CNUDCI
COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR
LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

ANNUAIRE

Volume XXXV: 2004

NATIONS UNIES

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

CNUDCI ANNUAIRE

Volume XXXV: 2004

NATIONS UNIES
New York, 2007

NOTE

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres majuscules et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'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/2004

PUBLICATION DES NATIONS UNIES
Numéro de vente: F.08.V.8
ISBN 978-92-1-233450-9
ISSN 0251-4257

TABLE DES MATIÈRES

Page

INTRODUCTION viii

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

TRENTE-SEPTIÈME SESSION (2004) 3

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-septième session (New York, 14-25 juin 2004) (A/59/17) 3

B. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED): extrait du rapport du Conseil du commerce et du développement sur sa cinquante et unième session (TD/B/51/8 (Vol. I)) 51

C. Assemblée générale: Rapport du Sixième Comité sur le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-septième session (A/59/509) 52

D. Résolutions 59/39 et 59/40 de l'Assemblée générale, en date du 2 décembre 2004 54

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

I. DROIT DE L'INSOLVABILITÉ 61

A. Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa vingt-neuvième session (Vienne, 1er-5 septembre 2003) (A/CN.9/542) 61

B. Note du Secrétariat sur le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité: glossaire, document de travail présenté au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-neuvième session (A/CN.9/WWG.V/WP.67) 91

C. Note du Secrétariat sur le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, document de travail présenté au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-neuvième session (A/CN.9/WG.V/WP.68) 101

D. Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trentième session (New York, 29 mars-2 avril 2004) (A/CN.9/551) 107

E. Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa trentième session (A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part. I et II)) 140

F. Note du secrétariat sur le traitement des sûretés réelles dans le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa trentième session (A/CN.9/WG.V/WP.71) 403

G. Note du secrétariat sur le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa trentième session (A/CN.9/WG.V/WP.72) 422

Page

H. Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de leur deuxième session conjointe (New York, 26 et 29 mars 2004) (A/CN.9/550) 429

I. Rapport du cinquième Colloque judiciaire CNUDCI-INSOL sur l'insolvabilité internationale (2003) (A/CN.9/554). 436

J. Projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité: compilation des commentaires d'organisations internationales (A/CN.9/558 et Add.1). 440

K. Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité: révisions apportées au document A/CN.9/WG.V/WP.70 (A/CN.9/559 et Add.1 à 3) 458

II. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ET CONCILIATION 497

A. Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-neuvième session (Vienne, 10-14 novembre 2003) (A/CN.9/545) 497

B. Note du secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: mesures provisoires ou conservatoires, document de travail soumis au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa trente-neuvième session (A/CN.9/WG.II/WP.125) 530

C. Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa quarantième session (New York, 23-27 février 2004) (A/CN.9/547). 545

D. Note du Secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: mesures provisoires ou conservatoires – régime de responsabilité, document de travail soumis au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa quarantième session (A/CN.9/XG.II/WP.127). 576

E. Note du Secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: mesures provisoires ou conservatoires, document de travail soumis au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa quarantième session (A/CN.9/WG.II/WP.128) 587

F. Document de travail sur le règlement des litiges commerciaux: mesures provisoires ou conservatoires: proposition de la Chambre de commerce internationale, soumis au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa quarantième session (A/CN.9/WG.II/WP.129). 600

.

III. DROIT DES TRANSPORTS 605

A. Rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa douzième session (Vienne, 6-17 octobre 2003) (A/CN.9/544) 605

B. Document de travail sur l'élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [par mer]: additif à la 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, soumis au Groupe de travail sur le droit des transports à sa douzième session (A/CN.9/WG.III/WP.28/Add.1) 662

Page

C. Note du Secrétariat sur le projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer], document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit des transports à sa douzième session (A/CN.9/WG.III/WP.32) 672

D. Document de travail sur l'élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [par mer]: proposition des Pays-Bas sur l'application de l'instrument au transport de porte à porte, présentée au Groupe de travail sur le droit des transports à sa douzième session (A/CN.9/WG.III/WP.33) 748

E. Document de travail sur l'élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [par mer]: proposition des États-Unis d'Amérique, présentée au Groupe de travail sur le droit des transports à sa douzième session (A/CN.9/WG.III/WP.34) 761

F. Rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa treizième session (New York, 3 14 mai 2004) (A/CN.9/552) 773

G. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer], document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit des transports à sa treizième session (A/CN.9/WG.III/WP.36) 812

H. Document de travail sur l'élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: proposition de la Chine, présentée au Groupe de travail sur le droit des transports à sa treizième session (A/CN.9/WG.III/WP.37) 829

IV. COMMERCE ÉLECTRONIQUE 835

A. Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante-deuxième session (Vienne, 17-21 novembre 2003) (A/CN.9/546) 835

B. Note du Secrétariat sur les aspects juridiques du commerce électronique: contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention, document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-deuxième session (A/CN.9/WG.IV/WP.103) 870

C. Note du Secrétariat sur les aspects juridiques du commerce électronique: contrats électroniques: informations de base, document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-deuxième session (A/CN.9/WG.IV/WP.104 et Add.1 à 4) 889

D. Document de travail sur les aspects juridiques du commerce électronique: contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention: commentaires de la Chambre de commerce internationale, présentés au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-deuxième session (A/CN.9/WG.IV/WP.105) 943

E. Document de travail sur les aspects juridiques du commerce électronique: contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention: commentaires de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, présentés au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-deuxième session (A/CN.9/WG.IV/WP.106) 945

Page

F. Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante-troisième session (New York, 15-19 mars 2004) (A/CN.9/548) . . . 946

G. Note du Secrétariat sur les aspects juridiques du commerce électronique: contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention, document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-troisième session (A/CN.9/WG.IV/WP.108) . . . 977

V. SÛRETÉS . . . 995

A. Rapport du Groupe de travail sur les sûretés sur les travaux de sa quatrième session (Vienne, 8-12 septembre 2003) (A/CN.9/543) . . . 995

B. Rapport du Secrétaire général sur le projet de guide législatif sur les opérations garanties, document de travail soumis au Groupe de travail sur les sûretés à sa quatrième session (A/CN.9/WG.VI/WP.9 et Add. 1 à 4, Add. 6 à 8) . . . 1022

C. Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de leur deuxième session conjointe (New York, 26 et 29 mars 2004) (A/CN.9/550) . . . 1023

D. Rapport du Groupe de travail sur les sûretés sur les travaux de sa cinquième session (New York, 22-25 mars 2004) (A/CN.9/549) . . . 1124

E. Rapport du Secrétaire général sur le projet de guide législatif sur les opérations garanties, document de travail soumis au Groupe de travail sur les sûretés à sa cinquième session (A/CN.9/WG.VI/WP.11 et Add. 1 et 2) . . . 1141

VI. TRAVAUX FUTURS ENVISAGEABLES . . . 1177

Travaux futurs envisageables dans le domaine des marchés publics (point 9 de l'ordre du jour provisoire) (A/CN.9/553) . . . 1177

VII. RECUEIL DE JURISPRUDENCE CONCERNANT LES TEXTES DE LA CNUDCI . . . 1195

VIII. FORMATION ET ASSISTANCE . . . 1197

Note du Secrétariat sur la formation et l'assistance technique (A/CN.9/560) . . . 1197

IX. ÉTAT DES TEXTES DE LA CNUDCI . . . 1209

État des conventions et des lois types (A/CN.9/561) . . . 1209

X. COORDINATION ET COOPÉRATION . . . 1211

A. Note du Secrétariat sur la coordination des travaux: activités des organisations internationales dans le domaine des sûretés réelles (A/CN.9/565) . . . 1211

B. Rapport du Colloque de la CNUDCI sur la fraude commerciale internationale (A/CN.9/555) . . . 1220

Page

XI. QUESTIONS DIVERSES 1239

Note du Secrétariat sur les partenariats entre l'Organisation des Nations Unies et les acteurs non étatiques, en particulier le secteur privé: évolution récente dans le système des Nations Unies et incidences éventuelles sur les travaux de la Commission (A/CN.9/564) 1239

Troisième partie. Annexes

I. GUIDE LÉGISLATIF DE LA CNUDCI SUR LE DROIT DE L'INSOLVABILITÉ 1243

II. NOTE EXPLICATIVE RELATIVE À LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LA CESSION DE CRÉANCES DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL (A/CN.9/557) 1245

III. BIBLIOGRAPHIE DES ÉCRITS RÉCENTS AYANT TRAIT AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI (A/CN.9/566) 1263

IV. LISTE DES DOCUMENTS DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL 1265

V. LISTE DES DOCUMENTS DE LA CNUDCI REPRODUITS DANS LES VOLUMES PRÉCÉDENTS DE L'*ANNUAIRE* 1273

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 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, A-1400 Vienne (Autriche)
Téléphone: 43-1-26060-4060 Télex: 135612 Télécopieur: 43-1-26060-5813
Courrier électronique: *uncitral@uncitral.org*
Adresse Internet: *http://www.uncitral.org*

---

[1] Les volumes ci-dessous de *l'Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* (en abrégé ci-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

Volume	*Période considérée*	*Publication des Nations Unies, numéro de vente*
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
XXXIV	2003	…

Première partie

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

TRENTE-SEPTIÈME SESSION (2004)

A. Rapport de la Commission des Nations Unie pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-septième session (New York, 14-25 juin 2004)

(A/59/17) [Original: Anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-2
II.	Organisation de la session	3-11
	A. Ouverture de la session	3
	B. Composition et participation	4-8
	C. Élection du Bureau	9
	D. Ordre du jour	10
	E. Adoption du rapport	11
III.	Finalisation et adoption du projet de guide législatif de la CNUDCIsur le droit de l'insolvabilité	12-55
IV.	Arbitrage. Rapport d'activité du Groupe de travail II	56-61
V.	Droit des transports. Rapport d'activité du Groupe de travail III	62-66
VI.	Commerce électronique. Rapport d'activité du Groupe de travail IV	67-72
VII.	Sûretés. Rapport d'activité du Groupe de travail VI	73-78
VIII.	Travaux futurs dans le domaine des marchés publics	79-82
IX.	Suivi de l'application de la Convention de New York	83-84
X.	Jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI et recueils analytiques de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes et d'autres textes uniformes	85-91
	A. Jurisprudence	85-86
	B. Recueils analytiques de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes et d'autres textes uniformes	87-91
XI.	Formation et assistance technique. Suite donnée à l'évaluation approfondie des travaux du secrétariat de la Commission en matière de formation et d'assistance technique	92-96
XII.	État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI	97-99
XIII.	Résolutions pertinentes de l'Assemblée générale	100-102

A. Résolutions 58/75 et 58/76 100
B. Résolution 58/270 101-102
XIV. Coordination et coopération. Suite donnée à l'évaluation approfondie des travaux du secrétariat de la Commission en matière de coordination et de coopération 103-115
A. Coordination des travaux dans le domaine des sûretés réelles 103-107
B. Colloque international sur la fraude commerciale 108-112
C. Suite donnée à la résolution 58/75 de l'Assemblée générale et au rapport du Bureau des services de contrôle interne 113-115
XV. Questions diverses 116-131
A. Partenariats entre l'Organisation des Nations Unies et les acteurs non étatiques, en particulier le secteur privé 116-117
B. Concours d'arbitrage international Willem C. Vis 118
C. Site Web de la CNUDCI 119
D. Bibliographie 120
E. Limitation de la documentation 121-128
F. Comptes rendus analytique 129-130
G. Projet de cadre stratégique proposé pour l'exercice biennal 2006-2007 131
XVI. Date et lieu des réunions futures 132-137
A. Débat général sur la durée des sessions 132-134
B. Trente-huitième session de la Commission 135
C. Sessions des groupes de travail avant la trente-huitième session de la Commission 136
D. Sessions des groupes de travail en 2005 après la trente-huitième session de la Commission 137

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-septième session, tenue à New York du 14 au 25 juin 2004.

2. Conformément à la résolution 2205 (XXI) adoptée le 17 décembre 1966, par l'Assemblée générale, ce rapport est présenté à cette dernière 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 trente-septième session de la Commission a été ouverte le 14 juin 2004.

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 puis, par sa résolution 57/20 du 19 novembre 2002, de 36 à 60 États. Les membres actuels de la Commission, élus le 16 octobre 2000 et le 17 novembre 2003, 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]: Afrique du Sud (2007), Algérie (2010), Allemagne (2007), Argentine (2007), Australie (2010), Autriche (2010), Bélarus (2010), Belgique (2007), Bénin (2007), Brésil (2007), Cameroun (2007), Canada (2007), Chili (2007), Chine (2007), Colombie (2010), Croatie (2007), Équateur (2010), Espagne (2010), États-Unis d'Amérique (2010), ex-République yougoslave de Macédoine (2007), Fédération de Russie (2007), Fidji (2010), France (2007), Gabon (2010), Guatemala (2010), Inde (2010), Iran (République islamique d') (2010), Israël (2010), Italie (2010), Japon (2007), Jordanie (2007), Kenya (2010), Liban (2010), Lituanie (2007), Madagascar (2010), Maroc (2007), Mexique (2007), Mongolie (2010), Nigéria (2010), Ouganda (2010), Pakistan (2010), Paraguay (2010), Pologne (2010), Qatar (2007), République de Corée (2007), République tchèque (2010), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2007), Rwanda (2007), Serbie-et-Monténégro (2010), Sierra Leone (2007), Singapour (2007), Sri Lanka (2007), Suède (2007), Suisse (2010), Thaïlande (2010), Tunisie (2007), Turquie (2007), Uruguay (2007), Venezuela (2010) et Zimbabwe (2010).

5. À l'exception de l'Afrique du Sud, de l'Argentine, du Bénin, de l'Équateur, de l'ex-République yougoslave de Macédoine, de Fidji, du Gabon, d'Israël, du Liban, du Paraguay, de la Pologne, de l'Uruguay et du Zimbabwe, tous les membres de la Commission étaient représentés à la session.

6. Ont assisté à la session les observateurs des États suivants: Arabie saoudite, Bolivie, Cambodge, Danemark, Grèce, Indonésie, Jamahiriya arabe libyenne, Koweït, Philippines, Saint-Siège, Slovaquie, Ukraine et Viet Nam.

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

---

[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, 17 ont été élus par l'Assemblée à sa cinquante-cinquième session, le 16 octobre 2000 (décision 55/308) et 43 à sa cinquante-huitième session, le 17 novembre 2003 (décision 58/407). Par sa résolution 31/99, 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 de la Commission suivant leur élection.

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale, Fonds monétaire international et Organisation mondiale de la propriété intellectuelle;

b) *Organisations intergouvernementales*: Comité consultatif juridique afro-asiatique, Comité consultatif international du coton et Communauté européenne;

c) *Organisations non gouvernementales invitées par la Commission*: American Bar Association, American Bar Foundation, Association internationale du barreau, Center for International Legal Studies, Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, Forum for International Commercial Arbitration, Global Center for Dispute Resolution Research, Groupe de réflexion sur l'insolvabilité et sa prévention, Institute of International Banking Law and Practice, INSOL International, International Insolvency Institute, International Law Institute, Union arabe de l'arbitrage international et Union internationale des avocats.

8. La Commission s'est félicitée de la participation d'organisations internationales non gouvernementales ayant 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 (voir aussi par. 114, 116 et 117 ci-dessous).

