recherches pour le règlement des conflits, Fédération interaméricaine des avocats (FIA), Chambre de commerce internationale (CCI), International Council for Commercial Arbitration (ICCA), International Law Institute (ILI), Regional Centre for International Commercial Arbitration, School of International Arbitration, American Bar Association, Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration, Chartered Institute of Arbitrators, Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Conseil de coopération du Golfe, International Federation for Commercial Arbitration, London Court of International Arbitration (LCIA), National Law Center for Inter American Free Trade et Union des avocats européens.

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

Président: M. José María ABASCAL ZAMORA (Mexique)

Rapporteur: M^me^ Pakvipa AHVIPHAN (Thaïlande)

13. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: *a)* ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.122); *b)* note du secrétariat contenant le texte d'une disposition sur la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires (A/CN.9/WG.II/WP.119); *c)* rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-septième session (A/CN.9/523); *d)* note du secrétariat contenant un texte révisé sur le pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires (A/CN.9/WG.II/WP.123).

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 de textes harmonisés sur les mesures provisoires ou conservatoires.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

II. RÉSUMÉ DES DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

15. Le Groupe de travail a examiné le point 3 de son ordre du jour en se fondant sur le texte figurant au paragraphe 78 du document A/CN.9/523. Il est rendu compte de ses délibérations et conclusions sur ce point aux chapitres III et IV ci-dessous.

III. RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES MESURES PROVISOIRES PRONONCÉES PAR LE TRIBUNAL ARBITRAL

A. Examen général

16. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa trente-quatrième session (2001) il avait examiné la question de l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires prononcées par un tribunal arbitral conformément à l'article 17 en se fondant sur les projets de disposition élaborés par le secrétariat. Ses délibérations à ce sujet étaient consignées dans le rapport sur les travaux de cette session (A/CN.9/487, par. 76 à 87). Toutefois, faute de temps,

[7]Ibid., par. 313.

le Groupe de travail n'avait pas achevé son examen des dispositions relatives à l'exécution.

17. Le Groupe de travail a rappelé aussi qu'il avait brièvement examiné la question de la reconnaissance et de l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires à sa trente-septième session (2002), en s'appuyant sur la note établie par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.119, par. 83) et sur le projet de texte suivant (également reproduit dans le document A/CN.9/523, par. 78, et dénommé ci-après "le projet de disposition concernant l'exécution"):

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:*

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 [30] 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 que l'autre partie a eu la possibilité de faire valoir ses arguments à son sujet.

[*Variante 3*] si le tribunal arbitral décide, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, que, compte tenu des circonstances visées à l'article 17 2, 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."

*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.

18. Le Groupe de travail a en outre rappelé qu'à sa trente-septième session, une délégation avait proposé un autre texte (A/CN.9/523, par. 79) (dénommé ci-après "l'autre proposition") libellé comme suit:

"1) Les mesures provisoires ou conservatoires prononcées et ayant effet conformément à l'article 17, quel que soit le pays dans lequel elles ont été prononcées, et qu'elles s'inscrivent ou non dans le cadre d'une sentence provisoire, sont reconnues comme étant

obligatoires et, sur demande adressée par écrit à la juridiction étatique compétente, sont exécutées sous réserve des dispositions des articles 35 et 36, sauf disposition contraire du présent article. Toute décision rendue sur l'un des motifs exposés à l'article 36 au sujet d'une telle demande ne vaut qu'aux fins de cette dernière.

2) *a)* La reconnaissance ou l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires ne peut être refusée au motif que la partie contre laquelle celles-ci sont dirigées n'a pas été avisée de la procédure concernant la demande de telles mesures ou au motif qu'il ne lui a pas été donné la possibilité d'être entendue, si

i) Le tribunal arbitral a conclu qu'il est nécessaire de procéder de cette manière afin d'assurer l'efficacité de la mesure; et

ii) La juridiction étatique arrive à la même conclusion;

b) La juridiction étatique peut subordonner la poursuite de la reconnaissance ou de l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire prononcée sans que la partie contre laquelle elle est dirigée en ait été avisée ou ait eu la possibilité d'être entendue à toutes conditions qu'elle pourra prescrire concernant la notification de la mesure ou la possibilité pour la partie en question d'être entendue.

3) La juridiction étatique peut reformuler la mesure provisoire ou conservatoire dans la mesure nécessaire pour la mettre en conformité avec son droit procédural, à condition de ne pas modifier la mesure sur le fond.

4) Tant qu'il n'a pas été statué sur une demande de reconnaissance ou d'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire, ou qu'est en vigueur une ordonnance reconnaissant les mesures provisoires ou conservatoires ou en enjoignant l'exécution, la partie qui demande, ou qui a obtenu, l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire doit informer sans retard la juridiction étatique de toute modification, suspension ou annulation de la mesure."

19. Comme convenu précédemment, le Groupe de travail a examiné la disposition sur la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires avant de revenir sur celle relative aux mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral.

20. À la trente-septième session (2002), il a été décidé de poursuivre le débat lors d'une session ultérieure, en se fondant sur les deux textes proposés. À la trente-huitième session, le débat a essentiellement porté, d'abord, sur le texte du projet de disposition concernant l'exécution. On a estimé que ce dernier appelait quatre remarques à prendre en considération. Premièrement, le cadre juridique pour l'exécution des mesures provisoires devait être semblable à celui qui était prévu pour l'exécution des sentences arbitrales aux articles 35 et 36 de la Loi type, quelques modifications devant néanmoins être apportées pour adapter les motifs de refus à ce type de mesures. À cet égard, il a été déclaré que le projet de disposition reprenait la plupart, mais non pas la totalité, des motifs énumérés à l'article 36. Par exemple, on a relevé que, dans sa rédaction actuelle, le projet ne mentionnait pas certains motifs comme le fait qu'une partie à la convention d'arbitrage soit frappée d'une incapacité (art. 36-1 *a* i) ou que la décision sur la mesure provisoire dépasse les termes du compromis ou de la clause compromissoire (art. 36-1 *a* iii).

21. Deuxièmement, il a été dit que le droit de demander la reconnaissance et l'exécution d'une mesure provisoire ne devait pas, comme le prévoyait actuellement le paragraphe 1 du projet de disposition concernant l'exécution, être subordonné à l'approbation du tribunal arbitral. Troisièmement, la portée du paragraphe 2 de ce projet de disposition, qui autorisait une juridiction étatique à refuser, selon son appréciation, de reconnaître ou de faire exécuter une mesure provisoire au seul motif qu'une demande similaire avait été formée devant une autre juridiction du même État, était jugée trop vaste. On a argué que, lorsque plusieurs juridictions étatiques étaient saisies d'une même demande d'*exequatur*, elles devaient être libres de déterminer la meilleure marche à suivre. Le simple fait qu'une partie ait formé une telle demande devant deux juridictions étatiques différentes ne devait pas constituer en soi un motif pour refuser l'*exequatur* car la saisine de plusieurs juridictions pouvait se fonder sur des raisons légitimes. Par exemple, la partie pouvait avoir des biens, dans plusieurs ressorts sur le territoire d'un même État ou ne pas savoir quelle juridiction était compétente pour connaître de sa demande.

22. Quatrièmement, on a estimé qu'il était indispensable de préserver le pouvoir du tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence. Il a été dit qu'avec la variante 1 de l'alinéa *a* i du paragraphe 1 du projet de disposition concernant l'exécution, une juridiction étatique risquait de se prononcer sur la compétence d'un tribunal arbitral et, ce faisant, d'empêcher ce dernier de statuer sur ce point. Aussi, le principe sous-tendant la variante 2, à savoir que la décision sur la compétence incombait au premier chef au tribunal arbitral, a bénéficié d'un large soutien.

23. Plusieurs observations ont été formulées à propos du libellé de la variante 2. Celui-ci a été jugé trop restrictif car il ne mentionnait qu'un seul problème de compétence, à savoir la validité de la convention d'arbitrage, et n'abordait pas d'autres problèmes de même nature qui pouvaient se poser et qui étaient envisagés à l'article 36 de la Loi type, comme le fait que la mesure provisoire dépassait les termes d'une convention d'arbitrage valable. Il a également été dit que ce libellé ne prenait pas en compte toutes les situations comme par exemple le cas où le tribunal avait déjà statué sur sa compétence et celui où, sa compétence étant contestée, il n'avait pas encore tranché la question. Attendu que la variante 2, dans son libellé actuel, autorisait la juridiction étatique à rendre une décision concernant la compétence du tribunal arbitral (par exemple en refusant l'*exequatur* au motif que ce dernier n'était pas compétent), il a été dit qu'une telle décision ne devait avoir effet qu'en ce qui concerne l'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire et, en particulier, ne devait pas empêcher le tribunal arbitral de poursuivre la procédure d'arbitrage.

24. Il a été noté que les mots "formée avec l'approbation du tribunal arbitral", qui figuraient aux paragraphes 1 et 2 du projet de disposition, signifiaient que la reconnaissance et l'exécution étaient subordonnées à l'approbation du

tribunal arbitral. Le Groupe de travail a examiné attentivement la question de savoir s'il fallait demander l'approbation du tribunal arbitral avant de pouvoir demander la reconnaissance et l'exécution d'une mesure provisoire. Il a été dit que la partie liminaire, dans sa rédaction actuelle, n'indiquait pas clairement que cette approbation portait sur la demande de reconnaissance et d'exécution. Pour clarifier ce point, on a proposé de modifier celle-ci comme suit: "Sur demande d'une partie intéressée, formée avec l'approbation du tribunal arbitral en vue de la reconnaissance et de l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire prononcée conformément à l'article 17, quel que soit le pays dans lequel celle-ci a été ordonnée, la juridiction étatique compétente:".

25. Deux thèses ont été défendues quant à la nécessité d'obtenir l'approbation du tribunal arbitral avant de demander la reconnaissance et l'exécution d'une mesure provisoire. À l'encontre de l'inclusion d'une telle condition, on a fait valoir que l'approbation du tribunal arbitral pouvait se déduire du fait que celui-ci avait accordé la mesure et qu'il était donc inutile d'exiger expressément son approbation. Il a aussi été dit qu'imposer une telle condition risquerait d'empêcher que la mesure provisoire soit exécutée à temps. Il a été suggéré, si l'approbation ne pouvait être implicitement déduite, de disposer que le tribunal arbitral devrait, lorsqu'il prononcerait une mesure provisoire, indiquer expressément qu'elle avait force exécutoire. Cette suggestion a été appuyée, mais elle n'a finalement pas été retenue au motif qu'elle était source de lenteurs inutiles et imposait une trop lourde charge au tribunal. Il a aussi été suggéré d'introduire dans le projet de disposition une distinction suivant que la mesure provisoire ou conservatoire était prononcée dans une sentence ou dans une ordonnance de procédure. On s'est élevé contre cette suggestion au motif que la pratique n'était pas uniforme et qu'un type donné de mesure provisoire pourrait être accordé sous la forme d'une sentence ou sous celle d'une ordonnance de procédure. On a aussi fait observer qu'à strictement parler aucune mesure provisoire ne pouvait être considérée comme une sentence puisqu'elle n'apportait de solution définitive à aucune partie du litige.

26. À l'appui de l'autre thèse, on a fait valoir qu'étant donné qu'un tribunal arbitral pouvait prononcer des mesures provisoires de nature différente, allant d'une sentence provisoire à une simple ordonnance de procédure, et de façon à ne pas restreindre son pouvoir de modifier les mesures provisoires qu'il avait prononcées, il serait souhaitable de subordonner à son approbation une demande de reconnaissance ou d'exécution de mesures provisoires. Il a en outre été dit qu'on ne pouvait déduire implicitement du prononcé d'une mesure provisoire que celle-ci pourrait être reconnue par une juridiction étatique et obtenir son *exequatur*. À cet égard, on a souligné que, dans certains cas, un tribunal arbitral pouvait accorder une mesure provisoire sans envisager l'*exequatur* d'une juridiction étatique. Dans de tels cas, a-t-on dit, ce qui était implicite était que la mesure provisoire serait observée par la partie contre laquelle elle était prononcée ou que le tribunal arbitral disposerait des moyens de la faire observer, comme la faculté de tirer de la non-observation des conclusions défavorables. En d'autres termes, s'il pouvait être implicite qu'une mesure provisoire s'imposait aux parties et serait observée, il n'était pas implicite qu'une exécution forcée sur décision d'une juridiction étatique serait toujours nécessaire. On a suggéré de remplacer au paragraphe 1 du projet de disposition concernant l'exécution les mots "formée avec l'approbation du tribunal arbitral" par une formule du type "si la mesure provisoire le permet" ou "sauf indication contraire du tribunal arbitral".

27. Toujours à l'appui de la deuxième thèse, il a aussi été dit que le tribunal arbitral connaissait souvent mieux qu'une juridiction étatique les circonstances de l'affaire soumise à l'arbitrage, tant sur le fond que pour ce qui est des antécédents procéduraux. Il faudrait pour cette raison, a-t-on déclaré, envisager de donner au tribunal arbitral toute latitude pour déterminer si une mesure provisoire devait ou non être exécutée. On a émis l'avis qu'on pourrait modifier le projet d'article 17 de façon à définir une mesure provisoire soit comme un ordre exécutoire soit comme l'expression d'une intention provisoire du tribunal arbitral qui n'avait pas force exécutoire. Cela ne signifiait pas, a-t-on dit, que certaines mesures provisoires étaient exécutoires et d'autres pas, mais indiquait simplement que les sanctions disponibles en cas de non-observation d'une mesure provisoire ou conservatoire dépendaient de l'objet de la mesure.

28. Il a été généralement convenu que l'intitulé du projet d'article était trop restrictif et qu'il faudrait, afin qu'il reflète correctement la portée de la disposition, y faire référence non seulement à l'exécution mais aussi à la reconnaissance des mesures provisoires ou conservatoires. Et puisque le projet d'article visait à la fois la reconnaissance et l'exécution, il a été suggéré de remplacer la formule négative "la juridiction étatique compétente refuse de reconnaître" figurant dans le membre de phrase liminaire du paragraphe 1 par une formule positive. Une délégation a proposé le texte ci-après pour prendre en compte les diverses préoccupations qui avaient été exprimées: "Sauf indication contraire du tribunal arbitral, une ordonnance ou une sentence prescrivant des mesures provisoires rendue par le tribunal arbitral est réputée avoir force obligatoire et, sur demande formée par écrit devant la juridiction étatique compétente, son exécution est ordonnée, sous réserve des dispositions du présent article. La juridiction étatique peut refuser de reconnaître et de faire exécuter une mesure provisoire; si…". Ce texte a bénéficié d'un certain appui. Il a toutefois été suggéré de supprimer les mots "réputée avoir force obligatoire". À défaut, il a été suggéré de remanier le texte comme suit: "une ordonnance ou une sentence prescrivant des mesures provisoires rendue par le tribunal arbitral est reconnue et, sauf indication contraire du tribunal arbitral, sur demande formée par écrit devant la juridiction étatique compétente, son exécution est ordonnée, sous réserve des dispositions du présent article". Il a été décidé de demander au secrétariat de réviser le texte en tenant compte des suggestions ci-dessus.

29. On a déclaré craindre que la référence à la demande "d'une partie intéressée" (qui figurait à la fois aux paragraphes 1 et 2) ne constitue une formulation trop extensive qui pourrait englober une partie autre qu'une partie au litige. Il a été suggéré d'envisager d'utiliser un terme plus restrictif comme la partie devant bénéficier de la mesure provisoire recherchée. À cet égard, une délégation a noté

que l'"autre proposition" offrait une solution puisqu'elle ne comportait pas de référence à la "partie intéressée" et n'exigeait pas l'approbation du tribunal arbitral avant que la reconnaissance et l'exécution puissent être poursuivies. Aucune décision n'a été prise sur ce point, et il a été largement estimé qu'il faudrait reprendre la discussion à un stade ultérieur.

B. Examen de questions particulières sur la base d'un texte révisé

30. Un texte révisé, élaboré par un groupe de délégations afin de répondre à différentes préoccupations exprimées au sujet du projet d'article, a été présenté. Ce texte, a-t-on dit, visait à prendre en compte les conclusions auxquelles le Groupe de travail était parvenu sur la partie liminaire du paragraphe 1 et sur l'alinéa *a* i. Il avait été divisé en quatre paragraphes pour plus de clarté. Son libellé était le suivant:

> "1) Une ordonnance ou une sentence prescrivant des mesures provisoires rendue par un tribunal arbitral, qui satisfait aux exigences de l'article 17, est reconnue comme s'imposant aux parties.
>
> 2) Sauf indication contraire du tribunal arbitral, ces mesures provisoires sont reconnues et mises à exécution sur demande formée par écrit auprès d'une juridiction étatique compétente... sous réserve des dispositions du présent article.
>
> 3) La juridiction étatique peut refuser de reconnaître et de faire exécuter une mesure provisoire si:
>
> *a)* Elle a la conviction qu'un problème de fond se pose quant à la compétence du tribunal;
>
> *b)* ...
>
> *c)* ...
>
> *d)* ...
>
> 4) Toute décision fondée sur l'un quelconque des motifs énumérés au paragraphe 3 ci-dessus a effet uniquement aux fins de la demande de reconnaissance et d'exécution de la mesure provisoire."

31. Le Groupe de travail a entrepris l'examen de ce texte révisé. L'approche adoptée dans ce dernier a suscité l'approbation générale. Certaines inquiétudes ont toutefois été exprimées à la fois sur le fond et sur la forme.

1. Paragraphe 1 du texte révisé

32. Il a été indiqué que les mots "mesure provisoire ou conservatoire visée à l'article 17", employés dans le projet de disposition concernant l'exécution, avaient été remplacés, au paragraphe 1 du texte révisé, par une formule plus générale à savoir "une ordonnance ou une sentence prescrivant des mesures provisoires rendue par un tribunal arbitral, qui satisfait aux exigences de l'article 17". Il a été expliqué que le but de cette formule était d'exiger qu'une mesure provisoire dont l'exécution était demandée remplisse les conditions énoncées dans le projet d'article 17, qu'elle ait ou non été ordonnée dans un pays ayant incorporé la Loi type. On a fait observer que la référence, dans le paragraphe 1, à une "ordonnance ou sentence" était inutile en particulier du fait que le paragraphe 2 du projet d'article 17 ne préjugeait pas de la forme que devait revêtir une mesure provisoire. Cette remarque a été approuvée.

33. De l'avis général, les mots "quel que soit le pays dans lequel celle-ci a été ordonnée", qui figuraient au paragraphe 1 du projet de disposition concernant l'exécution, devaient également être repris dans le paragraphe 1 du texte révisé.

2. Paragraphe 2 du texte révisé

34. S'agissant du paragraphe 2, il a été déclaré que le nouveau libellé tenait compte d'une décision prise précédemment par le Groupe de travail (voir par. 28 ci-dessus), à savoir que la disposition devait commencer par poser comme règle la reconnaissance et l'exécution d'une mesure provisoire avant d'énoncer les motifs pour lesquels une telle reconnaissance ou exécution pourrait être refusée. Il a également été expliqué que les mots "Sauf indication contraire" avaient été ajoutés conformément à une autre décision du Groupe de travail, à savoir qu'un tribunal arbitral devrait être en mesure d'indiquer lorsqu'il ordonnait une mesure provisoire que cette dernière n'était pas susceptible de faire l'objet d'une demande d'exécution forcée sur décision d'une juridiction étatique (voir par. 26 ci-dessus). Le paragraphe 2 du texte révisé a été jugé généralement acceptable quant au fond. Pour ce qui est du libellé, les mots "reconnues et" pouvaient, selon un avis, être supprimés, car l'exécution impliquait la reconnaissance. Il a toutefois été objecté que les termes "reconnaissance et exécution" devaient tous deux figurer dans le texte par souci de cohérence avec les autres projets de dispositions, mais également avec la Loi type. Le secrétariat a été prié de tenir compte des préoccupations exprimées lorsqu'il élaborerait un nouveau projet révisé pour la suite des débats à une session ultérieure. Selon un point de vue, il ne fallait pas viser la "reconnaissance" au paragraphe 2 car il était très improbable que le tribunal arbitral rende sa décision en indiquant que celle-ci ne devait pas être reconnue comme s'imposant aux parties, contrairement au principe général posé au paragraphe 1 du texte révisé. L'emploi des termes "reconnaissance et exécution" a été considéré comme justifié aux paragraphes 3 et 4 du texte révisé.

3. Paragraphe 3 du texte révisé

35. En ce qui concerne le paragraphe 3, il a été signalé que, contrairement au paragraphe 1 *a* du projet de disposition concernant l'exécution, le texte révisé ne mentionnait pas l'obligation pour "la partie contre laquelle la mesure est invoquée" de fournir des preuves. Il a été expliqué que ce texte avait été libellé en termes plus généraux de manière à ne pas aborder les conditions de la charge de la preuve. On a en outre indiqué que le texte faisait apparaître plus clairement que les cas susceptibles d'entraîner un refus étaient limités. Pour faire ressortir davantage ce point, on a proposé d'insérer le mot "uniquement" avant "si". Cette proposition a rallié tous les suffrages.

36. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait longuement débattu la question de savoir qui devait prouver, devant la juridiction étatique, que les conditions requises pour l'exécution d'une mesure provisoire étaient remplies. S'il était généralement admis que, dans la plupart des cas, la partie contre laquelle la mesure était invoquée aurait à charge d'établir les motifs pour lesquels l'exécution devait être refusée, on a estimé dans l'ensemble qu'il n'était pas nécessaire de mentionner la question de la charge de la preuve dans ce paragraphe. Il a été rappelé que, selon le point de vue qui avait prévalu, cette question ne devait pas nécessairement être traitée dans la Loi type mais devait être laissée à la loi du for. On a fait observer que le texte révisé offrait l'avantage d'éliminer la nécessité de traiter la question. Toutefois, selon un point de vue, le silence de cet article à cet égard, par comparaison avec les articles 34 et 36 de la même loi, risquait d'être interprété comme imposant la charge de la preuve à la partie demandant l'exécution ou impliquant qu'il incombait au tribunal arbitral de vérifier d'office que ces conditions étaient remplies.

37. S'agissant de l'alinéa *a*, lequel exigeait qu'un "problème de fond se pose quant à la compétence du tribunal", il a été expliqué que l'intention ici était de simplifier la façon dont le projet d'article traitait de la possibilité, pour une juridiction étatique, de s'immiscer dans la question de la compétence du tribunal arbitral au moment de se prononcer sur l'exécution de la mesure provisoire. Les critères précis énoncés à l'alinéa *a* i du paragraphe 1 du projet de disposition concernant l'exécution avaient été remplacés par une référence générale au pouvoir d'appréciation laissé à une juridiction étatique pour déterminer s'il existait un problème de fond quant à la compétence du tribunal arbitral. Il a également été expliqué que l'intention ici était d'exiger que, pour pouvoir refuser selon son appréciation la reconnaissance et l'exécution d'une mesure provisoire, la juridiction étatique ait la conviction non seulement qu'il existait un problème de fond, mais également que ce problème était un motif de refus suffisant. On a proposé, au cas où cette intention ne serait pas claire, d'expliciter davantage ce point dans un nouveau texte révisé indiquant expressément que le problème de fond devait être de nature à rendre la reconnaissance ou l'exécution inappropriée ou que son existence rendait la mesure provisoire non exécutoire. On a fait observer que le texte révisé n'abordait pas le problème de la compétence de manière aussi restrictive que le projet de disposition concernant l'exécution, qui faisait de l'invalidité de la convention d'arbitrage le premier motif de refus de la reconnaissance et de l'exécution d'une mesure provisoire. L'approche plus large du texte révisé (qui, a-t-on dit, englobait le critère plus restrictif de validité) qui permettait d'aborder d'autres problèmes, comme par exemple la question de savoir si la mesure dépassait les termes d'une convention d'arbitrage valable, a été largement approuvée.