C. Élection du Bureau

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

Président:	Wisit Wisitsora-At (Thaïlande)
Vice-Présidents:	Ricardo Sandoval López (Chili)
	Petar Šarčević (Croatie)
	Simon Onekutu (Nigéria)
Rapporteur:	David Morán Bovio (Espagne)

D. Ordre du jour

10. L'ordre du jour de la session, tel qu'adopté par la Commission à sa 776e séance, le 14 juin 2004, 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 guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité.
5. Arbitrage. Rapport d'activité du Groupe de travail II.
6. Droit des transports. Rapport d'activité du Groupe de travail III.
7. Commerce électronique. Rapport d'activité du Groupe de travail IV.

8. Sûretés. Rapport d'activité du Groupe de travail VI.

9. Travaux futurs possibles dans le domaine des marchés publics.

10. Suivi de l'application de la Convention de New York de 1958.

11. Jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI, recueils analytiques de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes et autres textes uniformes.

12. Formation et assistance technique. Suite donnée à l'évaluation approfondie des travaux du secrétariat de la Commission en matière de formation et d'assistance technique.

13. État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI.

14. Résolutions pertinentes de l'Assemblée générale.

15. Coordination et coopération. Suite donnée à l'évaluation approfondie des travaux du secrétariat de la Commission en matière de coordination et de coopération.

16. Questions diverses.

17. Date et lieu des réunions futures.

18. Adoption du rapport de la Commission.

E. Adoption du rapport

11. À ses 787e, 792e et 793e séances, les 21 et 25 juin 2004, la Commission a adopté le présent rapport par consensus.

III. Finalisation et adoption du projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité

Première partie. Établir les principaux objectifs et la structure d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective

12. La Commission a examiné les recommandations et commentaires (A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I)), les révisions qu'il est proposé d'apporter aux recommandations (A/CN.9/559/Add.1) et les révisions qu'il est proposé d'apporter aux commentaires (A/CN.9/559/Add.2).

13. La Commission a approuvé sur le fond la première partie du projet de guide, y compris les modifications proposées (A/CN.9/559/Add.1 et 2), avec les révisions ci-après:

a) À la dernière phrase du paragraphe 4 du document A/CN.9/559/Add.2, supprimer les mots "autres que judiciaires";

b) À la fin du paragraphe 9 du document A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I), ajouter une phrase qui pourrait être libellée comme suit: "Dans la mesure où il est exclu du champ d'application d'un tel mécanisme juridique, le débiteur, et par voie

de conséquence ses créanciers, ne seront pas soumis à la discipline dudit mécanisme, et ne bénéficieront pas des protections qu'il offre";

c) Modifier comme suit la dernière phrase du paragraphe 21 du document A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I): "limiter au minimum les cas dans lesquels la priorité est accordée à des créances qui ne sont pas fondées sur des accords commerciaux", pour répondre à une préoccupation selon laquelle la dernière phrase, telle que rédigée, ne rendait pas compte de l'importance réelle à accorder dans la loi aux considérations politiques et sociales, et devrait être modifiée;

d) Au début du paragraphe 75 du document A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I), après les mots "la loi sur l'insolvabilité peut", ajouter un membre de phrase qui pourrait être libellé comme suit: "assigner des fonctions spécifiques à d'autres participants, tels que le représentant de l'insolvabilité et les créanciers, ou à une autre autorité, telle qu'un organisme de réglementation de l'insolvabilité ou des entreprises";

e) Ajouter, à la fin de la première partie, un bref résumé général des travaux entrepris par les organisations internationales pour renforcer l'infrastructure institutionnelle, ainsi que l'a demandé le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trentième session (voir A/CN.9/551, par. 115).

14. On a exprimé la crainte de voir interpréter la dernière phrase du paragraphe 41 du document A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I) comme signifiant qu'un accord de cession de rang conclu avant l'insolvabilité ne soit nul une fois la procédure d'insolvabilité ouverte. La Commission a noté que les groupes de travail V et VI étaient convenus (voir A/CN.9/550, par. 20) que, à titre de règle générale, les accords de cession de rang devraient être respectés dans la procédure d'insolvabilité, mais que les parties ne pouvaient octroyer un rang plus élevé que celui qui était prévu par ladite procédure. Il a été noté aussi que la teneur de cette conclusion devait être reflétée à la section B du chapitre V de la deuxième partie du projet de guide traitant des priorités et il a été convenu d'ajouter une note appropriée au paragraphe 41.

Deuxième partie. Dispositions essentielles d'une loi efficace et effective sur l'insolvabilité

15. La Commission a examiné les recommandations et commentaires (A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part II)) ainsi que les modifications qu'il est proposé d'y apporter (A/CN.9/559/Add.1 à 3).

16. La Commission a approuvé sur le fond la section A du chapitre premier intitulée "Admissibilité et compétence", y compris les modifications proposées (A/CN.9/559/Add.1), et est convenue que la note de bas de page relative au paragraphe 87 du document A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part II), à condition d'être modifiée comme il se doit, devrait être maintenue pour expliquer la portée du terme "activités économiques" tel qu'il est employé dans le projet de guide.

17. La Commission a approuvé sur le fond la section B du chapitre premier intitulée "Ouverture de la procédure", y compris les modifications proposées (A/CN.9/559/Add.1), et est convenue que le commentaire devrait indiquer clairement que l'alinéa b) de la recommandation 13, tel que modifié, indiquait les

principales possibilités ouvertes au débiteur, mais ne prétendait pas à l'exhaustivité. La Commission a approuvé l'ajout, à la fin du paragraphe 143 du document A/CN.9/WG.V/WP.70, d'une phrase qui pourrait être rédigée comme suit: "Les créanciers autres que ceux qui demandent l'ouverture de la procédure peuvent avoir un intérêt direct à être avisés de l'ouverture de cette procédure."

18. La Commission a approuvé sur le fond la section C du chapitre premier intitulée "Loi applicable régissant la procédure d'insolvabilité", y compris les modifications proposées (A/CN.9/559/Add.1), et a noté que le Groupe de travail V était convenu de déplacer la recommandation 179, précédemment incluse dans le chapitre sur la loi applicable, à la première partie du projet de guide et de remplacer les mots "loi générale" par les mots "loi autre que la loi sur l'insolvabilité", pour que la terminologie soit cohérente dans l'ensemble du projet de guide.

19. La Commission a approuvé sur le fond la section A du chapitre II intitulée "Actifs constituant la masse de l'insolvabilité", y compris les modifications proposées (A/CN.9/559/Add.1).

20. La Commission a approuvé sur le fond la section B du chapitre II, intitulée "Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité", y compris les modifications proposées (A/CN.9/559/Add.1), avec les révisions suivantes:

a) Modifier l'intitulé de la recommandation 31 de sorte qu'il reflète plus exactement le contenu de cette recommandation;

b) Réviser la recommandation 33 pour y prévoir la fin des mesures provisoires lorsque celles-ci ont été contestées avec succès conformément à la recommandation 31;

c) Intervertir les recommandations 38 et 39;

d) Conserver, sans les crochets, les adjonctions proposées à l'alinéa d) de la recommandation 27 et dans la recommandation 38;

e) Ajouter, à la fin du paragraphe 215, une phrase qui pourrait être rédigée comme suit: "Cette technique permet d'éviter certaines des difficultés liées à l'évaluation constante des actifs grevés qui peut être nécessaire dans la première solution décrite plus haut".

21. En réponse à l'avis selon lequel l'alinéa b) de la recommandation 34, tel que révisé (A/CN.9/559/Add.1), ne devrait pas avoir pour effet d'empêcher la réalisation d'une sûreté réelle dans le cadre d'une liquidation, on a fait observer que ce problème pourrait être traité dans la recommandation 35, qui prévoyait d'éventuelles exceptions à l'application de l'arrêt des poursuites.

22. La Commission a approuvé sur le fond la section C du chapitre II, intitulée "Utilisation et disposition des actifs", y compris les modifications proposées (A/CN.9/559/Add.1), avec les révisions suivantes:

a) Supprimer les mots "et d'actifs appartenant à un tiers" de l'alinéa a) de la clause relative à l'objet (voir A/CN.9/559/Add.1) et insérer un nouvel alinéa qui pourrait être libellé comme suit: "d'autoriser l'utilisation d'actifs appartenant à un tiers et de spécifier les conditions de cette utilisation";

b) Conserver tous les passages figurant entre crochets à l'alinéa b) de la recommandation 40B et supprimer les crochets;

c) Conserver les mots “utiliser” et “disposer” dans la recommandation 43A et préciser dans le commentaire que le créancier garanti visé à l’alinéa a) doit avoir une sûreté réelle sur le produit en espèces;

d) Ajouter, avant la dernière phrase du paragraphe 234, une phrase qui pourrait être libellée comme suit: “Lorsqu’un représentant de l’insolvabilité renonce à un actif en faveur d’un créancier garanti, la loi sur l’insolvabilité pourrait prévoir que la valeur de cet actif est retranchée de la créance du créancier garanti.”

23. On a exprimé la crainte que l’obligation énoncée dans la recommandation 41 d’adresser une notification à tous les créanciers ne s’avère trop lourde. La Commission a noté que, d’après la recommandation 117, une loi sur l’insolvabilité pourrait conférer un rôle au comité des créanciers dans la vente de certains actifs. Il a été convenu que, dans un tel cas, l’envoi d’un avis au comité des créanciers satisferait à l’exigence de notification posée par la recommandation 41 et que ce point devrait être précisé dans le commentaire de la section C. Il a également été convenu de remplacer, dans la recommandation 117, les mots “vente d’actifs importants” par “vente en dehors du cours normal des affaires”.

24. La Commission a approuvé sur le fond la section D du chapitre II, intitulée “Financement postérieur à l’ouverture de la procédure”, y compris les modifications proposées (A/CN.9/559/Add.1 et 2), avec les révisions suivantes:

a) Modifier la dernière phrase de la recommandation 49 pour y indiquer que la loi sur l’insolvabilité pourrait exiger que le tribunal autorise ou que les créanciers (ou le comité des créanciers) approuvent l’obtention d’un financement après l’ouverture de la procédure;

b) Ajouter, à la fin du paragraphe 243, une phrase qui pourrait être libellée comme suit: “Ce risque doit être mis en balance avec la perspective pour ces créanciers de tirer parti de la préservation de la valeur d’exploitation grâce à la poursuite de l’activité de l’entreprise”.

25. La Commission a approuvé sur le fond la section E du chapitre II, intitulée “Traitement des contrats”, y compris les modifications proposées (A/CN.9/559/Add.1), avec les révisions suivantes:

a) Mentionner les clauses de déchéance du terme dans la recommandation 56 et dans les paragraphes correspondants du commentaire;

b) Conserver, sans les crochets, les mots “à être entendu par le tribunal” dans la recommandation 62;

c) Conserver, sans les crochets, le chapeau de la recommandation 66;

d) Conserver, sans les crochets, les mots “au prix contractuel de l’exécution” à l’alinéa a) de la recommandation 66 et supprimer les mots “aux coûts, prévus au contrat, des avantages tirés par la masse”;

e) Supprimer le texte entre crochets à l’alinéa d) de la recommandation 70.

26. En réponse à l’opinion selon laquelle la recommandation 56 ne correspondait pas à la solution adoptée dans de nombreux pays pour les clauses de résiliation automatique, il a été rappelé que le Groupe de travail avait décidé de souligner l’importance de l’annulation de ces clauses pour protéger la valeur de la masse de l’insolvabilité et assurer la continuation des contrats en vue du redressement. Il a été

noté que de plus amples explications pourraient être insérées dans le commentaire à propos de la réparation d'un manquement visée à la recommandation 65.

27. La Commission a approuvé sur le fond la section F du chapitre II, intitulée "Procédure d'annulation", y compris les modifications proposées (A/CN.9/559/Add.1), avec les révisions suivantes:

a) Conserver la référence aux "créanciers potentiels" à l'alinéa a) de la recommandation 73 et au paragraphe 314;

b) Supprimer la première partie de la recommandation 80 jusqu'aux mots "masse de l'insolvabilité" inclus;

c) Supprimer la deuxième phrase de la recommandation 82 après les mots "procédures d'insolvabilité", au motif que toute opération conclue avant l'ouverture pourrait être assimilée à une préférence et qu'une opération conclue dans le cadre d'un redressement ayant précédé une liquidation serait une opération conclue après l'ouverture et ne serait pas, par conséquent, soumise à la période suspecte;

d) À la deuxième phrase de la recommandation 83, remplacer les termes "le tribunal" par "la loi sur l'insolvabilité";

e) À la fin du paragraphe 334, ajouter un texte qui pourrait être libellé comme suit: "À l'exception des opérations supposant une conduite illicite, il est hautement souhaitable par conséquent que les périodes suspectes soient raisonnablement brèves, de manière à assurer la certitude commerciale et à réduire tout effet négatif que les dispositions d'annulation auront sur la disponibilité et le coût du crédit";

f) Au paragraphe 341, insérer une référence à la nécessité d'ouvrir la procédure d'annulation dans un délai relativement court pour éviter toute incertitude et tout retard.

28. La Commission a approuvé sur le fond la section G du chapitre II, intitulée "Droits de compensation".

29. La Commission a approuvé sur le fond la section H du chapitre II, intitulée "Contrats financiers et compensation globale", y compris les modifications proposées (A/CN.9/559/Add.1), avec les révisions suivantes:

a) Ajouter à la fin du paragraphe 360 la phrase suivante: "Les exceptions concernant les contrats financiers devraient être suffisamment larges pour protéger les intérêts importants des parties qui réalisent des opérations sur contrats financiers et pour prévenir le risque systémique";

b) Insérer, dans la première phrase de la clause relative à l'objet, les mots "sur les marchés financiers" après "dans le contexte des opérations financières".

30. La Commission a approuvé sur le fond la section A du chapitre III, intitulée "Débiteur", y compris les modifications proposées (A/CN.9/559/Add.1), avec les révisions suivantes:

a) Supprimer les crochets du texte de la recommandation 96;

b) Modifier comme suit, par exemple, la recommandation 97A: "Lorsque le débiteur est un débiteur non dessaisi, la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les fonctions du représentant de l'insolvabilité qui peuvent être exercées par le débiteur

non dessaisi", afin d'éviter de déduire que le débiteur non dessaisi doit avoir tous les pouvoirs d'un représentant de l'insolvabilité;

c) À la fin du paragraphe 376, ajouter une phrase qui pourrait être libellée comme suit: "Lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit qu'un débiteur garde le contrôle de son entreprise, il est souhaitable qu'elle spécifie les pouvoirs et les fonctions d'un représentant de l'insolvabilité qui peuvent être exercés par ce débiteur non dessaisi";

d) À la première phrase du paragraphe 387, ajouter une référence aux secrets professionnels.

31. La Commission a approuvé sur le fond la section B du chapitre III, intitulée "Représentant de l'insolvabilité", y compris les modifications proposées (A/CN.9/559/Add.1), avec les révisions suivantes:

a) À la fin de l'alinéa b) de la recommandation 100, ajouter un texte qui pourrait être libellé comme suit: "ou par une personne employée par le représentant de l'insolvabilité lorsque le conflit d'intérêts ou les circonstances pouvant entraîner un tel conflit ou une atteinte à son indépendance surviennent pendant la procédure d'insolvabilité";

b) Supprimer les crochets du texte de la recommandation 104;

c) Au paragraphe 402, ajouter à la deuxième phrase les mots "d'avoir été vérificateur des comptes du débiteur" et, à la fin de l'avant-dernière phrase, les mots "et notamment les relations qui empêcheront une personne d'être nommée".