38. Il a été proposé qu'au lieu d'énumérer les motifs de refus le texte fasse référence à un motif général, à savoir l'atteinte à l'ordre public. Si cette proposition a bénéficié d'un certain soutien, on a toutefois exprimé la crainte qu'un tel motif ne constitue un seuil d'exigence trop bas. Il a été noté que l'ordre public était une notion très vague, considérée comme indéfinissable dans un certain nombre de pays. On a précisé qu'il existait au moins trois types différents d'ordre public: 1) l'ordre public interne, qui désignait l'ensemble des dispositions impératives de la législation nationale; 2) les règles d'ordre public expressément prévues dans la législation interne pour les relations internationales; et 3) l'ensemble très restreint de règles établies au niveau transnational, parfois appelé "ordre public international". Si cette dernière acception était retenue, une référence à l'ordre public pourrait alors être considérée comme fixant un seuil d'exigence beaucoup trop élevé pour le refus de l'*exequatur*. L'interprétation de la notion d'ordre public variant d'une juridiction étatique à l'autre, l'insertion de ce motif pourrait compliquer inutilement le projet de disposition. Il a été noté en outre que certains motifs de refus ne relevaient peut-être pas de l'ordre public, en particulier le motif prévu au sous-alinéa iv, à savoir le cas où la mesure provisoire avait été annulée, suspendue ou modifiée par le tribunal arbitral.

39. Il a également été noté que toute révision de l'alinéa *a* du texte révisé devrait aussi tenir compte des discussions qui avaient eu lieu antérieurement concernant la nécessité de prévoir la fourniture d'une garantie lorsqu'une mesure provisoire était accordée.

4. Paragraphe 4 du texte révisé

40. S'agissant du paragraphe 4, il a été dit que l'intention, dans le projet révisé, était de prendre en compte les préoccupations qui avaient été exprimées précédemment au sein du Groupe de travail concernant le risque qu'une juridiction étatique, en connaissant d'une demande d'exécution d'une mesure provisoire, ne porte atteinte au droit du tribunal arbitral de déterminer sa propre compétence (voir par. 22 ci-dessus). Le paragraphe 4 disposait expressément que quelle que soit la décision prise au sujet d'une demande de reconnaissance et d'exécution d'une mesure provisoire sur le fondement du paragraphe 3, cette décision n'avait pas d'impact sur la compétence du tribunal arbitral. Le libellé du paragraphe 4 ne changeait rien au fait que la décision finale concernant la compétence du tribunal arbitral appartiendrait à la juridiction étatique qui reconnaîtrait la sentence définitive et lui donnerait force exécutoire. Il a été dit que les mots "Toute décision" pouvaient être ambigus et qu'il fallait qu'il ressorte clairement qu'il s'agissait de toute décision d'une juridiction étatique. Il a néanmoins été largement accepté qu'il faudrait revenir sur le paragraphe 4 après l'examen des alinéas *a*, *b*, *c* et *d* du paragraphe 3.

41. Après avoir achevé l'examen initial du projet révisé, le Groupe de travail est passé à l'examen du reste du paragraphe 1 du projet de disposition concernant l'exécution.

5. Paragraphe 1 **a** *ii du projet de disposition concernant l'exécution*

42. Il a été déclaré que, pour les mêmes raisons que celles données au sujet du sous-alinéa i, il n'était pas nécessaire de traiter expressément dans cette disposition de la charge de la preuve car il était évident que c'était à la partie contre laquelle la mesure provisoire était invoquée qu'il incombait de prouver qu'elle n'avait pas été dûment avisée de la désignation de l'arbitre ou du tribunal arbitral.

43. On a déclaré craindre que le sous-alinéa ii ne traite en fait des mesures provisoires *ex parte* dont le Groupe de travail avait décidé de reporter l'examen et qu'en poursuivant les travaux sur cette disposition, on ne crée une disposition qui irait à l'encontre des dispositions sur les mesures *ex parte* qui pourraient être ultérieurement formulées. Il a donc été proposé de supprimer le sous-alinéa.

44. On s'est toutefois élevé contre cette suppression. On a fait observer que si le Groupe de travail décidait finalement d'inclure des dispositions traitant des mesures provisoires *ex parte*, on pourrait toujours revenir sur la question de l'inclusion du sous-alinéa ii. Il a néanmoins été souligné que ce sous-alinéa ne portait pas principalement sur les mesures provisoires *ex parte*. Il fallait, a-t-on dit, distinguer la situation dans laquelle une partie avait été délibérément exclue du débat qui avait débouché sur le prononcé d'une mesure provisoire — situation où on avait à proprement parler affaire à une mesure provisoire *ex parte* — de celle dans laquelle il n'avait pas été délibérément décidé d'exclure cette partie — situation qui était celle plus directement visée par le sous-alinéa ii. On a donné comme argument en faveur du maintien du sous-alinéa ii, entre autres, qu'il protégerait une partie en l'absence de laquelle un tribunal arbitral prendrait une décision concernant une mesure provisoire en croyant à tort qu'elle avait été dûment avisée. Il a également été dit que le motif de refus énoncé au sous-alinéa ii figurait à la fois à l'article V de la Convention de New York et à l'article 36 de la Loi type et qu'en conséquence son omission dans la disposition à l'examen pourrait être interprétée comme signifiant que la notification en bonne et due forme de la désignation d'un arbitre ou du tribunal arbitral n'était pas aussi importante dans le contexte de l'exécution des mesures provisoires que dans celui de l'exécution des sentences. Il a aussi été dit que le texte figurant entre crochets au sous-alinéa ii devait être maintenu car ce qu'il exprimait allait au-delà de la simple préservation du principe de compétence-compétence. Il a été dit que la procédure visant à obtenir le prononcé de mesures provisoires devant nécessairement être rapide, la notification de l'autre partie pouvait poser problème et que, si une juridiction étatique était saisie de cette question, elle pourrait souhaiter la renvoyer au tribunal arbitral ou au contraire ne pas s'en dessaisir afin de gagner du temps.

45. Le Groupe de travail est passé à l'examen du texte figurant entre crochets au sous-alinéa ii. On a déclaré qu'il pouvait être supprimé puisqu'il visait à empêcher qu'une juridiction étatique n'empiète sur le droit du tribunal arbitral de déterminer sa propre compétence et que cette question était convenablement traitée au paragraphe 4 du texte révisé. À l'appui de son maintien, on a fait valoir qu'il ménagerait une certaine souplesse en permettant à la juridiction étatique de suspendre la procédure, par exemple en cas de litige sur le point de savoir si une partie avait été dûment avisée. Des suggestions visant à améliorer le libellé du texte entre crochets ont été faites, notamment que la juridiction étatique pourrait suspendre la procédure d'exécution jusqu'à ce que les parties aient eu la possibilité d'être entendues par le tribunal arbitral ou encore jusqu'à ce que toutes les parties aient été dûment avisées. Le Groupe de travail a pris note de ces suggestions que le secrétariat a été prié de prendre en compte lorsqu'il établirait une nouvelle version révisée pour examen à un stade ultérieur.

6. Alinéa a *iii du projet de disposition concernant l'exécution*

46. On a déclaré que le sous-alinéa iii, à l'instar de l'article V de la Convention de New York et de l'article 36 de la Loi type, n'était pas censé viser la situation exceptionnelle dans laquelle une mesure avait été prononcée *ex parte*, mais concernait plus généralement celle où, pour diverses raisons, une partie n'avait pu faire valoir ses arguments. Le sous-alinéa a été jugé généralement acceptable sur le fond. L'utilité du membre de phrase qui y figurait entre crochets a été contestée. On a fait valoir qu'il décrivait uniquement l'une des nombreuses options qui seraient normalement offertes par le droit interne à une juridiction étatique lorsqu'une partie n'aurait pas eu toute possibilité de faire valoir ses droits comme l'exigeait l'article 18 de la Loi type. Il ne serait dès lors utile que dans la situation improbable où les règles de procédure du droit interne n'autoriseraient pas la juridiction étatique à ordonner la suspension de la procédure. Le Groupe de travail a pris note de ce point de vue et a décidé de poursuivre la discussion à ce sujet à un stade ultérieur. En réponse à une suggestion tendant à remplacer le membre de phrase "la juridiction étatique pourra suspendre la procédure" par "la juridiction étatique suspendra la procédure", on a fait valoir que si le libellé entre crochets devait finalement être retenu, il serait essentiel de laisser à la juridiction étatique la latitude la plus large possible — résultat que la formule "pourra suspendre" permettrait mieux d'atteindre.

7. Alinéa a *iv du projet de disposition concernant l'exécution*

47. Le sous-alinéa iv a été jugé généralement acceptable sur le fond. Diverses opinions ont été exprimées sur la façon d'en améliorer la formulation. Selon l'une d'elles, le projet de disposition devrait prendre en compte la situation dans laquelle la mesure provisoire, en particulier si elle avait été prononcée sous la forme d'une sentence, avait été annulée par une juridiction étatique du pays du siège de l'arbitrage. Il a été suggéré d'ajouter au projet de disposition un libellé du type de celui de l'article 36-1 *a* v de la Loi type. Il a aussi été suggéré que le Groupe de travail étudie les incidences qu'aurait sur l'applicabilité d'autres dispositions de la Loi type, par exemple l'article 31, le fait qu'une mesure provisoire avait été prononcée sous la forme d'une sentence, ce à quoi il a été répondu que, même si la décision prescrivant une mesure provisoire avait été baptisée sentence, elle ne devait pas être traitée comme une sentence aux fins de l'application de la Loi type. De l'avis de plusieurs délégations, à strictement parler, aucune décision prescrivant une mesure provisoire ne devait être considérée comme une sentence arbitrale, puisque la mesure était par nature éphémère et ne cherchait pas à résoudre définitivement la totalité ou une partie du litige (voir par. 25 ci-dessus). On a fait observer qu'une telle interprétation de la notion de "sentence arbitrale" risquait de nécessiter une révision du projet d'article 17. On a déclaré qu'il n'était pas souhaitable de traiter de la situation dans laquelle une mesure provisoire avait été annulée par une juridiction étatique étrangère car il faudrait alors établir des normes pour aider les juridictions étatiques à arrêter des principes raisonnables concernant l'annulation

de mesures provisoires et concernant les cas dans lesquels une mesure provisoire devrait être exécutée même si elle avait été annulée par une juridiction étatique d'un autre pays. En vue d'éviter certaines des préoccupations exposées ci-dessus, il a été suggéré d'ajouter à la fin du sous-alinéa iv les mots "ou sur ordre d'une juridiction étatique compétente". Il a été convenu que le secrétariat devrait prendre en compte ces suggestions lorsqu'il établirait une nouvelle version révisée pour la poursuite des débats à un stade ultérieur.

8. Alinéa b *i du projet de disposition concernant l'exécution*

48. Il a été suggéré de supprimer les mots "de procédure" figurant au sous-alinéa i au motif que le terme "règles de procédure" était trop restrictif: il pourrait y avoir des circonstances dans lesquelles la juridiction étatique souhaiterait refuser la reconnaissance et l'exécution d'une mesure provisoire parce qu'elle serait incompatible avec les pouvoirs qui lui étaient conférés par le droit substantiel. La suppression des mots "de procédure" a en outre été appuyée au motif que le droit processuel différait considérablement d'un pays à l'autre. Des réserves ont été formulées au sujet de cette suggestion, mais il a finalement été convenu que les mots "de procédure" pourraient être omis dans une version révisée.

49. On s'est demandé si la suppression des mots "de procédure" ne risquait pas d'avoir un effet négatif sur le paragraphe 4 du projet de disposition concernant l'exécution qui interdisait à la juridiction étatique de modifier la teneur de la mesure provisoire. À cet égard, il a été suggéré de fusionner le paragraphe 4 et l'alinéa *b* i. Il a été convenu que le secrétariat devrait chercher à fusionner l'alinéa *b* i et le paragraphe 4 dans une version révisée qui serait présentée pour examen à une future session.

9. Alinéa b *ii du projet de disposition concernant l'exécution*

50. Il a été suggéré de supprimer les mots "du présent État". On a fait observer que si ces mots apparaissaient à l'article 36-1 *b* i de la Loi type, ils qualifiaient le mot "loi", ce qui n'était pas le cas à l'alinéa *b* ii du projet de disposition concernant l'exécution où ils étaient superflus.

51. On a aussi fait valoir que si l'intention du Groupe de travail était de viser l'ordre public dans ses trois acceptions (l'ordre public interne, l'ordre public faisant partie du droit international privé et l'ordre public à caractère vraiment transnational (voir par. 38), parler de l'ordre public "du présent État" serait trop restrictif. À cet égard, on a suggéré d'inclure une référence à l'ordre public international. Cette suggestion n'a cependant pas été appuyée car il a été estimé que la notion d'ordre public international était encore vague et qu'il n'y avait pas d'interprétation uniforme du terme; parler dans ce contexte d'"ordre public international" risquait de susciter inutilement des problèmes. On a fait observer que le Groupe de travail ne légiférait pas dans le vide et ne pouvait méconnaître l'abondante jurisprudence qui existait dans chaque État. On a aussi fait observer que la jurisprudence concernant l'ordre public était complexe et que, lors du débat sur la question, le Groupe de travail n'avait fait qu'effleurer les diverses différences entre ordre public interne, ordre public transnational et ordre public international qui avaient été reconnues par les juridictions de différents États. On a en outre fait observer que le débat sur ce que recouvrait chacun de ces termes et ce qui les différenciait n'était pas clos, et qu'en s'écartant de la formulation de l'article V de la Convention de New York et de l'article 36-1 *b* ii de la Loi type, la nouvelle disposition législative risquait de battre en brèche la position établie sur le fondement de ces articles et d'élargir la notion d'ordre public. On a répondu que nonobstant le libellé que l'on retrouvait dans la Loi type et dans la Convention de New York, le Groupe de travail pouvait, à l'occasion de l'élaboration de la disposition type, reconnaître que la jurisprudence concernant la notion d'"ordre public international" avait évolué depuis l'époque où la Loi type avait été achevée. On a ajouté que puisque l'intention du Groupe de travail était de créer un système *sui generis* pour l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires, il serait utile de mentionner l'ordre public international pour tenir compte de l'évolution de la jurisprudence.

52. Après un débat, l'opinion majoritaire qui s'est dégagée a été que la notion d'"ordre public international" n'était pas suffisamment claire puisqu'elle se prêtait à diverses interprétations. On a fait observer que la notion d'"ordre public international" pouvait être englobée dans la formulation "ordre public du présent État". On a suggéré, dans la mesure où la formulation "ordre public du présent État" pouvait donner l'impression de renvoyer uniquement à l'ordre public national, de parler de "l'ordre public reconnu par la juridiction étatique". Cette formulation pourrait, a-t-on dit, englober l'ordre public international lorsqu'il était reconnu par les juridictions d'un État donné.

10. Paragraphe 2 du projet de disposition concernant l'exécution

53. Il a été suggéré d'envisager d'insérer la disposition énoncée au paragraphe 2 parmi les motifs du paragraphe 1 autorisant une juridiction étatique à refuser l'exécution d'une mesure provisoire ordonnée par un tribunal arbitral. Le Groupe de travail a poursuivi l'examen sur le fond du paragraphe 2 en partant du principe que les paragraphes 1 et 2 seraient ultérieurement fusionnés.

54. Il est apparu à l'évidence que le paragraphe 2 n'était pas clair. Pour un certain nombre de délégations, la disposition qu'il énonçait visait la situation dans laquelle une partie demandait l'exécution d'une seule et même mesure provisoire prononcée par un tribunal arbitral devant un certain nombre de juridictions étatiques situées soit dans le même État, soit dans des États différents. On a souligné qu'à lui seul le fait qu'une demande d'exécution d'une mesure provisoire avait été formulée devant plusieurs juridictions étatiques ne devait pas constituer un motif suffisant de refus de l'exécution. Une telle demande pouvait se justifier, par exemple, lorsque les avoirs du défendeur étaient situés dans le ressort de plusieurs juridictions. D'autres délégations ont fait observer que l'intention au

paragraphe 2 était en fait de traiter de l'option qui pourrait être donnée aux parties de solliciter une mesure provisoire ou conservatoire à la fois devant une juridiction de l'État adoptant et devant le tribunal arbitral (l'*exequatur* de la décision du tribunal arbitral accordant la mesure devant ensuite être obtenue devant une juridiction étatique de l'État adoptant). Il a été largement reconnu que c'était bien la situation visée par le paragraphe 2. L'idée d'introduire dans la Loi type une disposition qui habiliterait la juridiction étatique à coordonner les mesures afin d'éviter un conflit entre plusieurs mesures provisoires a reçu un appui limité. On a souligné que si cette idée devait être retenue, le texte devrait être considérablement remanié afin de clarifier la portée et l'objet d'une telle disposition. L'opinion qui l'a largement emporté toutefois a été qu'il n'était pas nécessaire d'inclure une disposition traitant de façon aussi détaillée d'une situation aussi peu fréquente. Il a été généralement convenu que la question d'un éventuel conflit entre des mesures provisoires sollicitées auprès d'un tribunal arbitral et des mesures provisoires sollicitées auprès de juridictions étatiques devait être laissée au droit applicable. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer le paragraphe 2.

*11. Paragraphe 4 du texte révisé (***suite***)*

55. Le Groupe de travail est revenu à l'examen du paragraphe 4 du texte révisé figurant au paragraphe 30 ci-dessus (pour le début de l'examen, voir par. 40 ci-dessus).

56. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait précédemment décidé d'ajouter les mots "de la juridiction étatique" après le mot "décision" afin qu'il apparaisse plus clairement que le paragraphe était adressé à une juridiction étatique et non pas à un tribunal arbitral et afin de mieux faire ressortir le lien entre ce paragraphe et le paragraphe 3 du texte révisé. Le secrétariat a été prié de réviser le texte en conséquence lorsqu'il établirait une nouvelle version pour examen à une session ultérieure.

12. Remaniement éventuel du paragraphe 1 du projet de disposition concernant l'exécution

57. À l'issue du débat sur les différents motifs de refus de rendre exécutoire une mesure provisoire prononcée par un tribunal arbitral, on a fait observer que le Groupe de travail était parvenu notamment à rapprocher un peu plus ces motifs de ceux qui se trouvaient énumérés aux articles 35 et 36 de la Loi type et à l'article V de la Convention de New York. De ce fait, il a été proposé de remanier le paragraphe 1 qui, au lieu d'énoncer ces différents motifs, pourrait renvoyer en termes généraux aux "dispositions des articles 35 et 36" tout en prévoyant, au besoin, des exceptions lorsque l'intention était de déroger aux dispositions en question. Outre le fait de rendre le libellé plus concis, cette proposition limitait, a-t-on dit, le risque pouvant découler d'un manque de parallélisme entre les motifs de refus de faire exécuter une mesure provisoire prononcée par un tribunal arbitral et les motifs de refus d'ordonner l'*exequatur* d'une sentence arbitrale énumérés aux articles 35 et 36. Par exemple, le remaniement proposé éviterait tout doute quant à savoir si une référence générale à la compétence du tribunal arbitral dans le projet de disposition concernant l'exécution était censée viser la non-arbitrabilité du litige en plus d'autres motifs de refus liés à la compétence. La proposition de remaniement a bénéficié d'un certain soutien. Toutefois, selon une opinion largement partagée, il était préférable d'énoncer dans la Loi type les dispositions applicables à la décision de rendre exécutoires ou non des mesures provisoires prononcées par un tribunal arbitral car les principes et les règles juridiques régissant ce type de décision différaient suffisamment de ceux applicables à l'*exequatur* d'une sentence arbitrale. De l'avis général, il fallait éviter, dans le libellé de la disposition, de s'écarter inutilement du texte des articles 35 et 36. Selon un autre point de vue, il ne fallait pas faire référence aux articles 35 et 36 de la Loi type afin que les États qui n'avaient pas encore incorporé cette loi dans leur droit interne puissent plus facilement appliquer le projet de disposition concernant l'exécution. Après discussion, le secrétariat a été prié d'élaborer un nouveau projet révisé en tenant compte des deux points de vue et propositions ci-dessus et d'envisager la possibilité de rédiger d'autres variantes pour que le Groupe de travail puisse s'appuyer sur des textes concrets lorsqu'il poursuivrait l'examen de la question à une future session.

58. Le Groupe de travail s'est aussi plus particulièrement demandé si, comme l'article 36 de la Loi type, le projet de disposition concernant l'exécution devait établir une distinction entre, d'une part, le cas où les motifs de refus étaient examinés par la juridiction étatique "sur la demande de la partie contre laquelle" la mesure provisoire avait été prononcée et où cette partie apportait "la preuve suffisante" que l'*exequatur* devait être refusé (art. 36-1 *a)*) et, d'autre part, le cas où la juridiction étatique, agissant d'office, "constatait" l'existence d'un motif de refus (art. 36-1 *b*). Il a été rappelé que, dans un débat antérieur, le Groupe de travail avait décidé, pour éviter les difficultés pouvant découler de l'attribution de la charge de la preuve, que la formule "la juridiction étatique a la conviction que" serait utilisée dans le projet de disposition concernant l'exécution pour introduire chacun des motifs de refus (voir par. 35 et 36 ci-dessus).

59. On a dit que, pour déterminer s'il était éventuellement nécessaire de traiter différemment chacun des motifs énumérés au paragraphe 1, les trois questions ci-après devraient être posées: 1) à quelle partie devrait incomber la charge de la preuve? 2) quelle serait la règle applicable en matière de preuve? et 3) sur l'initiative ou la demande de qui une juridiction étatique examinerait-elle l'existence éventuelle d'un motif de refus?

60. S'agissant de savoir à quelle partie devrait incomber la charge de la preuve, on a estimé qu'il faudrait suivre la règle posée à l'article 36 de la Loi type. Il a toutefois été fait observer que le paragraphe 1 *a* ii de cet article, par exemple, ne devait pas être interprété comme faisant obligation à la partie contre laquelle la sentence était invoquée de prouver qu'elle n'avait pas été dûment informée. Après discussion, le Groupe de travail a de nouveau conclu que le projet de disposition concernant l'exécution ne devrait pas aborder la question de l'attribution de la charge de la preuve, laquelle devrait être laissée à la loi applicable. Des doutes ont été exprimés, lors du débat, quant à savoir si le

fait de laisser à la législation interne le soin de régler la question favoriserait le recours plus fréquent à l'arbitrage. Il a été rappelé que la Convention pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Genève, 1927) n'était pas claire sur ce point, alors que la Convention de New York, attribuait, quant à elle, la charge de la preuve à la partie opposée à l'exécution (approche souvent qualifiée de "préjugé favorable à l'exécution"). On a proposé que la même approche soit adoptée dans le projet de disposition concernant l'exécution. En réponse, il a été fait observer qu'un tel "préjugé" ne se justifierait peut-être pas dans le cas d'une mesure provisoire prononcée à un stade précoce de la procédure sans examen complet de tous les éléments du litige autant que dans celui d'une sentence rendue sur le fond de l'espèce.

61. S'agissant des normes en matière de preuve, selon un avis largement partagé, la nécessité urgente de rendre exécutoire la mesure provisoire et le caractère éphémère de cette dernière laisseraient apparemment penser que la juridiction étatique devrait appliquer la règle de la présomption réfragable pour examiner la question de l'*exequatur*, par opposition aux exigences plus strictes habituellement imposées en matière de preuve pour l'examen de l'*exequatur* d'une sentence arbitrale sur le fond de l'espèce. Selon l'avis qui a prévalu, toutefois, la question des normes en matière de preuve ne devrait pas du tout être abordée dans le projet de disposition concernant l'exécution et devrait de préférence être laissée à la loi applicable.