32. La Commission a approuvé sur le fond la section C du chapitre III, intitulée "Participation des créanciers à la procédure d'insolvabilité", y compris les modifications proposées (A/CN.9/559/Add.1), avec les révisions suivantes:

a) Dans la recommandation 112, supprimer les crochets du texte proposé afin de souligner qu'il est important que la loi sur l'insolvabilité spécifie les questions devant être discutées lors de la première réunion des créanciers, supprimer le mot "certaines", et mettre comme il convient l'accent dans le commentaire sur la nécessité de spécifier dans la loi sur l'insolvabilité les questions devant être discutées;

b) Dans la deuxième phrase de la recommandation 112, supprimer les mots "de l'ensemble", et remplacer les mots "d'une" par "de tout autre" avant "réunion des créanciers";

c) Compte tenu de la discussion sur la recommandation 41 concernant l'utilisation et la disposition des actifs, supprimer le texte qui suit les mots "plan de redressement" à l'alinéa b) de la recommandation 117, et insérer un nouvel alinéa qui pourrait être rédigé comme suit: "recevoir notification des questions intéressant les créanciers de leur catégorie et être consulté sur ces questions, notamment la vente d'actifs en dehors du cours normal des affaires";

d) Dans la première phrase du paragraphe 443, ajouter les mots "ou une autre forme de représentation des créanciers" après "comité des créanciers" et, dans la troisième phrase du paragraphe 469, insérer les mots "ou encore en tirant profit d'informations confidentielles qu'ils ont reçues en tant que membres du comité" après "sans autorisation préalable du tribunal".

33. La Commission a noté que le secrétariat, dans un souci de simplification, avait révisé le commentaire sur les degrés de participation et les fonctions des créanciers.

34. La Commission a approuvé sur le fond la section D du chapitre III, intitulée “Droit des parties intéressées d’être entendues et de faire appel”.

35. La Commission est convenue qu’il pourrait être utile d’inclure, en annexe au projet de guide, une liste ou un index des recommandations et des paragraphes consacrés au traitement des sûretés réelles dans le cadre de l’insolvabilité, en se fondant sur le document A/CN.9/WG.V/WP.71.

36. La Commission a approuvé sur le fond la section A du chapitre IV, intitulée “Redressement”, y compris les modifications proposées (A/CN.9/559/Add.3), avec les révisions suivantes:

a) À la recommandation 126, supprimer de la première phrase les mots entre “soumis” et “voter sur son approbation]”, de manière à faire porter l’accent de la recommandation sur l’élaboration de la note d’information et, dans la deuxième phrase, ajouter les mots “d’information” après “note”;

b) À la recommandation 127, supprimer la fin de la phrase après le mot “actionnaires”, pour faire en sorte que le plan et la note d’information ne soient pas communiqués seulement à ceux qui peuvent être habilités à voter sur l’approbation du plan ou à ceux dont les droits sont concernés ou modifiés par le plan;

c) À la recommandation 128, aux alinéas a) et b), supprimer les crochets et conserver le texte; supprimer l’alinéa c) et la note de bas de page 91a qui s’y rapporte; et supprimer les crochets et conserver le texte de l’alinéa f). Il a été noté que le traitement des actifs du débiteur dans le plan relèverait de l’alinéa d) de la recommandation 128;

d) À la recommandation 129, à l’alinéa a), supprimer les crochets et conserver le texte en le modifiant, par exemple en employant les mots “résumé” ou “description du plan”; à l’alinéa c), supprimer l’exemple donné entre parenthèses; supprimer les crochets et conserver le deuxième texte placé entre crochets à l’alinéa f) concernant des dispositions adéquates pour que les obligations du débiteur soient satisfaites;

e) À la recommandation 130, inclure les actionnaires dans le champ d’application de la recommandation;

f) Aux recommandations 130A à D, conserver les recommandations et supprimer les crochets;

g) À la recommandation 130A, inclure les actionnaires dans le champ d’application de la recommandation, ajouter les mots “ou concernés” après “modifiés”, et supprimer les crochets et conserver le texte “la possibilité de voter”;

h) À la recommandation 130B, inclure les actionnaires dans le champ d’application de la recommandation et remplacer le mot “lésés” par “concernés”;

i) À la recommandation 130C, modifier le texte comme suit: “La loi sur l’insolvabilité devrait spécifier que les créanciers habilités à voter sur l’approbation du plan devraient être rangés séparément selon leur droits respectifs et que chaque catégorie devrait voter séparément”;

j) À la recommandation 130D, inclure les actionnaires dans le champ d'application de la recommandation, et conserver les mots "le même traitement" sans les crochets;

k) À la recommandation 133, dans la première phrase, supprimer le texte entre crochets concernant la modification des droits, et, dans la deuxième phrase, supprimer les crochets et conserver le texte concernant les solutions possibles pour l'approbation et spécifiant un critère minimum pour l'approbation;

l) À la recommandation 134, supprimer le premier texte entre crochets concernant la modification des droits, et supprimer les crochets et conserver la référence aux alinéas a) à e) de la recommandation 138;

m) À la recommandation 138, supprimer les crochets et conserver le texte de l'alinéa a) relatif aux approbations requises, supprimer, à l'alinéa b), les crochets et conserver le texte indiquant que les créanciers recevront "au moins autant dans le cadre du plan", remplacer, à l'alinéa c), "contraire à la loi" par "contraire au droit", et modifier l'alinéa e) comme suit: "Sauf dans la mesure où les catégories concernées de créanciers en sont convenues autrement, si une catégorie de créanciers a voté contre le plan, elle se verra reconnaître pleinement par celui-ci le rang que la loi sur l'insolvabilité lui accorde et la part qui lui revient en vertu du plan devrait être conforme à ce rang";

n) À la recommandation 142, supprimer les crochets et conserver le texte relatif au moment auquel le plan peut être modifié;

o) À la recommandation 143, supprimer le texte entre crochets au début de la deuxième phrase, supprimer le texte entre crochets et conserver les deux références aux parties "concernées par les modifications" à la deuxième phrase;

p) À la recommandation 145, supprimer l'alinéa b) au motif qu'il pourrait être interprété comme donnant à certaines parties de larges pouvoirs de présenter une demande de conversion sans cause, à l'alinéa f) supprimer les crochets et conserver la référence à la violation "par le débiteur" et remplacer les derniers mots par "ou l'incapacité d'exécuter le plan". Une proposition tendant à ajouter à l'alinéa f) de la recommandation 145 une phrase aux termes de laquelle le tribunal devrait d'abord examiner la possibilité de modifier le plan de redressement avant de le convertir en procédure de liquidation n'a pas obtenu un appui suffisant.

37. Il a été proposé d'inclure une recommandation aux termes de laquelle "La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que toute catégorie de créanciers ou d'actionnaires qui ne recevrait rien lors de la répartition en vertu du plan serait réputée avoir rejeté le plan", afin de réduire les coûts et les retards dans les demandes d'approbation du plan et d'invoquer les protections applicables en vertu de la loi sur l'insolvabilité aux créanciers votant contre le plan. Cette proposition n'a pas été appuyée au motif que les créanciers ne devraient pas être privés de leur droit de vote et que le fait de considérer qu'ils ont voté contre le plan pourrait les exposer à d'autres obligations.

38. La Commission a approuvé sur le fond la section B du chapitre IV intitulée "Procédure de redressement accélérée", y compris les modifications proposées (A/CN.9/559/Add.3), avec les révisions suivantes:

a) À la recommandation 146, modifier l'alinéa a) pour faire en sorte qu'un débiteur puisse demander une procédure accélérée, non seulement quand il est habilité à faire une demande de redressement en vertu de la recommandation 9, mais aussi quand il peut satisfaire au critère d'ouverture prévu dans la recommandation 146, en insérant les mots "n'est pas ou" avant "ne sera probablement pas"; supprimer les mots "et chaque créancier concerné n'appartenant à aucune catégorie votante" de l'alinéa b); et ajouter une recommandation 146A, qui pourrait être libellée comme suit:

"La loi sur l'insolvabilité peut spécifier en outre qu'une procédure accélérée peut être ouverte à la demande de tout débiteur si:

a) Le passif du débiteur dépasse ou dépassera probablement son actif; et

b) Les conditions énoncées aux alinéas b) et c) de la recommandation 146 sont satisfaites."

b) À la recommandation 147, à l'alinéa c), remplacer la référence aux "créanciers privilégiés" par "créanciers non concernés"; supprimer le membre de phrase "tels que les autorités fiscales, les organismes de sécurité sociale ou les salariés"; supprimer les crochets et conserver la première variante du texte pour exiger l'accord des créanciers non concernés pour toute modification de leurs droits;

c) S'agissant de la recommandation 149, il a été noté que les premiers mots de l'alinéa b) étaient nécessaires pour permettre au tribunal d'appliquer les effets de l'ouverture à d'autres créanciers qu'aux seuls créanciers concernés, par exemple lorsqu'il est nécessaire d'appliquer des mesures à d'autres créanciers afin de protéger la masse de l'insolvabilité;

d) À la recommandation 150, supprimer les crochets et conserver la référence aux créanciers "concernés" et supprimer, à la fin de la première phrase du chapeau, le terme "par les moyens existants";

e) À la recommandation 151, aligner l'alinéa c) sur les modifications convenues pour l'alinéa correspondant de la recommandation 147.

39. La Commission a convenu de modifier la recommandation 153 à peu près comme suit: "La loi sur l'insolvabilité peut spécifier qu'en cas de violation substantielle des stipulations du plan par le débiteur ou en cas d'incapacité d'exécuter le plan, le tribunal peut clore la procédure judiciaire et les parties intéressées peuvent exercer leurs prérogatives conformément au droit". Il a également été convenu que ce texte devrait faire l'objet d'une nouvelle recommandation qui serait placée après la recommandation 145, étant donné que, dans certaines situations, il conviendrait de clore la procédure plutôt que de la convertir en liquidation.

40. La Commission a approuvé sur le fond la section A du chapitre V, intitulée "Le traitement des créances", y compris les modifications proposées (A/CN.9/559/Add.1), avec les révisions suivantes:

a) Dans la recommandation 162, supprimer les crochets et les mots "de rejet" à la fin de la deuxième phrase;

b) Dans la recommandation 163, supprimer les crochets ainsi que les mots “de rejet”;

c) Dans la recommandation 169, remplacer le mot “party” par “person” dans la version anglaise et, à l’alinéa b) de cette même recommandation, remplacer le mot “limité” par “réduit”, pour reprendre les termes du paragraphe 610 du commentaire;

d) Au paragraphe 571, modifier les troisième, quatrième et cinquième phrases à peu près comme suit:

> “Les lois sur l’insolvabilité adoptent différentes solutions pour les créances exclues. Dans certaines, les créanciers concernés ne peuvent pas participer à la procédure et ne disposent d’aucun moyen pour recouvrer leur créance auprès du débiteur, celle-ci étant de fait éteinte. Dans d’autres, en revanche, les autres voies de recouvrement sont préservées et les créanciers peuvent tenter d’obtenir le remboursement de leur créance en dehors de la procédure d’insolvabilité;”

e) Dans la première phrase du paragraphe 586, remplacer “des créances non déclarées” par “des créances soumises à déclaration qui ne sont pas déclarées”.

41. En réponse à la question de savoir si la recommandation 155 engloberait également les créances non monétaires, il a été fait observer que cette recommandation, telle que rédigée, avait pour objet d’insister sur la nécessité pour la loi sur l’insolvabilité d’indiquer précisément les types de créances soumises à déclaration et de donner quelques exemples. L’intention n’était donc pas de laisser entendre que les créances non monétaires ne pouvaient pas être déclarées. Il a été noté que ce point pourrait être clarifié dans le commentaire.

42. La Commission a approuvé sur le fond la section B du chapitre V, intitulée “Priorités et répartition du produit”, y compris les modifications proposées (A/CN.9/559/Add.1), avec les révisions suivantes:

a) Modifier l’intitulé de la recommandation 174 comme suit: “Classement des créances autres que garanties”;

b) Supprimer la deuxième phrase de la note de bas de page 112, la question étant suffisamment traitée au paragraphe 633 du commentaire;

c) Au paragraphe 617, après les mots “loi applicable”, ajouter un libellé du type: “(qui peut prévoir le déclassement de certains types de créances, par exemple, celles des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur)”;

d) Ajouter, à la fin du paragraphe 621, une phrase qui pourrait être libellée comme suit: “Le principe général de la reconnaissance des priorités antérieures à l’ouverture de la procédure devrait être interprété comme s’appliquant également aux priorités découlant d’un accord de cession de rang, à condition que l’accord des parties n’octroie pas un rang supérieur à celui qui serait normalement accordé par la loi applicable ”;

e) Au paragraphe 631, insérer après “obligations internationales” les mots “découlant de traités” et ajouter après “traités” le membre de phrase suivant: “telles que celles applicables aux créances salariales, qui sont examinées plus en détail ci-dessous”;

f) Au paragraphe 633, mettre un point, dans la première phrase, après les mots “catégorie de créances prioritaires” et modifier les deux phrases suivantes à peu près comme suit: “Dans un certain nombre de cas, ces créances priment d’autres créances prioritaires et, en particulier, les créances des autorités fiscales et des organismes de sécurité sociale, et, dans quelques cas, les créances garanties (voir par. 625 et suivants). L’approche consistant à donner la priorité aux créances salariales est généralement conforme à la protection spéciale accordée aux salariés dans d’autres domaines du droit de l’insolvabilité (voir chap. III. D.6) ainsi qu’aux principes des traités internationaux relatifs à la protection des travailleurs[111].”;

g) Dans la deuxième phrase du paragraphe 634, après les mots “fonds de garantie des salaires”, ajouter le texte ci-après “ou d’un système d’assurance ayant une source de financement distinct pour assurer le règlement des créances salariales”.

43. La Commission a approuvé sur le fond la section C du chapitre V, intitulée “Traitement des groupes de sociétés en cas d’insolvabilité”.

44. La Commission a approuvé sur le fond la section A du chapitre VI, intitulée “Décharge”, y compris les modifications proposées (A/CN.9/559/Add.1), avec les révisions suivantes:

a) Modifier l’intitulé de la recommandation 184 comme suit: “Décharge d’un débiteur personne physique dans la procédure de liquidation”;

b) Placer la deuxième phrase de la recommandation 185 dans une nouvelle recommandation et en modifier le libellé à peu près comme suit: “Lorsque la loi sur l’insolvabilité prévoit que la décharge du débiteur peut être soumise à certaines conditions, celles-ci devraient être limitées au minimum pour aider le débiteur à prendre un nouveau départ et être indiquées clairement dans la loi sur l’insolvabilité”;

c) Intervertir les paragraphes 653 et 654, insérer l’intitulé “a) Lorsque le débiteur est une personne morale” avant le paragraphe 654 et l’intitulé “b) Lorsque le débiteur est une personne physique” avant le paragraphe 653, et ajouter au paragraphe 653 une troisième phrase qui pourrait être rédigée comme suit: “Il est à noter que la décharge d’un débiteur personne physique est généralement sans incidence sur les engagements d’un tiers ayant garanti les obligations de ce débiteur”.