62. En ce qui concerne la question de savoir si les motifs de refus devraient être examinés uniquement à la demande de la partie ou s'ils pourraient être soulevés par la juridiction étatique agissant d'office, il a été proposé de reprendre la distinction faite aux sous-alinéas *a* et *b* du paragraphe 1 de l'article 36 de la Loi type. Le texte ci-après a été proposé:

> "La reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale ne peut être refusée que:
>
> *a)* Sur la demande de la partie lorsque la juridiction étatique a la conviction que…
>
> [reprendre tous les sous-alinéas du paragraphe 1 *a* du projet de disposition concernant l'exécution]; ou
>
> *b)* Si la juridiction étatique [constate] [a la conviction] que...
>
> [reprendre tous les sous-alinéas du paragraphe 1 *b* du projet de disposition concernant l'exécution]."

63. Le secrétariat a été prié de tenir compte de cette proposition lorsqu'il établirait un nouveau projet révisé de disposition concernant l'exécution, qui comprendrait éventuellement des variantes, pour la suite des débats à une session ultérieure.

13. Note accompagnant le paragraphe 1 du projet de disposition concernant l'exécution

64. Le Groupe de travail a ensuite examiné le texte qui figurait dans la note de bas de page accompagnant le paragraphe 1. On a fait observer que celui-ci suivait de près l'approche adoptée dans la note se rapportant à l'article 35-2 de la Loi type. De l'avis général, cette note devait être retenue. Il a toutefois été proposé de remplacer les mots "sera tenue de" par "peut". Cette proposition a été approuvée.

65. Selon une autre opinion, l'*exequatur* de mesures provisoires exigerait peut-être une approche différente de celle qui était adoptée pour l'*exequatur* des sentences arbitrales. Attendu que les mesures provisoires étaient souvent prononcées sans que le tribunal arbitral ait pleinement examiné les circonstances de l'espèce et que les motifs énumérés au paragraphe 1 du projet de disposition concernant l'exécution visaient à protéger la partie contre laquelle la mesure provisoire avait été ordonnée, on a estimé qu'il ne serait peut-être pas bon d'encourager les États à supprimer ces garde-fous. Il a été rétorqué que, la disposition à l'étude traitant de l'exécution de mesures provisoires *inter partes*, la note de bas de page était semblable à celle qui accompagnait l'article 35-2 de la Loi type et devait de ce fait être conservée. Il a également été dit que, pour déterminer si cette note devait ou non être retenue, le Groupe de travail devrait mettre en balance la nécessité d'harmoniser le projet de disposition avec la Loi type et celle d'éviter les risques d'abus et que, si ce risque était faible, il ne devait pas s'écarter de la Loi type.

66. Prenant note des réserves exprimées quant à l'insertion d'une telle note dans le contexte de l'exécution de mesures provisoires, le Groupe de travail est convenu de conserver celle-ci en remplaçant les mots "sera tenue de" par "peut".

14. Paragraphe 3 du projet de disposition concernant l'exécution

67. S'agissant du paragraphe 3, il a été dit qu'il posait comme principe qu'une partie qui cherchait à faire exécuter une mesure provisoire était tenue d'informer la juridiction étatique de toute annulation, suspension ou modification de cette mesure. Ce principe a été largement appuyé.

68. On a déclaré que, puisque la disposition reflétait le principe de la bonne foi, les deux parties pourraient être tenues de cette obligation. On a fait observer que le paragraphe pourrait s'appliquer dans deux cas de figure. Le premier était celui dans lequel l'autre partie ne s'opposait pas à l'exécution de la mesure provisoire. Dans ce cas, c'était bien à la partie qui demandait l'exécution qu'il incombait de prouver que la mesure provisoire correspondait à ce qui avait été ordonné par le tribunal arbitral. Le second était celui dans lequel l'autre partie s'élevait contre l'exécution, auquel cas la charge de la preuve devrait, a-t-on dit, reposer sur les deux parties. L'opinion qui l'a emporté a cependant été que l'obligation de notification ne devait s'appliquer qu'à la partie qui cherchait à faire exécuter la mesure provisoire car les décisions prescrivant l'exécution de mesures provisoires étaient souvent prises *ex parte* et la non-observation d'ordres d'exécution entraînait souvent des sanctions comme une pénalité, une amende ou une condamnation pour outrage au tribunal.

69. On a fait valoir — et le Groupe de travail a souscrit à cette position — que l'obligation de notification

s'étendait également à la période suivant le prononcé d'un ordre d'exécution. Pour que cela soit bien clair, il a été décidé de remplacer le membre de phrase "la partie qui cherche à faire exécuter" par "la partie qui cherche à obtenir ou a obtenu un ordre d'exécution".

70. On a déclaré que la disposition était incomplète puisqu'elle ne traitait pas des conséquences, comme l'obligation de verser des dommages-intérêts, qu'emporterait la non-exécution de l'obligation de notification. L'opinion qui l'a emporté a toutefois été qu'il était plus prudent que le régime de responsabilité, dans un tel cas, relève de la loi nationale applicable.

71. On a fait observer que la notification de la juridiction étatique exigée au paragraphe 3 avait pour objet de permettre à celle-ci de prendre des mesures correctrices comme l'annulation, la suspension ou la modification de son propre ordre d'exécution. Selon une opinion, il serait utile d'indiquer expressément que la juridiction étatique était habilitée à prendre de telles mesures correctrices compte tenu du changement de circonstances dont elle avait été avisée. L'opinion qui l'a emporté a toutefois été que les règles de procédure nationales offraient déjà aux juridictions étatiques suffisamment de possibilités de prendre des mesures appropriées et qu'il n'y avait donc pas besoin de formuler une disposition unifiée sur cette question. Dans ce contexte, il a été dit que, pour qu'une juridiction étatique modifie son ordre d'exécution, il ne suffisait pas qu'elle ait été avisée d'un changement de circonstances, mais il fallait aussi qu'une demande ait été formée par une partie. Le Groupe de travail a estimé qu'il fallait également laisser au droit processuel applicable le soin de régler cette question.

15. Proposition de nouvelle disposition concernant la constitution d'une garantie en cas de demande d'exécution

72. Le Groupe de travail est ensuite passé à la question de savoir si une juridiction étatique saisie d'une demande d'exécution d'une mesure provisoire devrait pouvoir ordonner au demandeur de fournir une garantie. On a émis l'avis qu'il fallait laisser au droit national le soin de régler la question de savoir si la fourniture d'une garantie devait être obligatoire en cas de demande d'exécution d'une mesure provisoire. On a fait observer que puisque le projet d'article 17 donnait au tribunal arbitral le pouvoir d'ordonner la constitution d'une garantie lorsqu'il prononçait des mesures provisoires, ce même pouvoir devait être conféré à la juridiction étatique lorsqu'elle ordonnait l'exécution de telles mesures. On a émis l'avis que la décision d'ordonner la constitution d'une garantie devait être laissée à la discrétion de la juridiction étatique et ne devait pas lui être imposée. On a souligné qu'une telle décision était particulièrement importante pour lier les tiers auxquels une mesure provisoire prononcée par un tribunal arbitral n'était pas opposable.

73. Pour de nombreux représentants, la juridiction étatique devait être habilitée à ordonner la constitution d'une garantie dans les cas où le tribunal arbitral ne l'avait pas fait lorsqu'il avait accordé la mesure provisoire. L'octroi d'un tel pouvoir lorsque le tribunal arbitral avait lui-même ordonné la constitution d'une garantie a toutefois suscité des réserves, les ordres donnés par le tribunal arbitral et par la juridiction étatique pouvant ne pas concorder. Il a aussi été dit que la partie qui demanderait l'exécution risquerait d'être désavantagée si la juridiction étatique devait imposer la constitution d'une garantie en sus de celle déjà demandée par le tribunal arbitral. À cet égard, on a fait observer qu'il fallait distinguer la situation dans laquelle une garantie était demandée par une juridiction étatique saisie d'une demande d'exécution d'une mesure provisoire prononcée par un tribunal arbitral de celle dans laquelle la garantie était demandée par une juridiction étatique directement saisie d'une demande de mesure provisoire. Il est apparu que tout conflit éventuel entre la garantie accordée par un tribunal arbitral et celle accordée par une juridiction étatique pourrait être réglé par la juridiction étatique et que la disposition devait donc simplement indiquer qu'une juridiction étatique pouvait, à sa discrétion, ordonner la constitution d'une garantie lorsqu'elle ordonnait l'exécution d'une mesure provisoire.

74. On a toutefois émis la crainte qu'un tel pouvoir ne risque d'aboutir à la révision par la juridiction étatique de la décision du tribunal arbitral concernant le montant de la garantie. Il a été dit qu'une façon de réduire ce risque serait de limiter le pouvoir de la juridiction étatique d'ordonner la constitution d'une garantie en incluant une disposition indiquant que celle-ci ne disposait de ce pouvoir que dans la mesure où le tribunal arbitral n'avait pas déjà fixé une garantie. Il a été dit qu'une telle solution couvrirait toute décision prise par un tribunal arbitral au sujet d'une garantie, qu'elle soit affirmative ou négative, et permettrait en outre d'ordonner la constitution d'une garantie en faveur de tiers.

75. Après ce débat, le secrétariat a été prié d'élaborer un texte révisé comprenant des variantes reprenant les diverses options discutées par le Groupe de travail. On a précisé que parmi ces variantes devrait figurer une disposition énonçant qu'une juridiction étatique était habilitée à ordonner une garantie et limitant ce pouvoir, dans un texte figurant entre crochets, au cas où le tribunal arbitral ne s'était pas lui-même prononcé sur la question de la garantie. Une autre variante consisterait à étendre ce pouvoir au cas où le tribunal arbitral avait ordonné une garantie que la juridiction étatique jugeait inappropriée ou insuffisante en l'espèce. On a encore suggéré comme variante de disposer simplement que la juridiction étatique avait le pouvoir discrétionnaire d'ordonner une caution *judicatum solvi* et que l'étendue de ce pouvoir ainsi que tout conflit potentiel avec une décision antérieure du tribunal arbitral sur la question d'une garantie étaient des questions qui devraient être réglées par la juridiction étatique sur le fondement d'un droit autre que la Loi type. Il a aussi été convenu d'inclure une variante liée à la précédente qui consisterait à conférer à la juridiction étatique uniquement le pouvoir de trancher la question de savoir si une mesure provisoire devait ou non être exécutée. À cet égard, on a établi une analogie avec la situation dans laquelle une juridiction étatique était priée, dans une procédure d'*exequatur,* de se prononcer sur l'exécution d'un jugement étranger. Enfin, on a aussi proposé comme variante de limiter le pouvoir d'ordonner une garantie conféré à la juridiction étatique aux cas où les droits de tiers étaient en jeu.

IV. MESURES PROVISOIRES OU CONSERVATOIRES ORDONNÉES PAR UNE JURIDICTION ÉTATIQUE

76. Le Groupe de travail a examiné un projet de disposition éventuel concernant le pouvoir de la juridiction étatique d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'un arbitrage, en se fondant sur une note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.119, par. 75 à 81) et, en particulier, le projet de disposition ainsi libellé:

> "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."

77. L'idée d'une disposition qui conférerait à une juridiction étatique le pouvoir de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires, quel que soit le pays où a lieu l'arbitrage, a été généralement appuyée. Différents points de vue ont été exprimés quant aux critères et normes applicables à cet égard. Selon une opinion, la juridiction étatique devrait appliquer ses propres règles de procédure et normes. Selon un autre avis, il fallait reprendre les critères et normes énoncés à l'article 17. Il a été reconnu d'une manière générale que toute référence à des normes existantes devrait laisser à la juridiction étatique une marge d'adaptation aux particularités de l'arbitrage international.

78. Le secrétariat a été prié d'élaborer un texte révisé comportant des variantes correspondant aux vues relatées ci-dessus. Il a été souligné que le champ d'application de la disposition ne cadrait pas avec la règle de la territorialité exprimée dans la Loi type. Il a été généralement convenu que, lors de l'élaboration du texte révisé, il faudrait envisager l'éventualité d'adapter le paragraphe 2 de l'article premier en vue d'élargir l'exception à l'application territoriale de la Loi type.

D. Document de travail soumis au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa trente-huitième session: Règlement des litiges commerciaux: Mesures provisoires ou conservatoires

(A/CN.9/WG.II/WP.123) [Original: anglais]

Note du secrétariat

1. À sa trente-sixième session, en mars 2002, le Groupe de travail a repris ses discussions sur le pouvoir d'une juridiction étatique ou d'un tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires (A/CN.9/508, par. 51 à 94; en ce qui concerne les discussions antérieures, voir A/CN.9/468, par. 60 à 87, A/CN.9/485, par. 78 à 106, A/CN.9/487, par. 64 à 87) et a examiné un projet de texte en vue de la révision de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (A/CN.9/WG.II/WP.119, par. 74) (ci-après appelée "la proposition du secrétariat").

2. Au début de sa trente-septième session, en octobre 2002, il a été décidé que le Groupe de travail poursuivrait ses délibérations sur la base d'une proposition présentée par les États-Unis d'Amérique (A/CN.9/WG.II/WP.121) (ci-après appelée "la proposition des États-Unis"), qui présentait une révision du projet d'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, qui tenait compte notamment de la proposition du secrétariat.

3. La présente note a été établie sur la base des discussions et des décisions de la trente-septième session du Groupe de travail. La reprise des discussions devrait être facilitée par le texte suivant (ci-après appelé "le texte révisé"), qui est une nouvelle version révisée de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et tient compte des discussions et décisions de la trente-septième session du Groupe de travail.

TEXTE RÉVISÉ DE L'ARTICLE 17 DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL, RELATIF AU POUVOIR D'UN TRIBUNAL ARBITRAL D'ACCORDER DES MESURES PROVISOIRES OU CONSERVATOIRES

1. Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, accorder des mesures provisoires ou conservatoires.

2. Une mesure provisoire ou conservatoire est toute mesure temporaire, qu'elle prenne la forme d'une sentence ou une autre forme, par laquelle, à tout moment avant le prononcé de la sentence qui tranchera définitivement le litige, le tribunal arbitral ordonne à une partie:

a) De préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le litige ait été tranché [, de sorte qu'une sentence ultérieure puisse, ou puisse plus facilement, être exécutée];

b) De prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures de nature à causer, immédiatement ou sous peu un

dommage [, de sorte qu'une sentence ultérieure puisse, ou puisse plus facilement, être exécutée];

c) De fournir un moyen préliminaire de constituer en garantie des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence ultérieure; ou

[*d*) De sauvegarder les éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du litige.]

3. La partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire doit [démontrer] [montrer] [prouver] [établir] que:

a) Un préjudice irréparable sera causé si la mesure n'est pas ordonnée, et qu'un tel préjudice l'emporte largement sur celui que subira la partie touchée par la mesure si celle-ci est accordée; et

b) Il y a une possibilité raisonnable de voir la partie requérante obtenir gain de cause sur le fond, étant entendu qu'aucune décision à cet égard ne porte atteinte à la liberté d'appréciation du tribunal arbitral lorsqu'il prendra une décision ultérieure quelconque.

4. [Sous réserve des dispositions de l'alinéa *b* ii du paragraphe 7,] [Sauf dans les cas où la constitution d'une garantie est obligatoire en vertu de l'alinéa *b* ii du paragraphe 7,] le tribunal arbitral peut faire obligation à la partie qui demande la mesure et à toute autre partie de constituer une garantie appropriée comme condition de l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire.

5. 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].

6. La partie qui demande la mesure doit, à compter de la présentation de la demande, informer sans tarder le tribunal arbitral de tout changement important des circonstances sur la base desquelles elle a sollicité, ou le tribunal arbitral a accordé, ladite mesure.

7. *a*) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut [, exceptionnellement,] accorder une mesure provisoire ou conservatoire, sans aviser la partie [contre laquelle cette mesure est dirigée] [touchée par cette mesure], lorsque:

i) Il y a un besoin urgent de prendre cette mesure;

ii) Les circonstances énoncées au paragraphe 3 sont réunies; et

iii) La partie qui demande la mesure montre qu'il est nécessaire de procéder de cette façon pour éviter que la mesure ne soit compromise avant qu'elle soit accordée.

b) La partie demandant la mesure:

i) Est responsable de tous les dommages et de tous les frais causés par la mesure à la partie [contre laquelle elle est dirigée] [touchée par la mesure] [dans la mesure appropriée, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, et eu égard à la façon dont il sera finalement statué au fond sur la demande]; et

ii) Constitue une garantie sous la forme que le tribunal arbitral jugera appropriée [, en vue de couvrir tous les dommages et tous les frais visés au sous-alinéa i,] [comme condition de l'octroi d'une mesure au titre du présent paragraphe];

[*c*) [Afin d'éviter tout doute,] le tribunal arbitral est compétent, entre autres, pour statuer sur toutes les questions soulevées par les dispositions [de l'alinéa *b*] ci-dessus ou se rapportant à elles];]

[*d*) La partie [contre laquelle la mesure provisoire ou conservatoire est ordonnée] [touchée par la mesure accordée] en vertu du présent paragraphe reçoit notification de la mesure et a la possibilité d'être entendue par le tribunal arbitral [dès qu'il n'est plus nécessaire de procéder *ex parte* afin de garantir l'efficacité de la mesure] [dans les quarante-huit heures de la notification ou à toutes autres date et heure appropriées dans les circonstances];]

[*e*) Toute mesure provisoire ou conservatoire ordonnée en vertu du présent paragraphe est valable pour une durée maximale de vingt jours] [à compter de la date à laquelle le tribunal ordonne cette mesure], laquelle ne peut être prolongée. Le présent alinéa ne porte pas atteinte au pouvoir du tribunal arbitral d'accorder, de confirmer, de proroger ou de modifier une mesure provisoire ou conservatoire visée au paragraphe 1 après que la partie [contre laquelle la mesure a été ordonnée] [touchée par la mesure] en a été avisée et qu'il lui a été donné la possibilité d'être entendue;

[*f*) Une partie qui demande une mesure provisoire ou conservatoire en vertu du présent paragraphe est tenue d'informer le tribunal arbitral de toutes les circonstances que celui-ci est susceptible de juger pertinentes et importantes lorsqu'il détermine si les conditions énoncées au présent paragraphe ont été remplies;]

NOTES

Paragraphe 1

4. À sa trente-septième session, le Groupe de travail a constaté que le paragraphe 1 de la proposition des États-Unis était conforme au texte dont il avait discuté précédemment. Il a estimé que le paragraphe remanié était dans l'ensemble acceptable quant au fond, mais a suggéré que les mots "ordonner à une autre partie de prendre des mesures provisoires ou conservatoires" pourraient limiter indûment la portée de cette disposition et devraient être remplacés par les mots "accorder des mesures provisoires ou conservatoires" (A/CN.9/523, par. 34). Le texte révisé tient compte de cette suggestion.

Paragraphe 2

Place du paragraphe 2 et observation générale

5. Le paragraphe 2 du texte révisé (précédemment paragraphe 4 de la proposition du secrétariat) a fait l'objet de discussions à la trente-sixième session du Groupe de travail et il a été convenu de le placer immédiatement après le paragraphe 1 (A/CN.9/508, par. 64). Les dispositions de fond de ce paragraphe s'inspirent en partie du texte provisoire de 2001 du Projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale de la Conférence de La Haye de droit international privé (reproduit en partie dans le document (A/CN.9/WG.II/WP.119, par. 71).

Membre de phrase liminaire — Notion de "mesures provisoires ou conservatoires"

6. À sa trente-septième session, il a été indiqué au Groupe de travail que le paragraphe 2 de la proposition des États-Unis visait à tenir compte des discussions qui avaient eu lieu à sa trente-sixième session (A/CN.9/508, par. 64 à 76). On a objecté que la référence à la notion de "sentence provisoire" allait à l'encontre de l'opinion qui avait prévalu à cette session selon laquelle il ne fallait pas qualifier la sentence de "partielle" ou de "provisoire" (voir A/CN.9/508, par. 66 et A/CN.9/523, par. 36). La notion de mesure provisoire "s'inscrivant dans le cadre" d'une sentence a aussi suscité des doutes. Conformément à la décision prise à la trente-septième session du Groupe de travail, le paragraphe 2 du texte révisé contient les mots suivants: "Une mesure provisoire ou conservatoire est toute mesure temporaire, qu'elle prenne la forme d'une sentence ou une autre forme" (A/CN.9/523, par. 36).

Alinéas a *et* b — *"de sorte qu'une sentence ultérieure puisse, ou puisse plus facilement, être exécutée"*

7. Les mots "de sorte qu'une sentence ultérieure puisse, ou puisse plus facilement, être exécutée", qui figurent aux alinéas *a* et *b* du texte révisé ont été ajoutés au texte de la proposition des États-Unis. Ces mots incorporent des termes utilisés dans une variante examinée par le Groupe de travail à sa trente-sixième session et devant figurer dans un paragraphe distinct pour décrire une mesure provisoire (voir alinéa *b* du paragraphe 4 de la variante 2 (A/CN.9/WG.II/WP.119, par. 74, reproduit dans le document A/CN.9/508, par. 51). Cependant, ces mots, incorporés dans les alinéas *a* et *b* du texte révisé n'ont pas fait l'objet d'une discussion exhaustive et le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'ils restreignent indûment la portée de ces dispositions.

Alinéas a, b *et* c — *"une sentence ultérieure"*

8. Pour éviter la difficulté que poserait la définition de l'expression "sentence qui sera finalement prononcée", qui figure dans le texte de la proposition des États-Unis aux alinéas *a*, *b* et *c* du paragraphe 2, une formulation plus neutre a été utilisée ("sentence ultérieure") aux alinéas *a*, *b* et *c* du paragraphe 2 du texte révisé, pour désigner toute sentence qui pourrait être prononcée ultérieurement.

Alinéa b — *Portée de la disposition*

9. À sa trente-sixième session, le Groupe de travail a estimé d'une manière générale qu'il convenait d'élargir la portée de l'alinéa *b* du paragraphe 1 du texte révisé (précédemment alinéa *c* du paragraphe 4 de la variante 1, A/CN.9/WG.II/WP.119, par. 74) pour 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 (A/CN.9/508, par. 75). Dans le même esprit, il a été estimé que cette disposition devait être applicable non seulement aux mesures ordonnées contre le défendeur, mais également aux mesures visant d'autres parties à l'arbitrage. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le texte révisé tient compte de ces suggestions de façon appropriée.

Alinéa c

10. À sa trente-septième session, le Groupe de travail est convenu de remplacer l'ensemble du texte de l'alinéa *c* de la proposition des États-Unis, à savoir "de verser une provision pour l'exécution de la sentence qui sera finalement prononcée, y compris pour le règlement des dépens", par un libellé du type "de fournir un moyen préliminaire de constituer en garantie des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence" (A/CN.9/523, par. 37). Il a ainsi rétabli le texte utilisé dans la proposition du secrétariat (alinéa *b* du paragraphe 4 de la variante 1 dans le document A/CN.9/WG.II/WP.119, par. 74 et reproduit dans le document A/CN.9/508, par. 51).

Alinéa d

11. À sa trente-sixième session, le Groupe de travail est convenu que, afin de faciliter le prononcé de mesures provisoires ou conservatoires destinées à empêcher la destruction d'éléments de preuve, le paragraphe 2 devrait également faire référence à "une mesure destinée à fournir un moyen préliminaire de sauvegarder les éléments de preuve" (A/CN.9/508, par. 76). L'alinéa *d* du texte révisé, dans lequel il est question "de sauvegarder les éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du litige", n'a pas fait l'objet de discussions à la trente-septième session du Groupe de travail. Celui-ci souhaitera peut-être examiner si ce libellé est approprié.