45. La Commission a approuvé sur le fond la section B du chapitre VI, intitulée “Clôture de la procédure”, y compris les modifications proposées (A/CN.9/559/Add.1), avec les révisions suivantes:

a) Intervertir les recommandations 186 et 187 pour faire ressortir l’importance que le projet de guide accorde au redressement;

b) Mettre un point après les mots “clore la procédure de redressement” et supprimer le reste de la recommandation 187;

c) Ajouter au paragraphe 667 une deuxième phrase qui pourrait être libellée comme suit: “Il est souhaitable que la loi sur l’insolvabilité spécifie quelle partie peut demander la clôture de la procédure, si cette demande ainsi que la décision de clore la procédure doivent être publiées et si les créanciers peuvent être entendus à propos de la demande”.

46. Les recommandations qui ne sont pas expressément mentionnées dans le présent rapport ont été approuvées par la Commission sans modification.

47. La Commission a approuvé les termes du glossaire figurant dans le document A/CN.9/551 et dont le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) n'avait pas arrêté la définition à sa trentième session, comme suit:

a) "Créancier", "débiteur non dessaisi", "cours normal des affaires", "traitement préférentiel" et "personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur", sans modification;

b) "Créance", en remplaçant les mots "d'une autre obligation juridique" par "d'un autre type d'obligation juridique" et en conservant le mot "actifs" dans la note sans les crochets;

c) "Ouverture de la procédure", en supprimant les mots "événement déterminant la";

d) "Compensation globale", en supprimant l'adjectif "réciproques" et en conservant les mots "en vertu de" sans les crochets;

e) "Priorité", en remplaçant le mot "personne" par "créance";

f) "Créance garantie", en supprimant les mots figurant après "en cas de défaut de paiement du débiteur";

g) "Créancier garanti", en modifiant la définition de la manière suivante "Créancier détenant une créance garantie";

h) "Sûreté réelle", en modifiant la définition de la manière suivante "Droit sur un actif garantissant le paiement ou autre exécution d'une ou de plusieurs obligations";

i) "Négociations volontaires de restructuration", en remplaçant les mots "aboutissant à" par "visant à";

j) Suppression du terme "transfert frauduleux".

48. La Commission a approuvé les termes du glossaire figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I) et que le Groupe de travail V n'avait pas examinés à sa trentième session, comme suit:

a) "Redressement", "cession en vue de la poursuite de l'activité" et "période suspecte", sans modification;

b) "Plan de redressement", en supprimant les deuxième et troisième phrases;

c) "Compensation", en supprimant la deuxième phrase et en remplaçant le mot "(contrebalancée)", dans la première phrase, par un texte du type "annulée partiellement ou totalement";

d) "Arrêt des poursuites", en remplaçant le mot "perfection" dans la version anglaise par "actions to make a security interest effective against third parties";

e) "Créancier chirographaire", en modifiant la définition de la manière suivante "Créancier qui ne détient pas de sûreté réelle" et en supprimant le reste de la définition; et

f) Suppression des termes “réserve de propriété”, “passif garanti”, “entreprise publique”, “superprivilège” et “passif non garanti”.

49. La Commission a approuvé les termes a) à i), k) à w) et y) sans modification. Le mot “obtenu” a été supprimé de la définition du terme j) “actif grevé”; les mots “d’un acte ou d’une omission survenant” ont été supprimés de la définition du terme x) “créance postérieure à l’ouverture de la procédure”; la définition du terme z) “protection de la valeur” a été modifiée pour être alignée sur le libellé de la recommandation 39 et pour faire référence aux actifs appartenant à des tiers, en remplaçant “d’une sûreté réelle” par “des actifs grevés et des actifs appartenant à des tiers”.

50. La Commission a approuvé les ajouts et révisions suivants au commentaire du projet du guide afin de tenir compte de ses délibérations et décisions sur les recommandations:

a) Dans la première partie du projet de guide, ajouter deux notes sur l’interprétation de manière que:

i) Les références aux “personnes” soient interprétées comme comprenant les personnes physiques et les personnes morales, sauf indication contraire;

ii) Le terme “créancier” soit interprété comme comprenant les créanciers de l’État du for et les créanciers étrangers, sauf indication contraire;

b) Ajouter au glossaire le terme “tribunal”, avec la définition suivante: “Une autorité judiciaire ou autre compétente pour contrôler ou superviser une procédure d’insolvabilité”;

c) Ajouter une note de bas de page relative au paragraphe 41, renvoyant au paragraphe 621 sur le traitement des accords de cession de rang dans le cadre de l’insolvabilité;

d) Modifier la première phrase du paragraphe 58 pour tenir compte des modifications apportées à la section B du chapitre IV de la deuxième partie sur la procédure de redressement accélérée par exemple comme suit: “Comme il est souvent impossible de parvenir à un accord dans le cadre de négociations volontaires de redressement 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 certaines catégories de créances, certains pays ont adopté différents types de mécanismes, y compris des procédures “antérieures à l’insolvabilité” ou “préétablies” pour faire face à ces situations. La procédure de redressement accélérée examinée dans le Guide dans cette optique suit la procédure de redressement, mais de manière accélérée, et combine des négociations volontaires de restructuration, lorsqu’un plan est négocié et approuvé par une majorité des créanciers concernés, et une procédure de redressement ouverte dans le cadre de l’insolvabilité pour obtenir l’homologation du plan par le tribunal afin de lier les créanciers opposants”;

e) Dans la deuxième partie du projet de guide, modifier la cinquième phrase du paragraphe 116 concernant l’utilisation de la présomption d’insolvabilité, par exemple comme suit: “Pratiquement, il faut qu’ils soient en mesure d’apporter une preuve, par exemple sous forme de présomption, établissant l’insolvabilité d’un débiteur, mais il ne faut pas leur imposer une charge de la preuve déraisonnablement

lourde. Une présomption que le débiteur, d'une manière générale, n'est pas en mesure de payer ses dettes pourrait être établie lorsque, par exemple, il ne paie pas une ou plusieurs de ses dettes, et que la dette non payée n'est pas contestée, c'est-à-dire qu'elle ne fait pas l'objet d'une contestation légitime ou d'un droit à compensation. Lorsque la loi prévoit une telle présomption, elle doit prévoir aussi que le débiteur a la possibilité de réfuter cette dernière et de préciser les motifs pour lesquels elle pourrait être réfutée, par exemple en montrant qu'il est en mesure de payer ses dettes; que la dette faisait l'objet d'une contestation légitime; ou en réfutant d'une autre manière les éléments par lesquels un créancier a établi la présomption. La notification au débiteur d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité par le créancier lui donnera la possibilité de contester les allégations du créancier quant à sa situation financière (voir aussi chap. I.B.5 e))";

f) À la fin du paragraphe 142, ajouter un texte qui pourrait être libellé comme suit concernant la notification aux créanciers étrangers: "On pourrait se demander également s'il faudrait aborder expressément la notification aux créanciers étrangers dans les exigences de la notification pouvant figurer dans une loi sur l'insolvabilité, afin d'assurer l'égalité de traitement entre créanciers nationaux et étrangers, et tenir compte de la tendance internationale à la suppression de toute discrimination fondée sur la nationalité du créancier. Les facteurs à prendre en considération pour trancher cette question sont examinés ci-après dans le contexte des modalités de la notification";

g) À la fin du paragraphe 143, ajouter un texte qui pourrait être libellé comme suit, pour tenir compte des changements apportés à l'alinéa b) de la recommandation 13: "Diverses possibilités seraient ouvertes au débiteur, à savoir accepter la demande, contester les allégations du demandeur quant à sa situation financière, et demander l'ouverture d'une procédure différente (par exemple, lorsque la demande est une demande de liquidation, demander l'ouverture d'une procédure de redressement). Le débiteur peut aussi avoir des moyens juridictionnels ou procéduraux pour défendre leurs droits face à la demande d'un créancier";

h) À la fin du paragraphe 148, ajouter une phrase qui pourrait être libellée comme suit: "Par exemple, lorsqu'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité pourrait autrement être rejetée, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient une exception pour les débiteurs dont les actifs sont insuffisants pour financer l'administration de la procédure, permettant d'enquêter sur les affaires de ces débiteurs pour déterminer s'il y a des actifs qui peuvent être recouvrés et si le débiteur devrait ou non se voir accorder une décharge";

i) Après la première phrase du paragraphe 170, ajouter une phrase qui pourrait être libellée comme suit: "Lorsque le débiteur est une personne physique, certaines lois excluent les préjudices personnels tels que les dommages pour diffamation, les atteintes au crédit ou à la réputation ou les lésions corporelles. Le débiteur conserve personnellement le droit d'agir et de garder les dommages et intérêts accordés, faute de quoi il serait moins enclin à demander réparation, mais il ne sera pas autorisé à demander réparation pour toute perte de rémunération résultant de ces actions";

j) Après le paragraphe 181, ajouter, pour traiter la question des formalités visant à rendre une sûreté réelle opposable aux tiers, un texte qui pourrait être rédigé comme suit, sur la base du paragraphe 13 du document A/CN.9/550: "Pour ce

qui est des formalités visant à rendre une sûreté réelle opposable aux tiers, certaines lois traitant des sûretés réelles prévoient un certain délai pendant lequel ces sûretés devraient être rendues opposables aux tiers, par inscription, par publicité ou par un autre moyen. Lorsque la loi d'un État prévoit un tel délai, la loi sur l'insolvabilité pourrait le reconnaître, de manière que les sûretés réelles soient rendues opposables au débiteur et aux tiers après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, mais dans le délai spécifié. Lorsque la loi ne prévoit pas de tel délai, l'arrêt des poursuites applicables après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité aurait pour effet d'empêcher l'opposabilité de la sûreté. Il faudrait faire une distinction entre la question de savoir si l'accomplissement de ces formalités dans le cadre de l'insolvabilité rendrait la sûreté opposable aux tiers et celle de savoir si ces formalités devraient être ou non autorisées. L'effet, dans le cas de l'insolvabilité, dépendra de la nature des formalités à accomplir. Par exemple, lorsque l'opposabilité exige une inscription, celle-ci pourrait être autorisée après l'ouverture de la procédure, mais il pourrait en aller autrement dans le cas de la prise de possession d'un actif par le créancier garanti, car il en résulterait une réduction des actifs disponibles pour la masse";

k) À la fin du paragraphe 196, ajouter une phrase qui pourrait être libellée comme suit, pour tenir compte des modifications apportées à la recommandation 33: "Les mesures provisoires prendront également fin lorsqu'une demande d'ouverture est rejetée ou que la décision d'accorder de telles mesures est contestée avec succès";

l) Supprimer les mots "(par exemple, la date d'ouverture), avec la possibilité de les réévaluer en permanence", à la fin de la deuxième phrase du paragraphe 213, et ajouter un texte pour traiter de l'évaluation des actifs, qui pourrait être libellé comme suit: "compte tenu de l'objectif pour lequel l'évaluation est requise. Dans certains cas les actifs peuvent avoir été évalués par les parties avant l'ouverture de la procédure et cette évaluation peut encore être valable au moment de l'ouverture. Il peut être nécessaire de faire une évaluation globale peu de temps après l'ouverture afin d'enregistrer l'ensemble de l'actif et du passif et d'établir un bilan net de la situation du débiteur, de manière que le représentant de l'insolvabilité ait quelque idée de la valeur de la masse. Il peut être nécessaire d'évaluer les actifs, en particulier les actifs grevés, dans le courant de la procédure pour déterminer la valeur de la créance garantie (et de toute créance non garantie connexe) ainsi que les questions de protection. Il peut être nécessaire aussi d'évaluer les actifs dans l'optique de la disposition de parties de l'entreprise ou d'actifs particuliers en dehors du cours normal des affaires et lors de l'homologation pour satisfaire aux exigences applicables. Une question connexe est le coût de l'évaluation et la partie qui devrait le supporter", et supprimer la dernière phrase du paragraphe 213;

m) Après la première phrase du paragraphe 225, ajouter une phrase qui pourrait être libellée comme suit, pour tenir compte des modifications apportées à la recommandation 41 et à l'alinéa b) de la recommandation 117: "Lorsqu'un comité des créanciers est formé et que la loi sur l'insolvabilité prévoit que les créanciers doivent être consultés sur la vente d'actifs en dehors du cours normal des affaires, l'envoi d'un avis au comité des créanciers, afin de limiter au minimum les coûts et d'éviter tout retard lié à l'envoi d'une notification à tous les créanciers, pourrait satisfaire à l'exigence de notification de toute vente proposée";

n) Pour tenir compte de la teneur de la recommandation 65, ajouter, avant la dernière phrase du paragraphe 276, une phrase qui pourrait être libellée comme suit: “Une loi sur l’insolvabilité devrait traiter clairement les circonstances dans lesquelles le débiteur est tenu de remédier à un défaut d’exécution pour que le contrat soit poursuivi”;

o) Ajouter la phrase suivante au paragraphe 278: “Une telle approche satisferait aux objectifs de certitude et de prévisibilité pour toutes les parties concernées”. Pour tenir compte des modifications apportées à la recommandation 66, ajouter également une phrase qui pourrait être libellée comme suit: “Lorsqu’un contrat continue d’être exécuté avant la décision de le poursuivre ou de le rejeter, les coûts, en vertu du contrat, de la poursuite de son exécution, devraient être assimilés à des dépenses afférentes à l’administration de la procédure” et ajouter enfin une phrase qui pourrait être libellée comme suit: “Si le représentant de l’insolvabilité utilise des actifs appartenant à un tiers qui sont en possession du débiteur soumis au contrat, les coûts, en vertu du contrat, de la poursuite de l’exécution de ce dernier devraient être assimilés à une dépense afférente à l’administration de la procédure, et ce tiers devrait être protégé contre l’érosion de la valeur de ces actifs, dans la mesure où cela n’est pas prévu au contrat”;

p) Au paragraphe 314, ajouter un exemple pour expliquer que le terme “créanciers potentiels” désigne les parties qui ne sont pas des créanciers au moment où est réalisée l’opération annulable mais qui sont sur le point de le devenir, notamment lorsque le débiteur négocie un nouveau prêt et transfère des actifs pour éviter que ces derniers ne soient grevés d’une sûreté réelle;

q) Supprimer la fin de la première phrase du paragraphe 316 à partir de “et en général” pour tenir compte des modifications adoptées concernant la recommandation 73;

r) À la fin du paragraphe 341, ajouter une phrase sur le délai fixé pour engager une procédure d’annulation qui pourrait être libellée comme suit: “Quelle que soit la solution retenue, il est souhaitable que le délai soit relativement court, comme dans les exemples donnés ci-dessus, pour éviter toute insécurité et assurer le déroulement rapide de la procédure d’insolvabilité”;

s) Pour tenir compte de l’exception fondée sur “le cours normal des affaires” qui est mentionnée dans la recommandation 82, ajouter, à la fin de la première phrase du paragraphe 343, le passage ci-après: “et, par exemple, qu’elle a été réalisée dans le cours normal des affaires”;

t) Ajouter, dans la première phrase du paragraphe 387, les mots “concernant le débiteur”, pour tenir compte des changements apportés à la recommandation 96, ainsi que les mots “secrets professionnels ou information privilégiée ou autrement confidentielle”;

u) Pour tenir compte de la révision apportée à la recommandation 104, modifier le début de l’alinéa xv) du paragraphe 408 par exemple comme suit: “continuer d’exploiter et de gérer l’entreprise”;

v) Pour tenir compte des discussions sur la recommandation 112, ajouter, à la fin du paragraphe 451, une phrase qui pourrait être libellée comme suit: “Lorsque la loi sur l’insolvabilité prévoit la convocation d’une réunion, il est souhaitable

qu'elle spécifie également les questions devant être discutées et réglées lors de cette réunion";

w) Pour aligner le paragraphe 466 sur l'alinéa b) de la recommandation 117, sur la recommandation 41 et sur le paragraphe 225, ajouter, avant la dernière phrase du paragraphe 466, une phrase qui pourrait être libellée comme suit: "Le comité des créanciers peut également jouer un rôle en recevant notification, au nom des créanciers, de certaines questions intéressant les créanciers qu'il représente. Par exemple, lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit que les créanciers devraient être consultés sur la vente d'actifs en dehors du cours normal des affaires, toute vente proposée peut leur être notifiée par l'intermédiaire du comité des créanciers pour gagner du temps, réduire les coûts au minimum et faciliter la consultation entre le comité et les créanciers représentés par lui";

x) Pour tenir compte des modifications apportées à la recommandation 129, ajouter les mots "un résumé du plan" et "des renseignements non financiers qui pourraient avoir une incidence sur l'exécution future des obligations du débiteur, tels que l'existence d'un nouveau brevet" dans la deuxième phrase du paragraphe 505;

y) Modifier les deuxième et troisième phrases du paragraphe 547 par exemple comme suit: "Comme on l'a déjà vu, cette solution ne résoudra probablement pas les difficultés financières du débiteur, suivant l'état d'exécution du plan au moment où celle-ci échoue, et pourrait aboutir à une course aux actifs que l'ouverture de la procédure collective était censée éviter. Dans certains cas, toutefois, il convient de permettre au tribunal de clore la procédure et d'autoriser les parties intéressées à exercer leurs prérogatives conformément au droit, par exemple lorsque les actifs restants sont grevés et que les créanciers chirographaires ne recevront rien. Dans certains cas et selon l'état d'exécution du plan, une solution de compromis serait de permettre... ";

z) Pour tenir compte des modifications apportées aux recommandations 146 et 146A, modifier le paragraphe 557 par exemple comme suit: "Il est souhaitable qu'une procédure de redressement accélérée puisse être ouverte à la demande d'un débiteur qui ne remplit pas encore les conditions requises par les dispositions générales de la loi sur l'insolvabilité relatives au redressement pour l'engagement d'une procédure, mais qui, d'une manière générale, ne sera probablement pas en mesure de payer ses dettes à leur échéance. Le fait d'inclure des dispositions dans une loi sur l'insolvabilité qui permettent à ce type de débiteur de demander l'ouverture d'une procédure accélérée revient à reconnaître la nécessité de s'attaquer aux difficultés financières à un stade précoce et permet de tirer parti d'un accord volontaire de restructuration que la majorité des créanciers concernés a approuvé. En cas d'ouverture d'une procédure accélérée, les créanciers opposants bénéficieront des protections prévues par la loi sur l'insolvabilité. Les conditions requises pour le dépôt des demandes d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en général s'appliqueraient aussi";

aa) Au début du paragraphe 558, ajouter une phrase qui pourrait être rédigée comme suit: "Une loi sur l'insolvabilité peut également prévoir qu'une procédure accélérée peut être engagée par un débiteur qui satisfait déjà aux conditions qu'elle fixe pour l'ouverture d'une procédure ordinaire (voir chap. I.B)";

bb) En ce qui concerne les paragraphes 559 à 565, insérer (selon qu'il convient) des passages qui reflètent le contenu de l'alinéa b) de la recommandation 149 et des recommandations 150, 152 et 153, concernant les effets de l'ouverture d'une procédure accélérée et les cas dans lesquels il conviendra au tribunal d'élargir les catégories de créanciers concernés; la notification de l'ouverture de la procédure accélérée; l'effet d'un plan homologué; et l'échec de l'exécution du plan. Ces passages s'inspireraient des développements consacrés aux mêmes questions dans le chapitre IV;

cc) Pour traiter la question des créances non monétaires, ajouter après la deuxième phrase du paragraphe 571, une phrase qui pourrait être libellée comme suit: "Une loi sur l'insolvabilité devra sans doute aussi aborder le traitement des créances non monétaires, telles que le droit à l'exécution d'une obligation (par exemple la remise d'un bien particulier) ou un prêt sans recours";

dd) Pour tenir compte de la modification apportée à la recommandation 162, ajouter au paragraphe 594 les passages ci-après: i) "ou exigent un traitement spécial, par exemple lorsqu'il s'agit de créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur" à la fin de la deuxième phrase; ii) "ou soumis à un traitement spécial" dans la troisième phrase; et iii) "et facilitera l'examen par le tribunal, lorsque la décision du représentant de l'insolvabilité est contestée" à la fin de la quatrième phrase;

ee) Pour tenir compte des changements apportés aux recommandations 145A et 153, modifier l'antépénultième phrase du paragraphe 669 par exemple comme suit: "Lorsque le plan de redressement n'est pas pleinement exécuté, la loi sur l'insolvabilité peut, en cas de violation substantielle des stipulations du plan par le débiteur ou d'impossibilité d'exécuter le plan, prévoir la possibilité pour le tribunal de convertir la procédure en liquidation, afin d'éviter que le débiteur ne reste insolvable, sa situation financière n'ayant pas été résolue. La loi sur l'insolvabilité peut également prévoir l'abandon de la procédure dans certains cas appropriés, par exemple lorsque les actifs restants sont grevés et que les créanciers chirographaires ne recevront rien. Suivant l'approche adoptée par le pays, la conversion peut revenir ou non à clore officiellement la procédure de redressement ...";

ff) Ajouter, à la fin du paragraphe 652 h) intitulé "Contrats de travail" qui figure dans le document A/CN.9/WG.V/WP.72, une phrase sur la loi applicable dans la procédure d'insolvabilité, qui pourrait être rédigée comme suit: "Dans certains États, ces protections s'appliqueront uniquement aux contrats de travail individuels, alors que dans d'autres, elles s'appliqueront aussi aux conventions collectives".

51. La Commission a approuvé l'insertion, en annexe au projet de guide, de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale[2] et du Guide pour son incorporation[3] et a noté que, les paragraphes 18, 19, 31, 72, 74 et 75 du Guide pour l'incorporation mentionnant la Convention de l'Union européenne relative aux procédures d'insolvabilité, celui-ci devrait être modifié pour tenir compte de l'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.

---

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

[3] A/CN.9/442, annexe.

52. La Commission a également noté que les recommandations contiendraient des renvois aux passages du commentaire traitant des mêmes questions et qu'elles pourraient aussi être mentionnées dans les passages correspondants du commentaire.

53. La Commission a prié le secrétariat d'éditer et de finaliser le texte du guide compte tenu de ses délibérations et d'apporter toute autre modification nécessaire pour aligner le commentaire du projet sur les recommandations.

54. L'observateur du Fonds monétaire international (FMI) a fait une déclaration dans laquelle il a constaté la large participation de la communauté internationale ainsi que l'excellente qualité du projet de guide qui en a découlé et a exprimé l'espoir que ce dernier constituerait un outil de référence clef pour l'élaboration de lois sur l'insolvabilité efficaces au niveau international. L'accord conclu entre le FMI, la Banque mondiale et la CNUDCI sur la base de la proposition exposée au paragraphe 21 du document A/CN.9/551 a été mentionné. Il a été noté que dans les prochains mois la Banque mondiale finirait de mettre au point la version révisée de ses Principes et directives régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers et que ces Principes et directives seraient ensuite fusionnés avec le projet de guide et des sections supplémentaires sur les cadres institutionnel et réglementaire pour constituer un document unifié qui serait présenté aux conseils d'administration du FMI et de la Banque mondiale en octobre 2004. Une fois approuvé par ces deux conseils d'administration, ce document pourrait être utilisé par les pays pour évaluer leur système d'insolvabilité.

55. À sa 792e séance, le 25 juin, la Commission a adopté la décision ci-après:

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

Consciente de l'importance pour tous les pays d'avoir un régime de l'insolvabilité solide,

Reconnaissant qu'il est manifestement d'intérêt public de disposer d'un régime de l'insolvabilité effectif et efficace afin d'encourager le développement économique et l'investissement,

Notant qu'il est de plus en plus reconnu que les régimes de redressement sont essentiels au rétablissement des entreprises et à la reprise économique, au développement de l'entrepreneuriat, à la préservation de l'emploi et à l'offre de capital-risque,

Notant également que l'efficacité des régimes de redressement, alors que l'analyse comparative de ces régimes est de plus en plus courante et essentielle aux fins de l'octroi de prêts, a une incidence sur la disponibilité de financements sur le marché des capitaux, ce qui a des conséquences pour tous les pays quel que soit leur niveau de développement économique,

Notant en outre l'importance des questions de politique sociale, y compris les intérêts des parties prenantes dans l'entreprise d'un débiteur insolvable, pour la conception d'un régime de l'insolvabilité,

Considérant que les solutions aux grands problèmes économiques, juridiques et législatifs soulevés par l'insolvabilité qui sont négociées au niveau international avec la participation de nombreux acteurs 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,

Notant que le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (auquel la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale[2] et un guide pour son incorporation[3] seront annexés) et un guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties que le Groupe de travail VI (Sûretés) est en train d'élaborer, constitueront les éléments clefs d'un cadre pour un droit commercial moderne,

Rappelant que le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) a reçu pour mandat de préparer 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 qui proposerait des approches souples pour la réalisation de ces objectifs et la concrétisation de ces caractéristiques, notamment en analysant les différentes solutions possibles ainsi que leurs avantages et leurs inconvénients et en formulant des recommandations,

Se félicitant de la participation et du soutien apportés à l'élaboration du guide législatif par des organisations internationales intergouvernementales et non gouvernementales œuvrant dans le domaine de la réforme du droit de l'insolvabilité,

Constatant avec satisfaction que le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et le Groupe de travail VI (Sûretés) ont collaboré entre eux et se sont attachés à trouver des solutions concordantes aux problèmes communs concernant le traitement des créanciers garantis et des sûretés réelles mobilières en cas d'insolvabilité,

Confirmant son intention de continuer à travailler en coordination et en coopération avec la Banque mondiale et le Fonds monétaire international pour faciliter l'élaboration d'un standard international unifié en matière de droit de l'insolvabilité,

Remerciant 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,

1. *Adopte* le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*, qui comprend le texte contenu dans le document de travail du Groupe de travail V (Insolvabilité)[4], tel que modifié dans la note du secrétariat du 30 avril 2004[5], avec les modifications qu'elle a adoptées à sa trente-septième session[6], et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale[2] et le Guide pour son incorporation[3] qui y est annexé, et autorise le secrétariat à en éditer et à en finaliser le texte, en tenant compte de ses délibérations;

2. *Prie* le Secrétaire général de transmettre le texte du Guide législatif aux gouvernements et aux organismes intéressés;

3. *Recommande* à tous les États d'utiliser le Guide législatif pour évaluer l'efficacité économique de leur régime de l'insolvabilité et d'en tenir compte lorsqu'ils modifieront leur législation sur l'insolvabilité ou en adopteront une, et invite les États qui ont utilisé le Guide législatif à l'en informer;

---

[4] A/CN.9/WG.V/WP.70 (Parts I et II).

[5] A/CN.9/559 et Add.1 à 3.

[6] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 12 à 53.

4. *Recommande* à tous les États de continuer à envisager d'appliquer la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

IV. Arbitrage. Rapport d'activité du Groupe de travail II

56. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission, après un échange de vues sur ses travaux futurs dans le domaine de l'arbitrage commercial international, a décidé de confier ceux-ci à un de ses groupes de travail. Elle est convenue que ce groupe de travail devrait examiner, entre autres points prioritaires, la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage et la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires[7]. Le groupe de travail, appelé par la suite Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation), a commencé ses travaux conformément au mandat qui lui a été confié à sa trente-deuxième session (Vienne, 20-31 mars 2000).

57. À sa trente-septième session, la Commission a pris acte des progrès réalisés par le Groupe de travail à ses trente-neuvième (Vienne, 10-14 novembre 2003) et quarantième (New York, 23-27 février 2004) sessions (voir A/CN.9/545 et A/CN.9/547, respectivement). Elle a noté que le Groupe de travail avait poursuivi ses débats sur un projet de texte portant modification de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international[8] relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires et sur un projet de disposition concernant la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires prononcées par un tribunal arbitral (destiné à être inséré dans la Loi type en tant que nouvel article, provisoirement numéroté 17 *bis*). La Commission a félicité le Groupe de travail pour les progrès réalisés jusqu'alors sur la question des mesures provisoires ou conservatoires.

58. Il a été indiqué à la Commission que le Groupe de travail avait l'intention de finir d'examiner les projets d'articles 17 et 17 *bis* de la Loi type ainsi que de se prononcer définitivement sur le traitement à accorder aux mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* dans la Loi type à ses deux prochaines sessions (voir par. 136 b) ci-dessous). Il a été rappelé que la question des mesures *ex parte*, qui – la Commission en convenait – demeurait une question importante et un point controversé, ne devait pas retarder la progression des travaux de révision de la Loi type[9]. Il a été fait observer, en réponse, que le Groupe de travail n'avait pas consacré beaucoup de temps à l'examen de cette question à ses dernières sessions. L'espoir a été exprimé que le Groupe de travail parviendrait à un consensus sur ce point à sa prochaine session, sur la base d'un projet révisé devant être établi par le secrétariat.

59. La Commission a constaté par ailleurs que le Groupe de travail devait encore achever ses travaux sur le projet d'article 17 *ter* relatif aux mesures provisoires ou conservatoires prononcées par des juridictions étatiques à l'appui d'un arbitrage et sur l'"exigence d'un écrit" énoncée à l'article 7-2 de la Loi type et à l'article II-2 de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (la "Convention de New York").[10] À ce propos, il a été dit à la

---

[7] Ibid., *cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 380.
[8] Ibid., *quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), annexe I.
[9] Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 203.
[10] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739.

Commission que le Groupe de travail avait été invité à examiner si la Convention de New York devrait figurer dans une liste d'instruments internationaux auxquels s'appliquerait le projet de convention traitant de certaines questions touchant les contrats électroniques, actuellement élaboré par le Groupe de travail IV (Commerce électronique) (voir également par. 67 à 72).

60. En ce qui concerne les travaux futurs dans le domaine du règlement des litiges commerciaux, la Commission a rappelé qu'à sa précédente session elle avait entendu des propositions tendant à envisager la possibilité d'entreprendre des travaux sur l'arbitrabilité ainsi que sur une révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI[11] et de l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales[12], une fois achevés les projets actuellement examinés par le Groupe de travail[13]. Bien que la Commission ait généralement estimé qu'il serait prématuré de prendre une décision définitive, à sa session en cours sur les travaux futurs possibles dans le domaine du règlement des litiges commerciaux, certains participants se sont dits favorables à ce que le Groupe de travail étudie la possibilité d'entreprendre une révision limitée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. À ce sujet, il fallait, selon un avis, déterminer avec un soin particulier l'étendue d'une telle révision, laquelle devait être définie précisément afin de ne pas compromettre la stabilité de cette référence que constituait le Règlement d'arbitrage depuis près de 30 années d'existence. On a également considéré qu'un examen préliminaire d'une éventuelle révision du Règlement ne devrait pas empêcher le Groupe de travail d'envisager d'autres sujets pouvant faire l'objet de travaux futurs, tels que le recours à l'arbitrage dans le gouvernement d'entreprise ou l'utilisation de mécanismes de règlement des litiges en ligne.