Caractère non exhaustif de la liste de mesures provisoires

12. À la fin du débat qui a eu lieu à la trente-septième session du Groupe de travail, on a rappelé qu'à sa trente-sixième session, ce dernier était convenu qu'il fallait faire ressortir très clairement que la liste de mesures provisoires donnée dans les divers alinéas ne devait pas être considérée comme exhaustive (A/CN.9/508, par. 71). Or, a-t-on fait observer, dans le paragraphe 2 remanié, la liste était présentée comme exhaustive. En réponse, on a expliqué que la version remaniée ne donnait plus une liste des diverses mesures provisoires que pouvait accorder un tribunal arbitral, mais parlait de "toute mesure temporaire", de sorte que la formulation n'était pas limitative. En outre, la disposition énumérait les diverses fins auxquelles une mesure provisoire pouvait être accordée. Dès lors que toutes ces fins étaient couvertes par la liste révisée, il n'était plus

nécessaire de rendre la liste non exhaustive. Bien que cette explication ait dans l'ensemble été acceptée, le Groupe de travail a décidé de procéder à de plus amples consultations avant de décider si tous les motifs concevables pouvant justifier l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire étaient couverts par l'actuelle formulation. Il a été convenu que le débat sur cette question serait rouvert à une prochaine session (A/CN.9/523, par. 38).

Paragraphe 3

Membre de phrase liminaire

13. Le membre de phrase liminaire du paragraphe 3 du texte révisé a été simplifié de façon à éviter la répétition inutile du contenu du paragraphe 1. Il est maintenant analogue au texte du paragraphe 2 de la proposition du secrétariat. En outre, on a révisé le paragraphe 3 pour y inclure d'autres verbes que "démontrer", car il avait été signalé que ce mot risquait d'impliquer un critère strict d'établissement de la preuve (A/CN.9/523, par. 40; en ce qui concerne les discussions antérieures, voir A/CN.9/508, par. 55).

Suppression de la mention d'un "besoin urgent d'une telle mesure"

14. À sa trente-septième session, le Groupe de travail est convenu que le besoin urgent de la mesure ne devait pas être un critère applicable aux mesures provisoires ou conservatoires en général mais devait être une condition nécessaire dans le cas des mesures *ex parte*, où l'urgence ne permettait pas d'aviser l'autre partie (A/CN.9/523, par. 29 et 41). La mention de l'urgence d'une mesure a été déplacée à l'alinéa *a* i du paragraphe 7 du texte révisé (précédemment paragraphe 4 de la proposition des États-Unis), qui porte sur les mesures provisoires *ex parte*.

Alinéa a

15. L'alinéa *a* du paragraphe 3 du texte révisé (précédemment alinéa *b* du paragraphe 3 de la proposition des États-Unis) a été modifié eu égard à la proposition tendant à remplacer les mots "la partie opposée à la mesure" par les mots "la partie touchée par la mesure", d'une part, et les mots "et que ce préjudice" par les mots "et qu'un tel préjudice", d'autre part (A/CN.9/523, par. 42). On a fait observer que les mots "préjudice irréparable" pouvaient entraîner une confusion avec "le dommage" susceptible d'être causé "immédiatement ou sous peu" visé à l'alinéa *b* du paragraphe 2, ce qui ferait courir le risque que les critères énoncés au paragraphe 3 ne soient interprétés comme s'appliquant uniquement aux mesures accordées aux fins de l'alinéa *b* du paragraphe 2. Le Groupe de travail a pris note de ce point de vue (A/CN.9/523, par. 42). Il convient de rappeler qu'à la trente-sixième session du Groupe de travail, 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" (A/CN.9/508, par. 56). Le texte révisé reflète cette décision du Groupe de travail. On estime que la définition large des mesures provisoires qui figure au paragraphe 2 n'est pas en contradiction avec le fait que la partie demandant la mesure provisoire doit présenter des éléments de preuves indiquant un dommage irréparable.

Alinéa b

16. Conformément à une suggestion formulée à la trente-septième session du Groupe de travail, on a remanié l'alinéa *b* du paragraphe 3 du texte révisé (précédemment alinéa *c* du paragraphe 3 de la proposition des États-Unis): les mots "il y a de fortes chances que la partie qui demande la mesure obtienne gain de cause sur le fond du litige" ont été remplacés par les mots "il y a une possibilité raisonnable de voir la partie requérante obtenir gain de cause sur le fond, étant entendu qu'aucune décision à cet égard ne porte atteinte à la liberté d'appréciation du tribunal arbitral lorsqu'il prendra une décision ultérieure quelconque" (A/CN.9/523, par. 64; en ce qui concerne un débat antérieur, voir par. 43 et document A/CN.9/508, par. 57).

Paragraphe 4

Place des dispositions énoncées au paragraphe 4

17. Les dispositions énoncées au paragraphe 4 du texte révisé (précédemment paragraphe 5 de la proposition des États-Unis) ont été déplacées, étant donné qu'elles sont applicables aux mesures provisoires en général et non uniquement aux mesures qui pourraient être accordées *ex parte* en vertu du paragraphe 7 du texte révisé (A/CN.9/523, par. 45). Le Groupe de travail est également convenu de déplacer les dispositions contenues dans les paragraphes 6 et 7 de la proposition des États-Unis (paragraphes 5 et 6 du texte révisé) pour qu'elles figurent avant le paragraphe portant sur les mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* (A/CN.9/523, par. 45).

Lien entre le paragraphe 4 et l'alinéa b *ii du paragraphe 7*

18. À la trente-septième session du Groupe de travail, on a craint que, dans la rédaction antérieure, ce texte ne permette d'échapper à l'obligation de fournir une garantie lorsque des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* étaient accordées (A/CN.9/523, par. 46). Il a été convenu que ce texte partait du principe que, pour les mesures *inter partes*, l'exigence d'une telle garantie devait être laissée à l'appréciation du tribunal arbitral (A/CN.9/523, par. 46). Pour répondre à cette préoccupation, deux variantes ont été présentées entre crochets dans le texte révisé: "Sous réserve des dispositions de l'alinéa *b* ii du paragraphe 7" et "Sauf dans les cas où la constitution d'une garantie est

obligatoire en vertu de l'alinéa *b* ii du paragraphe 7. Ces variantes visent à préciser, conformément à la décision du Groupe de travail, que le paragraphe 4 est subordonné à l'alinéa *b* ii du paragraphe 7 et à établir une distinction entre le cas où la décision relative à la constitution d'une garantie découle de l'exercice du pouvoir d'appréciation du tribunal arbitral et le cas dans lequel ce dernier est tenu d'exiger la constitution d'une garantie par la partie qui demande une mesure provisoire ou conservatoire *ex parte*.

"et toute autre partie"

19. À sa trente-septième session, le Groupe est aussi convenu d'inclure les mots "et toute autre partie" après les mots "la partie qui demande la mesure", pour que le tribunal arbitral dispose d'un pouvoir d'appréciation pour tenir compte de certaines situations survenant dans des arbitrages pluripartites, par exemple de la situation où il y aurait plusieurs demandeurs qui bénéficieraient chacun de la mesure provisoire, alors que celle-ci n'aurait été demandée que par un seul d'entre eux ne disposant d'aucun bien. Dans ce cas, le tribunal aurait la liberté d'exiger une garantie des autres demandeurs. En outre, l'insertion des mots "toute partie" permettrait de tenir compte du cas où une partie fournissait une contre-garantie (A/CN.9/523, par. 48).

Paragraphe 5

"eu égard à des informations supplémentaires ou à une modification des circonstances"

20. À la trente-septième session du Groupe de travail, il a été affirmé que le pouvoir de modifier ou d'annuler une mesure provisoire ou conservatoire ne devrait pas être limité. On a fait observer que, compte tenu du caractère extraordinaire de telles mesures, si un tribunal arbitral avait le pouvoir de les accorder, il devrait aussi pouvoir les modifier ou les annuler. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le texte actuellement placé entre crochets, à savoir "eu égard à des informations supplémentaires ou à une modification des circonstances", initialement utilisé dans la proposition du secrétariat (voir A/CN.9/508, par. 88 et 89), doit être inclus pour éviter d'instituer un pouvoir d'appréciation arbitraire.

Demande de mesures ex parte

21. Il a été déclaré en outre que, le paragraphe 5 étant apparemment censé s'appliquer également aux mesures *ex parte*, les circonstances susceptibles d'inciter le tribunal arbitral à annuler ou à modifier une mesure provisoire pourraient survenir au stade non contradictoire de la procédure et que, par conséquent, l'obligation d'informer la partie touchée par la mesure conformément aux dispositions de l'alinéa *e* du paragraphe 7 risquerait de la rendre inefficace. On a dit qu'il serait peut-être nécessaire d'examiner plus avant s'il fallait établir ou non une distinction entre mesures *inter partes* et mesures *ex parte*. Si tel était le cas, il faudrait éventuellement élaborer une disposition distincte pour ces dernières (A/CN.9/523, par. 52).

Sanction

22. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il convient de réviser le paragraphe 5 pour établir une sanction claire dans l'hypothèse où l'obligation visée au paragraphe 6 ne serait pas remplie (A/CN.9/523, par. 49; voir également le paragraphe 24 ci-après).

Paragraphe 6

"ou toute autre partie"

23. À la trente-septième session du Groupe de travail, il a été suggéré que si les mots "et toute autre partie" étaient insérés dans le paragraphe 4 ils devaient également l'être dans le texte qui figurait au paragraphe 6 (A/CN.9/523, par. 49). On a estimé que cet ajout pourrait toutefois donner lieu à des litiges supplémentaires entre les parties. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner plus avant cette question.

Sanction

24. On a fait observer que, s'il existait une obligation d'informer le tribunal arbitral de tout changement important dans les circonstances sur la base desquelles la mesure provisoire avait été accordée, aucune sanction n'était prévue en cas d'inexécution. Il a été convenu, en réponse, que ce point pouvait fort bien être traité dans le cadre du paragraphe 5 (A/CN.9/523, par. 49). En conséquence, il a été décidé, à la trente-septième session du Groupe de travail, de ne pas modifier le texte du paragraphe 6. Si le Groupe de travail estime que le paragraphe 5 doit prévoir une sanction en cas d'inexécution du paragraphe 6, il souhaitera peut-être également examiner s'il convient d'intervertir ces paragraphes.

25. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il est approprié, au paragraphe 6, de mentionner "tout changement important", alors que le paragraphe 5 mentionne "un changement de circonstances".

Paragraphe 7

Observation d'ordre général

26. La question du pouvoir d'un tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* a fait l'objet d'une longue discussion à la trente-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/523, par. 16 à 27). L'opinion exprimée à la trente-sixième session du Groupe de travail, selon laquelle le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* devait être réservé aux juridictions étatiques, a été réitérée à la trente-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/523, par. 17). Même si un certain nombre de délégations continuaient à être opposées à l'idée de conférer au tribunal arbitral le pouvoir d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte*, le Groupe de travail a décidé de poursuivre l'examen de la proposition des États-Unis (A/CN.9/523, par. 28).

Alinéa a

27. L'alinéa *a* du paragraphe 7 du texte révisé (précédemment paragraphe 5 de la proposition du secrétariat et alinéa *a* du paragraphe 4 de la proposition des États-Unis) a suscité une attention considérable à la trente-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/523, par. 28 à 33). À cette session, le Groupe de travail a pris note, entre autres, de la suggestion tendant à étudier plus avant la possibilité de lever la mesure provisoire ou conservatoire lorsque le défendeur constituait une garantie suffisante (A/CN.9/523, par. 33). Ce point n'est pas pris en compte dans le texte révisé.

28. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si, dans un but de cohérence, les termes utilisés à l'alinéa *a* du paragraphe 3, à savoir "la partie touchée par la mesure" devraient également l'être aux alinéas *a*, *b* ii, *d* et *e* du paragraphe 7, au lieu des mots "la partie contre laquelle cette mesure est dirigée. Ces deux variantes figurent entre crochets dans le texte révisé.