61. La Commission a noté que 2005 marquerait le vingtième anniversaire de l'adoption de la Loi type et a convenu que des conférences devraient être organisées pour célébrer cet événement dans différentes régions. Ces conférences permettraient d'examiner l'application par les juridictions étatiques et les tribunaux arbitraux des législations internes incorporant la Loi type et d'envisager les travaux pouvant être entrepris dans le domaine du règlement des litiges commerciaux.

V. Droit des transports. Rapport d'activité du Groupe de travail III

62. 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, la responsabilité civile du transporteur, les obligations du chargeur et les documents de transport[14]. À sa trente-cinquième session, en 2002, la Commission a approuvé l'hypothèse de travail

---

[11] *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17* (A/31/17), par. 57.

[12] *Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXVII: 1996, troisième partie, annexe II.

[13] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 204.

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

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 de 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[15]. À sa trente-sixième session, en 2003, la Commission a noté la complexité de l'élaboration du projet d'instrument et a autorisé le Groupe de travail, à titre exceptionnel, à se réunir pendant deux semaines à ses douzième et treizième sessions, étant entendu que la durée de ses sessions serait réévaluée à la trente-septième session de la Commission en 2004[16]. Pour l'examen de cette question par la Commission à sa trente-septième session, voir les paragraphes 132 et 133 ci-dessous.

63. À sa trente-septième session, la Commission a pris note des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses douzième (Vienne, 6-17 octobre 2003) et treizième (New York, 3-14 mai 2004) sessions (A/CN.9/544 et A/CN.9/552, respectivement).

64. La Commission a noté avec satisfaction que le Groupe de travail avait poursuivi son examen du projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]. Elle a réaffirmé qu'elle avait conscience de l'ampleur du projet et de la complexité de l'élaboration du projet d'instrument, compte tenu en particulier des questions controversées qui restaient à examiner et demandaient que l'on trouve un équilibre délicat entre les divers intérêts divergents en jeu.

65. La Commission a été informée qu'à ses douzième et treizième sessions, le Groupe de travail avait procédé à sa deuxième lecture du projet d'instrument et avait avancé sur un certain nombre de questions difficiles, telles que celles qui concernaient le champ d'application de l'instrument et de ses dispositions fondamentales sur la responsabilité. Elle a également été informée que, afin d'accélérer l'échange de vues, la formulation de propositions et l'émergence d'un consensus lors de la préparation d'une troisième et dernière lecture du projet d'instrument, un certain nombre de délégations qui avaient participé à la treizième session du Groupe de travail avaient pris l'initiative de créer un groupe de consultation informel pour la poursuite des discussions entre les sessions.

66. La Commission a exprimé son soutien aux efforts du Groupe de travail pour accélérer l'avancement de ses travaux sur ce projet complexe. En ce qui concerne un calendrier possible pour l'achèvement du projet d'instrument, un certain nombre de représentants ont été d'avis qu'il serait souhaitable d'effectuer une troisième lecture du projet de texte en vue de son adoption par la Commission en 2006. Toutefois, un certain nombre de représentants ont aussi estimé qu'un objectif fondamental, dans l'élaboration du projet d'instrument, devrait être d'atteindre un niveau élevé de qualité, et il ne faudrait pas que sa réalisation soit compromise par des délibérations hâtives sur les questions importantes restant à régler. Après un débat, la Commission est convenue que 2006 serait une date cible souhaitable pour l'achèvement du projet, mais que la question de la fixation d'un délai devrait être revue à sa trente-huitième session, en 2005. (Pour les deux prochaines sessions du Groupe de travail, voir par. 136 c) ci-dessous).

---

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

[16] Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 208.

VI. Commerce électronique. Rapport d'activité du Groupe de travail IV

67. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission a approuvé les recommandations concernant les travaux futurs à réaliser qui avaient été faites par le Groupe de travail IV (Commerce électronique) à sa trente-huitième session (New York, 12-23 mars 2001)[17].

68. À sa trente-septième session, la Commission a pris note des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses quarante-deuxième (Vienne, 17-21 novembre 2003) et quarante-troisième sessions (New York, 15-19 mars 2004) (A/CN.9/546 et A/CN.9/548, respectivement).

69. 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.

70. La Commission a été informée que le Groupe de travail avait commencé à examiner les articles 8 à 15 du texte révisé de l'avant-projet de convention à sa quarante-deuxième session. Elle a noté qu'à sa quarante-troisième session, il avait examiné les articles X et Y ainsi que les articles 1er à 4 du projet de convention et avait débattu de manière générale des projets d'articles 5 à 7 *bis*.

71. La Commission a exprimé son appui aux efforts que déployait le Groupe de travail pour incorporer dans le projet de convention des dispositions visant à lever d'éventuels obstacles juridiques au commerce électronique dans les instruments internationaux relatifs au commerce international. Elle a été informée que le Groupe de travail avait convenu qu'il devrait s'efforcer d'achever ses travaux relatifs au projet de convention, afin qu'elle puisse l'examiner et l'approuver en 2005. Elle s'est félicitée des efforts du Groupe de travail et a convenu que l'achèvement dans les délais prévus des délibérations de ce dernier sur le projet de convention devait être considéré comme une question importante, qui justifierait qu'elle approuve une durée de deux semaines pour la quarante-quatrième session du Groupe de travail, prévue en octobre 2004 (voir par. 134 et 136 d) ci-dessous).

72. Un échange de vues a eu lieu sur les travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique, une fois achevé le projet en cours. Si, de l'avis général, aucune décision à cet égard ne pouvait être prise à ce stade, la Commission a pris note de diverses suggestions. Selon l'une d'elles, le Groupe de travail devrait envisager d'élaborer des lignes directrices pour aider les États à mettre en place un cadre juridique global afin de faciliter l'utilisation du commerce électronique. Ces lignes directrices pourraient notamment porter sur les questions de protection des données, les droits de propriété intellectuelle et les questions de fraude électronique. Une autre suggestion tendait à ce que le Groupe de travail réexamine la question de la négociabilité et du transfert de droits sur des biens corporels ou incorporels par des moyens électroniques. Selon une autre suggestion encore, le Groupe de travail devrait peut-être examiner son futur rôle à la lumière des conclusions auxquelles

---

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

parviendra en 2005 le Sommet mondial sur la société de l'information, organisé par l'Union internationale des télécommunications. Il a également été pris note d'une autre suggestion tendant à ce que le Groupe de travail serve d'instrument de coopération avec d'autres groupes de travail et avec des organes extérieurs à la CNUDCI. Le secrétariat a été prié d'envisager d'élaborer toute étude pertinente afin que la Commission puisse examiner plus facilement, à sa trente-huitième session en 2005, la question des travaux futurs dans le domaine du commerce électronique.

VII. Sûretés. Rapport d'activité du Groupe de travail VI

73. 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[18]. À sa trente-cinquième session, en 2002, elle 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[19]. À sa trente-sixième session, en 2003, elle a 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 des créances commerciales, des lettres de crédit, des comptes de dépôt et des droits de propriété intellectuelle et industrielle[20].

74. À sa trente-septième session, la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail VI sur les travaux de ses quatrième (Vienne, 8-12 septembre 2003) et cinquième (New York, 22-25 mars 2004) sessions (A/CN.9/543 et A/CN.9/549, respectivement) ainsi que du rapport de la deuxième session conjointe des groupes de travail V (Droit de l'insolvabilité) et VI (A/CN.9/550).

75. La Commission a félicité le Groupe de travail VI pour avoir achevé la deuxième lecture du projet de guide sur les opérations garanties, notamment l'introduction et les chapitres consacrés aux objectifs fondamentaux (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1) et à la constitution (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3), ainsi que la troisième lecture des chapitres sur la publicité (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2), la priorité (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3), l'insolvabilité (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6) et le conflit de lois (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.7). À cet égard, elle a noté avec intérêt qu'à sa cinquième session, le Groupe de travail était convenu que la publicité devrait être une condition préalable pour rendre les sûretés réelles mobilières opposables aux tiers et pour assurer la protection des tiers (A/CN.9/549, par. 35). Elle a également remercié les groupes de travail V et VI des progrès accomplis lors de leur deuxième session conjointe, au cours de laquelle ils avaient examiné des questions d'intérêt commun restées en suspens (voir A/CN.9/WG.V/WP.71).

76. La Commission a en outre noté avec satisfaction les progrès du Groupe de travail dans la coordination de ses travaux sur le conflit de lois avec la Conférence de La Haye de droit international privé et, en particulier, le projet d'organiser une réunion conjointe d'experts. Elle s'est également félicitée des efforts de

---

[18] Ibid., par. 358.
[19] Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 204.
[20] Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 222.

coordination avec l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit), qui élaborait actuellement un texte concernant les sûretés sur les titres. Elle s'est également félicitée de la coordination avec la Banque mondiale, qui était en train de mettre au point des principes et directives régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers. Elle s'est réjouie en particulier de l'accord selon lequel le texte de la Banque mondiale constituerait avec le projet de guide législatif sur les opérations garanties un standard international unique.

77. De plus, la Commission a noté avec intérêt qu'un premier ensemble complet de recommandations serait probablement prêt dans les premiers mois de 2005. Elle s'est également réjouie de la préparation de chapitres supplémentaires consacrés à différents types de biens, comme les instruments négociables, les comptes de dépôt, les lettres de crédit et les droits de propriété intellectuelle. On a dit à ce sujet que, si l'importance de ces types de biens était certes généralement admise, leur traitement dans le projet de guide ne devrait pas ralentir les travaux sur les biens essentiels entrant dans le champ d'application du projet (à savoir les biens meubles corporels, y compris les stocks, et les créances commerciales).

78. À l'issue de son débat, la Commission a confirmé le mandat qu'elle avait donné au Groupe de travail VI à sa trente-quatrième session et confirmé par la suite à ses trente-cinquième et trente-sixième sessions (voir par. 73 ci-dessus). Elle a également prié le Groupe de travail d'accélérer ses travaux afin de lui présenter le projet de guide pour adoption finale au plus tôt, si possible en 2006. (Pour les deux prochaines sessions du Groupe de travail, voir par. 136 f) ci-dessous).

VIII. Travaux futurs dans le domaine des marchés publics

79. À sa trente-sixième session, en 2003, la Commission a examiné une note du secrétariat sur les travaux futurs envisageables dans le domaine des marchés publics (A/CN.9/539 et Add.1). Il a été observé que la Loi type de la CNUDCI sur les marchés de biens, de travaux et de services[21] contenait des procédures visant à assurer la concurrence, la transparence, l'équité, l'économie et l'efficacité du processus de passation des marchés et était devenue un important jalon, au plan international, dans la réforme du droit applicable à la passation des marchés. Néanmoins, il a été également observé que, malgré l'utilité largement reconnue de la Loi type, de nouvelles questions et de nouvelles pratiques étaient nées depuis son adoption, qui pourraient justifier un effort d'adaptation de son texte[22]. À cette session, 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[23], et celle-ci a prié le secrétariat de préparer des études détaillées sur les questions 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[24].

80. À sa trente-septième session, la Commission était saisie d'une note du secrétariat (A/CN.9/553) présentée en réponse à cette demande, contenant un

---

21 Ibid., *quarante-neuvième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/49/17 et Corr.1), annexe I.
22 Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 225 à 230.
23 Ibid., par. 229.
24 Ibid., par. 230.

résumé des études menées sur des questions qui mériteraient peut-être d'être étudiées dans le cadre d'un réexamen de la Loi type; ces études avaient été entreprises par le secrétariat depuis la trente-sixième session de la Commission en concertation avec des organisations ayant de l'expérience et de l'expertise dans le domaine des marchés publics, et étaient axées sur les questions nées de l'utilisation accrue des communications électroniques dans la passation de marchés (A/CN.9/553, par. 10 à 40) ainsi que sur d'éventuels points supplémentaires (A/CN.9/553, par. 41 à 82).

81. La Commission est convenue que la Loi type gagnerait à être mise à jour pour tenir compte de nouvelles pratiques, en particulier celles résultant de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, et de l'expérience acquise dans l'utilisation de la Loi type comme base de réforme de la législation. Outre le traitement législatif des communications électroniques dans la passation des marchés publics, la passation de marchés de services, ainsi que les recours et l'exécution ont été cités comme des exemples de questions méritant d'être examinées. Il a été également affirmé qu'il pourrait être utile d'envisager de simplifier la présentation des dispositions types. Il a été toutefois souligné qu'en mettant à jour la Loi type, il faudrait veiller à ne pas s'écarter des principes fondamentaux de celle-ci et à ne pas modifier les dispositions dont l'utilité avait été prouvée.

82. La Commission a décidé de charger son Groupe de travail I (Passation de marchés) d'élaborer des propositions de révision de la Loi type. Elle a donné au Groupe de travail un mandat souple consistant à identifier les questions à traiter lors de ses travaux, et le secrétariat a été prié de présenter au Groupe de travail des notes approfondissant les questions traitées dans la note du secrétariat (A/CN.9/553) afin de faciliter ses débats. (Pour les deux prochaines sessions du Groupe de travail, voir par. 136 a) ci-dessous).

IX. Suivi de l'application de la Convention de New York

83. La Commission a rappelé qu'à sa vingt-huitième session, en 1995, elle avait approuvé le 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 de New York[25]. Le secrétariat a présenté oralement à la Commission un rapport de situation, indiquant qu'au 8 avril 2004, 134 États étaient parties à la Convention de New York et qu'il avait reçu 75 réponses au questionnaire.

84. La Commission a remercié les États parties qui avaient envoyé des réponses depuis sa trente-sixième session et a invité ceux qui ne l'avaient pas encore fait à répondre au questionnaire. Sous réserve que les ressources nécessaires soient disponibles, le secrétariat a été invité à tout mettre en œuvre pour établir une analyse préliminaire des réponses reçues et la soumettre à l'examen de la Commission à sa trente-huitième session, en 2005.

---

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

X. Jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI et recueils analytiques de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes et d'autres textes uniformes

A. Jurisprudence

85. 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 décisions judiciaires et de sentences arbitrales concernant des textes de la CNUDCI, à compiler les textes intégraux de ces décisions et sentences, et à mettre au point des outils de recherche et d'analyse, tels que des thésaurus et des index. Au 22 juin 2004, 42 numéros rendant compte de 489 affaires avaient été préparés en vue de leur publication, portant principalement sur la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises[26] et la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international[8].

86. La Commission a exprimé sa reconnaissance aux correspondants nationaux pour leur travail de collecte des décisions et de préparation des sommaires. Il a été largement estimé que le Recueil de jurisprudence demeurait un aspect important des activités de formation et d'assistance technique entreprises par la CNUDCI. Il a été aussi généralement estimé que la large diffusion du Recueil, à la fois sur papier et sous forme électronique, dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies, 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. Recueils analytiques de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes et d'autres textes uniformes

87. La Commission a rappelé qu'à sa trente-quatrième session, en 2001[27], elle avait prié le secrétariat d'établir, en collaboration avec des experts et des correspondants nationaux, un recueil analytique des décisions judiciaires et des sentences arbitrales faisant apparaître les tendances observées dans l'interprétation de la Convention des Nations Unies sur les ventes. Elle a été informée qu'un recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention avait été préparé conformément à ses principes pour l'élaboration d'un tel recueil[27]. Prenant note de la présentation du recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes (A/CN.9/562), la Commission a exprimé ses remerciements aux experts et aux correspondants nationaux pour leur contribution à l'élaboration du recueil analytique. Elle a aussi été informée que, comme elle l'avait demandé à sa trente-cinquième session, en 2002[28], les spécimens de projets de recueil analytique concernant les articles 3, 14 et 34 de la Loi type avaient été élaborés par son secrétariat (A/CN.9/563 et Add.1).

---

26 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, n° 25567.

27 *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 395.

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

88. La Commission a appuyé dans l'ensemble les deux recueils, qui seront publiés dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies et contribueront à la diffusion d'informations sur ces deux textes et favoriseront leur adoption ainsi que leur interprétation uniforme. Ils aideront en outre les juges, les arbitres, les praticiens, les universitaires et les fonctionnaires à utiliser plus efficacement la jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI. De plus, leur existence permettra d'éliminer toute objection ou réserve éventuelle selon laquelle la sécurité juridique ne se trouverait pas améliorée par ces textes de la CNUDCI, faute d'expérience suffisante de leur application. Ainsi, le recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes contribuera à faire reculer la pratique consistant à exclure l'applicabilité de la Convention à des contrats auxquels elle s'appliquerait normalement.

89. Dans le cadre de l'examen des spécimens de projets de recueil analytique de jurisprudence concernant la Loi type, il a été affirmé que les recueils analytiques de jurisprudence devraient, non pas constituer une source autorisée indépendante indiquant l'interprétation à donner à telle ou telle disposition mais au contraire servir d'outil de référence en résumant et en signalant les décisions qui y sont incluses. Il a par ailleurs été réaffirmé que les recueils analytiques devraient présenter les décisions judiciaires et les sentences arbitrales de manière objective, sans comporter aucune critique ni approbation[29]. Il a également été dit que le recueil analytique de jurisprudence concernant la Loi type devrait éviter de paraphraser, au risque de les déformer, les dispositions de la Loi type.

90. La Commission a relevé que 2005 marquerait le vingt-cinquième anniversaire de l'adoption de la Convention sur les ventes et le vingtième anniversaire de l'adoption de la Loi type et a noté avec satisfaction que des conférences seraient organisées dans différentes régions du monde pour célébrer ces anniversaires et analyser l'expérience des tribunaux judiciaires et arbitraux concernant ces textes (voir par. 61 ci-dessus). Les États ont été invités à envisager d'organiser de telles conférences.

91. La Commission, gardant à l'esprit ces observations, a exprimé sa satisfaction pour la publication du recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention sur les ventes et a prié le secrétariat de terminer l'élaboration d'un recueil analytique de jurisprudence concernant la Loi type.

XI. Formation et assistance technique. Suite donnée à l'évaluation approfondie des travaux du secrétariat de la Commission en matière de formation et d'assistance technique

92. La Commission a été saisie d'une note du secrétariat (A/CN.9/560) décrivant les activités de formation et d'assistance technique entreprises depuis sa trente-sixième session ainsi que l'orientation des activités futures, compte tenu en particulier du fait que l'Assemblée générale avait approuvé, en décembre 2003, l'attribution au secrétariat de la CNUDCI de moyens humains supplémentaires

---

[29] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 393 à 395.

(création de trois postes d'administrateur) qui seraient en partie consacrés à l'exécution de son programme élargi de formation et d'assistance technique. La Commission a noté qu'une procédure de recrutement était en cours, deux postes ayant déjà été pourvus et le troisième ayant été affiché.

93. La Commission a prié le secrétariat d'établir un programme de travail et un calendrier pour la réalisation de ses activités d'assistance technique plus nombreuses. Elle lui a recommandé de recenser les besoins nationaux et régionaux, en consultation avec des organisations nationales, régionales et internationales, telles que le Centre du commerce international, et les missions permanentes auprès de l'Organisation des Nations Unies; de déterminer l'assistance technique juridique à apporter dans le domaine de la réforme du droit commercial international; et d'étudier les possibilités d'élaborer des programmes conjoints ainsi que les possibilités de participer à des programmes existants d'assistance technique juridique dans ce domaine.

94. La Commission a de nouveau appelé tous les États, les organisations internationales et les autres organismes intéressés à envisager de verser des contributions au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI, si possible sous la forme de contributions pluriannuelles, afin de faciliter la planification et de permettre au secrétariat de répondre à la demande croissante de formation et d'assistance technique législative émanant de pays en développement et de pays à économie en transition. Elle a remercié les États qui avaient contribué au Fonds depuis sa trente-sixième session, à savoir la France, la Grèce, le Mexique, Singapour et la Suisse. 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.

95. La Commission a appelé les organismes du système des Nations Unies, les organisations, les institutions et les particuliers intéressés à verser des contributions volontaires au fonds d'affectation spéciale créé pour aider ses membres qui sont des pays en développement à financer leurs frais de voyage. Elle a constaté qu'aucune contribution n'avait été reçue depuis sa trente-sixième session. Elle a toutefois noté avec satisfaction que, depuis la création de ce fonds, l'Autriche, le Cambodge, Chypre, le Kenya, le Mexique et Singapour avaient versé des contributions.

96. Il a été noté que, depuis la trente-sixième session de la Commission, le secrétariat avait organisé des séminaires et des missions d'information (voir A/CN.9/560, par. 19). Il a en outre été noté que des membres du secrétariat avaient participé en tant qu'orateurs à plusieurs réunions convoquées par d'autres organisations, et qu'il avait été impossible d'accéder à un certain nombre de demandes faute de ressources.

XII. État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI

97. 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 en se fondant sur une note du secrétariat (A/CN.9/561). Elle a pris acte avec satisfaction des nouveaux

instruments déposés et des nouvelles législations adoptées depuis la clôture de sa dernière session, le 11 juillet 2003, concernant les textes ci-après:

a) Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974), telle que modifiée par le Protocole du 11 avril 1980[30]. Dépôt d'un nouvel instrument par le Paraguay; nombre d'États parties: 18;

b) Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974)[31] [non modifiée]. Dépôt d'un nouvel instrument par le Paraguay; nombre d'États parties: 25;

c) Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980). Dépôt d'un nouvel instrument par la République de Corée; nombre d'États parties: 63;

d) Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958). Dépôt d'un nouvel instrument par le Nicaragua; nombre d'États parties: 134;

e) Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985). Adoption de textes législatifs fondés sur la Loi type par le Bangladesh, l'Espagne, le Japon et la Thaïlande;

f) Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994). Adoption d'un texte législatif fondé sur la Loi type par la Slovaquie;

g) Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)[32]. Adoption de textes législatifs sur la base de la Loi type par l'Afrique du Sud; Maurice; le Panama; la République dominicaine; les îles Caïmanes, territoire d'outre-mer du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord; et, aux États-Unis d'Amérique, l'État du Massachusetts);

h) Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997). Adoption de textes législatifs fondés sur la Loi type par la Pologne et la Roumanie;

i) Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001)[33]. Adoption d'un texte législatif fondé sur la Loi type par le Mexique;

j) Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale (2002)[34]. Adoption d'un texte législatif fondé sur la Loi type par la Croatie. La loi uniforme sur la médiation (Uniform Mediation Act), élaborée par la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws aux États-Unis et recommandée aux États des États-Unis, se fonde également sur la Loi type.

98. La Commission a prié les États qui avaient adopté ou étaient sur le point d'adopter une législation fondée sur une loi type élaborée par elle ou qui envisageaient de déposer un instrument concernant une convention résultant de ses travaux d'en informer son secrétariat. À cet égard, elle a été informée que son

---

30 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1511, n° 26121.

31 Ibid., n° 26119.

32 *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), annexe I.

33 Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), annexe II.

34 Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), annexe I.

secrétariat inclurait sur le site Web de la CNUDCI le texte des lois adoptées dans leur langue originale ainsi que, le cas échéant, leur traduction, même officieuse, dans une ou plusieurs des langues officielles de l'Organisation des Nations Unies. La diffusion des législations internes incorporant des 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 autorisations nécessaires pour publier des textes législatifs sur le site Web de la CNUDCI dans les cas où certains textes ou certaines bases de données législatives étaient protégés par des droits d'auteur.

99. La Commission a noté que, pour être complets et produire des effets 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 elle. Pour parvenir à ce résultat, elle 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. Elle a lancé un appel aux représentants et aux 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 les organes législatifs de leurs États.

XIII. Résolutions pertinentes de l'Assemblée générale

A. Résolutions 58/75 et 58/76

100. La Commission a pris note avec satisfaction des résolutions de l'Assemblée générale 58/75, relative au rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-sixième session, et 58/76, relative aux dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé, toutes deux datées du 9 décembre 2003.

B. Résolution 58/270

101. La Commission a également pris note avec satisfaction de la résolution 58/270 de l'Assemblée générale, en date du 23 décembre 2003, intitulée "Questions relatives au projet de budget-programme pour l'exercice biennal 2004-2005", à l'annexe III de laquelle cette dernière a décidé d'approuver la création au secrétariat de la Commission des postes ci-après, à financer sur le budget ordinaire de l'exercice biennal 2004-2005: un D-2, un P-5 et un P-2. À cet égard, elle a rappelé les débats qu'elle avait eus à ses trente-cinquième et trente-sixième sessions concernant le renforcement de son secrétariat[35, 36].

102. La Commission a été informée que deux nouveaux postes avaient déjà été pourvus, dont l'un par transfert latéral de New York, et que le troisième était actuellement affiché, afin que la procédure de recrutement soit achevée le plus tôt possible. En raison de son développement, le secrétariat de la Commission était passé du statut de service à celui de division au sein du Bureau des affaires juridiques –; Division du droit commercial international. La Commission a noté que

---

35 Ibid., par. 258 à 271.

36 Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 256 à 261.

ladite division était en phase de restructuration et, en particulier, mettait en place deux piliers – dont il avait été question à sa trente-sixième session[37] –, le premier axé sur l'élaboration de normes uniformes essentiellement et le second sur la coordination de l'assistance technique et les affaires extérieures.

XIV. Coordination et coopération. Suite donnée à l'évaluation approfondie des travaux du secrétariat de la Commission en matière de coordination et de coopération

A. Coordination des travaux dans le domaine des sûretés réelles

103. La Commission était saisie d'une note du secrétariat intitulée "Coordination des travaux: activités des organisations internationales dans le domaine des sûretés réelles" (A/CN.9/565). Elle a noté avec satisfaction le travail de coordination entrepris par son secrétariat et a convenu qu'il fallait redoubler d'efforts pour faire en sorte que toutes les organisations œuvrant dans le domaine du droit des sûretés réelles donnent aux États des conseils détaillés et cohérents.

104. La Commission a noté en particulier l'intention de la Commission européenne d'élaborer un nouvel instrument communautaire qui traiterait de la loi applicable aux effets des cessions à l'égard des tiers, laquelle dans l'article 22 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (résolution 56/81 de l'Assemblée générale, annexe) était la loi de l'État dans lequel se trouvait le cédant. À cet égard, elle a noté avec satisfaction qu'il ressortait des premiers contacts entre son secrétariat et des représentants de la Commission européenne que cette dernière était prête à traiter cette question d'une manière coordonnée et compatible avec la Convention sur la cession.

105. De l'avis général, la règle énoncée à l'article 22 de la Convention sur la cession apportait la sécurité aux tiers et, de ce fait, contribuerait très probablement à accroître l'offre de crédit et à en réduire le coût, alors que l'adoption d'une règle différente par l'Union européenne, non seulement aurait un impact négatif sur l'offre de crédit et le coût de celui-ci, mais déséquilibrerait aussi les relations commerciales entre parties situées au sein et en dehors de l'Union européenne, ainsi qu'entre parties situées dans l'Union européenne si un conflit de priorité était porté devant un tribunal d'un pays non membre.

106. Un certain nombre d'États, parmi lesquels des États membres de l'Union européenne, ont indiqué qu'ils envisageaient de ratifier la Convention sur la cession ou d'y accéder, et qu'ils avaient donc grand intérêt à ce que l'Union européenne adopte une approche de la question de la loi applicable aux effets des cessions à l'égard des tiers qui soit compatible avec celle de l'article 22 de la Convention sur la cession. Au cours du débat, la tenue d'une réunion de coordination à laquelle participeraient des représentants de la Commission européenne, de la CNUDCI et des secteurs intéressés afin de régler cette question aussitôt que possible, de sorte à lever tout obstacle à une large adoption de la Convention sur la cession, a été fermement appuyée.

---

[37] Ibid., par. 257 et 258.

107. À l'issue du débat, la Commission a recommandé que tout soit fait pour éviter qu'un futur instrument de l'Union européenne adopte une approche différente de celle de l'article 22 de la Convention sur la cession et elle a prié le secrétariat d'organiser une réunion avec des représentants de la Commission européenne, des États Membres de l'Organisation des Nations Unies et les secteurs intéressés, en vue de régler cette question le plus tôt possible.

B. Colloque international sur la fraude commerciale

108. À sa trente-cinquième session, la Commission avait examiné une proposition tendant à ce que le secrétariat réalise une étude sur les pratiques financières et commerciales frauduleuses dans divers secteurs commerciaux et financiers qu'elle examinerait à une session ultérieure. À la même session, elle avait été informée que les pratiques frauduleuses, qui revêtaient souvent un caractère international, avaient des conséquences économiques très graves pour le commerce mondial et portaient atteinte aux instruments légitimes utilisés dans ce dernier. Il a été noté que ces fraudes se multipliaient, en particulier du fait que l'avènement d'Internet avait offert de nouvelles possibilités aux fraudeurs[38].

109. À sa trente-sixième session, la Commission avait examiné la note du secrétariat relative aux travaux futurs possibles sur la fraude commerciale (A/CN.9/540). À cette session, elle avait été informée que l'un des principaux problèmes, lorsque l'on voulait lutter efficacement contre ce type de fraude, était la difficulté de rapprocher les organismes publics et privés compétents nécessaires à cette fin, et la recommandation faite par le secrétariat concernant l'organisation d'un colloque international pour étudier différents aspects de la fraude commerciale du point de vue du droit privé et permettre un échange d'idées entre 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, avait été favorablement accueillie[39].

110. À sa trente-septième session, la Commission était saisie d'une note du secrétariat contenant un rapport sur le Colloque de la CNUDCI sur la fraude commerciale internationale (A/CN.9/555), tenu à Vienne du 14 au 16 avril 2004. Elle a accueilli avec satisfaction cette note et les travaux futurs (par. 62 à 71) que celle-ci proposait. Elle a entendu des déclarations selon lesquelles l'incidence croissante de la fraude commerciale constituait un obstacle considérable et grandissant à la croissance du commerce international.

111. En ce qui concerne les travaux futurs possibles dans ce domaine, la Commission a convenu qu'il serait utile d'examiner, s'il y avait lieu, des exemples de fraude commerciale dans le contexte particulier des projets sur lesquels elle travaillait, afin que les représentants participant à ces projets puissent prendre en compte le problème de la fraude dans leurs délibérations. Le secrétariat a été prié de faciliter ces discussions lorsque cela semblait approprié.

---

[38] Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 279 à 290.
[39] Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 238 et 240.

112. En outre, constatant que la sensibilisation et la formation jouaient un rôle important dans la prévention de la fraude, la Commission a pris note avec intérêt des suggestions selon lesquelles le secrétariat devrait envisager d'élaborer, en étroite consultation avec des experts, notamment ceux qui avaient contribué à la préparation du Colloque, des listes de caractéristiques communes aux pratiques frauduleuses classiques. Ces listes, accompagnées de commentaires, pourraient être utiles pour sensibiliser les acteurs du commerce international et d'autres cibles potentielles des fraudeurs, dans la mesure où elles les aideraient à se protéger et à ne pas devenir victimes de pratiques frauduleuses. Les organisations nationales et internationales désireuses de lutter contre la fraude commerciale pourraient être invitées à diffuser ces listes parmi leurs membres, ce qui permettrait d'évaluer et d'améliorer celles-ci. Bien qu'il n'ait pas été proposé que la Commission ou ses groupes de travail intergouvernementaux participent directement à cette activité, le secrétariat tiendrait cette dernière informée à ce sujet.