29. Selon une opinion largement partagée à la trente-septième session du Groupe de travail, si une disposition concernant des mesures *ex parte* était insérée, il faudrait y indiquer que des mesures de ce type ne devraient être accordées qu'exceptionnellement (A/CN.9/523, par. 17). Le mot "exceptionnellement" a été inséré après les mots "le tribunal arbitral peut". Le Groupe de travail est convenu qu'il fallait remanier l'alinéa *a* du paragraphe 4 de la proposition des États-Unis pour tenir compte des opinions et préoccupations exprimées par le Groupe de travail et, en particulier, reconnaître l'autonomie de la volonté des parties en autorisant celles-ci à convenir d'exclure l'application d'une disposition conférant au tribunal arbitral le pouvoir d'accorder une mesure provisoire ou conservatoire *ex parte* (A/CN.9/523, par. 31). En conséquence, l'alinéa *a* du paragraphe 7 du texte révisé contient les mots "des parties" après l'expression "Sauf convention contraire", comme cela a été suggéré à la trente-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/523, par. 54).

30. À la trente-septième session du Groupe de travail, une version révisée de l'alinéa *a* du paragraphe 4 de la proposition des États-Unis a été établie (A/CN.9/523, par. 32 et 53 à 69), (ci-après appelée "alinéa *a* du paragraphe 4 remanié") et les décisions et suggestions suivantes, prises et présentées à cette session, ont été incorporées dans le texte révisé:

La préférence a été donnée à la deuxième variante entre crochets du sous-alinéa i de l'alinéa *a* du paragraphe 4 remanié (alinéa *a* iii du paragraphe 7 du texte révisé), le mot "*defeated*" étant remplacé par le mot "*frustrated*" dans la version anglaise (A/CN.9/523, par. 57 et 61);

L'alinéa *a* ii du paragraphe 7 du texte révisé (précédemment sous-alinéa iv de l'alinéa *a* du paragraphe 4 remanié) a été modifié conformément aux suggestions formulées à la trente-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/523, par. 64);

Le membre de phrase "ou avant que celle-ci ait eu la possibilité de répliquer" a été supprimé, étant donné que le texte couvrait de façon suffisante la situation dans laquelle une notification avait été faite mais la partie défenderesse ne pouvait pas répliquer ou n'avait pas répliqué (A/CN.9/523, par. 60);

Il a été convenu que les conditions posées au paragraphe 3 de la proposition des États-Unis pour les mesures *inter partes* devaient aussi s'appliquer aux mesures *ex parte* mais qu'il fallait trouver un libellé plus neutre que la formule "une forte possibilité d'obtenir gain de cause" employée à l'alinéa *c* de ce paragraphe (A/CN.9/523, par. 31); une référence à la nécessité de satisfaire aux conditions énoncées au paragraphe 3 a été ajoutée à l'alinéa *a* du paragraphe 7 du texte révisé (A/CN.9/523, par. 62);

L'alinéa *a* énumère maintenant les conditions auxquelles doit satisfaire la partie demandant une mesure provisoire *ex parte* et l'alinéa *b* énonce les obligations dont elle doit s'acquitter; le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si cette nouvelle structure est appropriée;

Il a également été suggéré qu'il fallait faire obligation à la partie requérante de constituer une garantie pour indemniser le défendeur si la mesure demandée s'avérait par la suite injustifiée; que la personne demandant la mesure *ex parte* devait pouvoir démontrer qu'elle n'avait pas d'autres voies de droit et que la mesure *ex parte* était son dernier recours; et que les mesures *ex parte* devraient revêtir un caractère raisonnable et proportionnel (A/CN.9/523, par. 30). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner plus avant ces suggestions.

Alinéa b

31. Le texte de l'alinéa *b* i du paragraphe 7 du texte révisé (précédemment sous-alinéa v de l'alinéa *a* du paragraphe 4 remanié) a été modifié: l'expression "de plein droit" a été supprimée et les mots "dans la mesure appropriée compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce et eu égard à la façon dont il sera finalement statué au fond sur la demande" ont été ajoutés entre crochets (A/CN.9/ 523, par. 31 et 66 et 67).

32. L'alinéa *b* ii du paragraphe 7 du texte révisé (précédemment sous-alinéa vi de l'alinéa *a* du paragraphe 4 remanié) a été modifié, de façon à tenir compte de la préférence exprimée à la trente-septième session du Groupe de travail pour les mots "une garantie sous la forme que le tribunal arbitral jugera appropriée". D'autre part, on s'est prononcé en faveur de l'utilisation au sous-alinéa *i* d'un libellé tel que "en vue de couvrir tous les dommages et tous les frais d'arbitrage visés au sous-alinéa i)" (A/CN.9/523, par. 68 et 69). Pour assurer la cohérence avec le libellé du paragraphe 4 du texte révisé, l'alinéa *b* ii du paragraphe 7 mentionne la constitution d'une garantie "comme condition de l'octroi d'une mesure au titre du présent paragraphe". Il a généralement été admis au sein du Groupe de travail à sa trente-septième session que la constitution d'une garantie pour les mesures *ex parte* devait être obligatoire (A/CN.9/523, par. 46). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si cet alinéa correspond bien à cette opinion.

Alinéa c

33. Le Groupe de travail est convenu de placer le renvoi à l'alinéa *b* du texte révisé (précédemment renvoi aux alinéas *a* v et *a* vi du paragraphe 4 remanié) entre crochets, eu égard à l'opinion selon laquelle un renvoi à l'alinéa *b* ii (précédemment sous-alinéa vi) de l'alinéa *a* du paragraphe 4 remanié) était nécessaire (A/CN.9/523, par. 72). Le Groupe de travail souhaitera peut-être poursuivre ses discussions sur cette question à sa trente-huitième session.

34. Les mots "Afin d'éviter tout doute" ont été insérés au début de l'alinéa *c* du texte révisé en vue d'une poursuite du débat lors d'une session ultérieure (A/CN.9/523, par. 70). À la trente-septième session du Groupe de travail, cette suggestion a bénéficié d'un certain appui, mais il a été signalé qu'un tel libellé n'avait généralement pas sa place dans un texte législatif et que, dans de nombreux pays, ce paragraphe n'aurait pas pour effet de dissiper un doute mais de donner au tribunal arbitral une compétence plus étendue que celle qui lui avait été conférée par les parties dans la convention d'arbitrage (A/CN.9/523, par. 70). On a estimé que, en élaborant une disposition étendant la compétence du tribunal arbitral dans le contexte de mesures provisoires ou conservatoires ordonnées sur requête *ex parte*, le Groupe de travail devait éviter de donner l'impression qu'une telle disposition devait être interprétée *a contrario* dans le contexte des mesures provisoires *inter partes* (A/CN.9/523, par. 71).

Alinéa d

35. L'alinéa *d* du paragraphe 7 du texte révisé (précédemment alinéa *c* du paragraphe 4 de la proposition des États-Unis) a été remanié compte tenu des observations et suggestions présentées aux paragraphes 74 et 75 du document A/CN.9/523. En particulier, on a inversé l'ordre des alinéas *b* et *c* du paragraphe 4 de la proposition des États-Unis à la demande du Groupe de travail (A/CN.9/523, par. 73). Il est à noter que l'alinéa *d* du paragraphe 7 mentionne que la partie touchée par la mesure a "la possibilité d'être entendue" soit "dès qu'il n'est plus nécessaire de procéder *ex parte* afin de garantir l'efficacité de la mesure", soit "dans les quarante-huit heures de la notification ou à toutes autres date et heure appropriées dans les circonstances". La première variante assure une certaine souplesse. Cependant, si le Groupe de travail préfère la seconde, il sera nécessaire d'examiner à nouveau la question du moment auquel il faut donner notification. Dans son libellé actuel, l'alinéa *d* du paragraphe 7 ne s'applique qu'aux mesures *ex parte*. Cependant, à la trente-septième session du Groupe de travail, il a été suggéré d'envisager ultérieurement de déterminer si le paragraphe devrait s'appliquer uniquement aux mesures provisoires ordonnées *ex parte* ou de manière plus générale à tous les types de mesures provisoires (A/CN.9/523, par. 75).

Alinéa e

36. Le texte de l'alinéa *e* du paragraphe 7 du texte révisé (précédemment alinéa *b* du paragraphe 4 de la proposition des États-Unis) a été remanié compte tenu des discussions qui ont eu lieu à la trente-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/523, par. 73). L'alinéa *e* du paragraphe 7 dispose qu'une mesure provisoire ou conservatoire a une validité maximale de vingt jours et prévoit deux options pour la détermination du début de cette période de vingt jours. À la trente-septième session du Groupe de travail, des préoccupations ont été exprimées au sujet de l'adoption d'une période générale d'efficacité d'une mesure provisoire, telle que vingt jours (A/CN.9/523, par. 20, 25 et 73). Il a été souligné que, dans sa rédaction actuelle, ce paragraphe ne rétablissait pas l'équilibre de la procédure arbitrale lorsqu'une mesure *ex parte* avait été accordée en donnant à la partie qui en faisait l'objet la possibilité d'être entendue et de faire procéder au réexamen de cette mesure le plus vite possible. Il a été déclaré que l'objectif consistant à rétablir l'équilibre de la procédure arbitrale était traité par l'alinéa *c* du paragraphe 4 de la proposition des États-Unis (alinéa *d* du paragraphe 7 du texte révisé), qui donnait au défendeur la possibilité d'être entendu (A/CN.9/523, par. 73). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si, dans sa rédaction actuelle, le texte répond à ces préoccupations. Il devrait noter que les mots "Le présent alinéa ne porte pas atteinte au pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner, de confirmer, de proroger ou de modifier une mesure provisoire ou conservatoire visée au paragraphe 1 après que la partie contre laquelle la mesure a été ordonnée en a été avisée et qu'il lui a été donné la possibilité d'être entendue" diffèrent du texte qui figurait au paragraphe 7 de la proposition du secrétariat, à savoir "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". Il convient de noter que, alors que la proposition du secrétariat visait à prolonger ou à modifier la mesure provisoire *ex parte* après que la partie touchée avait été entendue, le texte actuel porte sur les mesures provisoires en général et vise l'octroi ou la confirmation soit de la mesure provisoire *ex parte*, soit d'une mesure provisoire entièrement nouvelle.

Alinéa f

37. En ce qui concerne l'alinéa *f* du paragraphe 7 du texte révisé (précédemment alinéa *d* du paragraphe 4 de la proposition des États-Unis), il a été suggéré d'établir, dans une nouvelle version remaniée, un lien clair entre l'obligation d'informer le tribunal arbitral d'un changement de circonstances et le régime de responsabilité applicable à la partie requérante (A/CN.9/523, par. 49 et 76). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner plus avant cette suggestion.

38. Le Groupe de travail devrait noter que l'alinéa *f* du paragraphe 7 institue une obligation semblable à celle qui est imposée en vertu du paragraphe 6, bien que l'alinéa *f* du paragraphe 7 semble imposer une obligation d'information légèrement plus large. À la trente-septième session du Groupe de travail, il a été suggéré que l'alinéa *f* du paragraphe 7, s'il était conservé, devrait prévoir un délai dans lequel la partie requérante devrait informer le tribunal arbitral d'un changement de circonstances. Comme cela a été indiqué plus haut (par. 24), le Groupe de travail pourrait envisager si une sanction expresse devrait être prévue en cas d'inobservation des dispositions du paragraphe 6. Si le Groupe de travail décide de prévoir une telle sanction,

il sera également nécessaire de décider si l'obligation d'information visée au paragraphe 6 devrait être applicable tant aux mesures *inter partes* qu'aux mesures *ex parte* ou si, dans l'hypothèse où il convient de conserver l'alinéa *f* du paragraphe 7, une sanction distincte doit être prévue lorsque ces dispositions ne sont pas respectées. Il est suggéré que le but de l'alinéa *f* du paragraphe 7 (à savoir l'imposition d'une obligation stricte d'information à la partie qui demande une mesure *ex parte*) est déjà atteint par le paragraphe 6 et que la répétition de cette obligation nuirait à la lisibilité et à la logique interne du texte.

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.04-57619—October 2008—90

United Nations publication
Sales No. F.06.V.14
ISBN 978-92-1-233464-6
ISSN 0251-4257

A/CN.9/SER.A/2003

9 789212 334646