C. Suite donnée à la résolution 58/75 de l'Assemblée générale et au rapport du Bureau des services de contrôle interne

113. La Commission a pris note des dispositions de la résolution 58/75 de l'Assemblée générale relatives à son rôle de coordination et du rapport du Bureau des services de contrôle interne sur l'évaluation approfondie du programme relatif aux affaires juridiques[40], notamment la recommandation 13, intitulée "Coordination accrue avec les organisations de droit commercial international" et libellée comme suit:

> "Pour améliorer la coordination, conformément à son mandat, et favoriser l'adoption d'une approche concertée des questions communes, le Service du droit commercial international devrait rencontrer chaque année des représentants des principales organisations s'occupant de questions de droit commercial en vue de l'échange d'informations et de la planification commune des activités."

114. Un soutien général a été exprimé en faveur de l'idée selon laquelle la Commission, en tant que principal organe juridique dans le domaine du droit commercial international au sein du système des Nations Unies, devrait, par l'intermédiaire de son secrétariat, s'acquitter plus activement de son mandat concernant la coordination des activités des organisations internationales œuvrant dans ce domaine au sein comme à l'extérieur du système. Il a été convenu que cette coordination pourrait comprendre l'établissement de communications régulières avec des organisations intergouvernementales. Il a également été convenu que la Commission devrait coopérer, s'il y avait lieu, avec des organisations internationales non gouvernementales qui formulaient des règles régissant le commerce international. On pourrait aussi envisager qu'elle joue un rôle accru dans la coordination du programme de travail des différentes organisations concernées. Il a été généralement admis que l'exécution de ce volet du mandat de la Commission, qui dépendait en grande partie de la disponibilité des ressources nécessaires, devrait être facilitée par la récente augmentation des effectifs de son secrétariat.

---

[40] E/AC.51/2002/5.

115. S'agissant des moyens pratiques d'améliorer la coordination mentionnée dans la recommandation 13, il a été convenu d'une manière générale que l'idée de rencontrer chaque année des représentants d'organisations internationales s'occupant de questions de droit commercial devait être interprétée avec souplesse de façon à permettre des échanges périodiques d'informations par thème (par exemple, sur la passation des marchés, le règlement des litiges en ligne, les documents de transport, l'insolvabilité et les opérations garanties). Il a également été décidé qu'il faudrait insister tout particulièrement sur la coordination des activités entre la Commission et des organisations régionales. À cet égard, il a été convenu que la Commission devrait s'efforcer d'accroître l'utilisation de ses normes dans les efforts faits pour harmoniser le droit commercial au niveau régional.

XV. Questions diverses

A. Partenariats entre l'Organisation des Nations Unies et les acteurs non étatiques, en particulier le secteur privé

116. La Commission était saisie d'une note du secrétariat sur l'évolution récente dans le système des Nations Unies en ce qui concerne les partenariats entre l'Organisation des Nations Unies et les acteurs non étatiques, en particulier le secteur privé, et les incidences éventuelles de cette évolution sur ses travaux (A/CN.9/564). Elle a reconnu l'intérêt qu'il y avait à faire participer activement les acteurs non étatiques, en les invitant à assister à ses sessions et à ses groupes de travail intergouvernementaux, à la promotion des textes qu'elle adoptait et à l'assistance technique dans les domaines visés par ces textes.

117. En ce qui concerne les partenariats entre le secteur public et le secteur privé, la Commission a entendu une déclaration d'un représentant du Bureau du Pacte mondial du Secrétariat sur l'origine, les buts et les objectifs de ce dernier et de ses réalisations et des adhésions à ce jour. Les grands principes, dans les domaines des droits de l'homme, des normes de travail et de l'environnement, que le Pacte mondial a cherché à intégrer dans les activités des entreprises pour promouvoir chez ces dernières une conscience sociale, étaient énoncés au paragraphe 6 de la note du secrétariat (A/CN.9/564), et des informations complémentaires étaient disponibles sur le site Web du Pacte mondial www.unglobalcompact.org. La Commission a noté l'importance du Pacte mondial pour ses travaux et la possibilité que ses textes contribuent à la réalisation des objectifs du Pacte. Elle a recommandé que les États membres et les observateurs fassent connaître cette initiative aux entreprises privées et aux associations d'entreprises, telles que les chambres de commerce de leurs pays, afin de promouvoir une plus large adhésion à ses principes et leur application.

B. Concours d'arbitrage international Willem C. Vis

118. Il a été noté avec satisfaction que l'Institut de droit commercial de la faculté de droit de Pace University à White Plains (New York) avait organisé le onzième concours d'arbitrage international Willem C. Vis à Vienne du 2 au 8 avril 2004. Comme les années précédentes, ce concours avait été coparrainé par la Commission. Il a été noté que les questions juridiques soumises aux équipes d'étudiants

participant à ce onzième concours étaient fondées sur la Convention des Nations Unies sur les ventes, le Règlement d'arbitrage international du Centre d'arbitrage international de Singapour, la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et la Convention de New York. Quelque 135 équipes représentant les facultés de droit de 42 pays ont participé au onzième concours. L'équipe ayant le mieux plaidé a été celle de l'école de droit Osgoode Hall de l'Université York à Toronto (Canada). 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 douzième concours d'arbitrage international Willem C. Vis se tiendrait à Vienne du 18 au 24 mars 2005.

C. Site Web de la CNUDCI

119. La Commission s'est déclarée satisfaite de son site Web (www.uncitral.org), qui contenait les documents et les travaux préparatoires en cours dans les six langues officielles de l'ONU. Elle considérait ce site comme un élément important de son programme d'ensemble d'activités d'information, de formation et d'assistance technique, et a noté qu'il était de plus en plus utilisé par les représentants pour accéder facilement aux documents dont ils avaient besoin pour leurs travaux. Elle a encouragé le secrétariat à continuer de garder à l'esprit le principe du multilinguisme dans la maintenance et l'amélioration de son site.

D. Bibliographie

120. La Commission a pris note avec satisfaction de la bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI (A/CN.9/566). Elle a été informée que cette bibliographie était régulièrement mise à jour sur le site Web de la CNUDCI. 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.

E. Limitation de la documentation

121. La Commission a été informée d'un mémorandum interne du Secrétaire général, en date du 21 avril 2004, contenant des directives pour l'élaboration de rapports établis et/ou mis au point par le secrétariat. En vertu de ces directives, les rapports (notamment ceux présentés par les organes intergouvernementaux) devraient être "pragmatiques" et se limiter aux éléments suivants:

1. Bref exposé des questions d'organisation et de procédure.
2. Recommandations, y compris les résolutions et les décisions adoptées.

3. Recommandations formulées à l'issue de dialogues multipartites, de réunions de groupes d'experts et de tables rondes au lieu des résumés des réunions.

4. Les faits récents, dernières conclusions et recommandations, notamment pour les rapports périodiques.

5. Citations tirées des documents de l'ONU uniquement lorsque l'organe délibérant est cité.

Les directives précisent en outre, que les éléments ci-après ne devraient pas figurer dans les rapports:

1. Résumé des déclarations liminaires et finales, sauf s'il est utile pour les conclusions.

2. Résumés des déclarations individuelles; par contre la liste des orateurs devrait figurer pour chaque point abordé.

3. Résumé général des déclarations faites au titre de chaque point.

4. Analyse des informations fournies sauf si elle est nécessaire pour étayer les conclusions.

5. Étude détaillée des questions d'organisation et de procédure.

6. Reproduction de textes déjà publiés ou de textes ne comportant que des modifications mineures.

7. Informations non pertinentes et qui ne présentent aucune utilité pour les débats.

Enfin, selon les directives:

1. L'établissement biennal ou triennal et le regroupement des rapports ne constituent pas, a priori, des motifs pour dépasser le nombre de pages autorisé.

2. Lorsque le Secrétaire général n'est pas explicitement prié de reproduire in extenso les informations reçues des États Membres, les réponses des gouvernements devraient être résumées et la limitation du nombre de pages respectée.

3. Des dates butoirs devraient être fixées et respectées pour l'incorporation des informations demandées aux États Membres.

4. Des questionnaires particuliers devraient être établis, dans la mesure du possible, pour cibler les informations à fournir. Les questionnaires devraient également favoriser la limitation des réponses à une longueur préétablie.

5. Une liste des rapports demandés à chaque session devrait être soumise à l'organe concerné avant la clôture de la session.

122. Dans son mémorandum, le Secrétaire général demandait aux fonctionnaires du secrétariat de veiller à ce que les rapports établis sous leur autorité, y compris ceux qui devaient être publiés au nom d'organes intergouvernementaux et de groupes d'experts, soient rédigés dans le strict respect des directives.

123. En ce qui concerne la notion de “limitation du nombre de pages” dont il était question dans le mémorandum, l’attention de la Commission a été appelée sur le rapport du Secrétaire général intitulé “Améliorer l’efficacité du fonctionnement du Département des affaires de l’Assemblée générale et des services de conférence” (A/57/289), dont le paragraphe 57 est libellé comme suit:

> “57. **Faire respecter la limitation du nombre de pages**. Depuis que le Secrétaire général a durci ses instructions, la limite de 16 pages (7 200 mots) applicable aux rapports émanant du Secrétariat est respectée systématiquement. Une dérogation n’est accordée que dans un nombre limité de cas. Il faut aussi faire plus de cas de la limite de 20 pages (9 000 mots) imposée aux rapports d’organes subsidiaires, de rapporteurs spéciaux, etc., qui représentent une part appréciable des documents publiés. En gros, le plafond de 20 pages sera dorénavant la norme pour tous les rapports non soumis à la règle des 16 pages. Ces rapports étant souvent établis par des fonctionnaires du Secrétariat, il leur faudra s’efforcer de respecter cette norme.”

En outre, l’attention de la Commission a été attirée sur le paragraphe 15 de la résolution 53/208B de l’Assemblée générale, en date du 18 décembre 1998, dans laquelle l’Assemblée a souligné à nouveau la nécessité de respecter les limites fixées pour la longueur des documents et a invité tous les organes intergouvernementaux à étudier, selon qu’il conviendra, la possibilité de ramener de 32 à 20 pages la longueur de leurs rapports, sans nuire à la qualité de leur présentation ou de leur contenu.

124. La Commission s’est félicitée des informations générales fournies sur les directives contenues dans le mémorandum du Secrétaire général (voir par. 121 ci-dessus), qui visaient à faire respecter la limitation du nombre de pages pour les rapports des organes subsidiaires, comme il est indiqué plus haut. Elle a toutefois rappelé les spécificités de ses travaux, qui rendaient inappropriée l’application de cette limitation à sa documentation ou à celle de ses organes subsidiaires.

125. La Commission a rappelé qu’elle avait été créée par l’Assemblée générale dans sa résolution 2205 (XXI), avec pour objet d’encourager l’harmonisation et l’unification progressives du droit commercial international, et qu’elle devait à cet égard prendre en considération les intérêts de tous les peuples, et particulièrement ceux des pays en développement en favorisant un large développement du commerce international. Elle a également rappelé que, si les règles juridiques internationales devaient être élaborées par consensus, la réalisation d’un tel consensus demanderait normalement une analyse et un exposé précis de la loi et des pratiques commerciales existantes. Elle a rappelé aussi que les normes juridiques qu’elle élaborait à l’intention des États qui souhaitaient moderniser leur législation dans le domaine du droit commercial international devaient s’appuyer sur le droit existant en y faisant référence et sur les exigences de son élaboration progressive à la lumière des besoins actuels de la communauté internationale. Ainsi, les projets d’articles ou autres recommandations figurant dans les documents préparés pour la Commission ou ses organes subsidiaires ainsi que dans les rapports qui en émanent devaient être étayés par des références suffisantes au droit existant, à la pratique commerciale et d’autres données pertinentes, y compris des traités, des décisions de justice et occasionnellement, à la doctrine.

126. En outre, la Commission a noté que ses documents devaient être maintenus à leur niveau de détail et de qualité pour les raisons suivantes: a) ils étaient un élément fondamental du processus par lequel elle consultait les États et obtenait leur point de vue; b) ils aidaient les différents États à comprendre et à interpréter les règles incorporées dans les normes juridiques qu'elle élaborait; c) ils faisaient partie des travaux préparatoires portant sur ces normes, étaient souvent mentionnés ou cités par les législateurs, juges et juristes nationaux appliquant ces normes; et d) ils contribuaient à la diffusion d'informations sur le droit commercial international conformément au programme pertinent de l'ONU.

127. Par conséquent, la Commission estimait qu'il serait tout à fait inapproprié d'essayer à l'avance et *in abstracto* de fixer la longueur maximum de ses rapports ou des rapports de ses organes subsidiaires, ainsi que des diverses études et autres documents de travail dont elle-même ou ses organes subsidiaires étaient saisis. Comme il a été expliqué plus haut, la longueur d'un document donné de la Commission dépendait d'un certain nombre de variables, telles que la nature du sujet et l'étendue de la pratique juridique, de la doctrine et des précédents pertinents. La Commission considérait donc que les règles concernant la limitation du nombre de pages, comme celles qui étaient contenues dans le rapport du Secrétaire général (A/57/289), ne devraient pas s'appliquer à ses documents. À cet égard, elle a noté une exception importante dans les directives du Secrétaire général, à savoir que ne devraient pas figurer dans les rapports "l'analyse des informations fournies sauf si elles sont nécessaires pour étayer les conclusions". Dans la mesure où les rapports de la Commission et de ses organes subsidiaires contenaient invariablement les explications et recommandations adoptées concernant les textes des normes juridiques qu'elle élaborait, de telles explications et recommandations étaient des "conclusions" et devraient nécessairement être étayées par l'"analyse des informations" qui constituaient les travaux préparatoires. La Commission est convenue à l'unanimité que les travaux préparatoires étaient indispensables pour les délibérations portant sur des textes normatifs et pour l'interprétation judiciaire et différaient fondamentalement des résumés des réunions consacrées à d'autres types de délibérations.

128. Il a été noté qu'une dérogation à la limitation du nombre de pages pouvait être accordée pour des documents particuliers, mais que ce processus prenait du temps. La Commission a demandé instamment à l'Assemblée générale de revoir l'application de la limitation du nombre de pages en ce qui concerne ses travaux. Elle a également rappelé qu'elle avait pleinement conscience, de même que ses organes subsidiaires, de la nécessité de réaliser des économies, toutes les fois que possible, dans le volume global de documentation et qu'elle continuerait de garder ces considérations à l'esprit, comme le montraient les efforts faits, en particulier, par son Groupe de travail III (Droit des transports), qui était parvenu récemment à réduire très sensiblement la longueur de son rapport (A/CN.9/552). De l'avis général, toutefois, ces efforts avaient atteint la limite au-delà de laquelle une nouvelle réduction aurait une incidence considérable sur la qualité de la documentation nécessaire pour montrer les implications d'un projet particulièrement important et complexe.

F. Comptes rendus analytiques

129. La Commission a été informée que, dans sa résolution 58/250 du 23 décembre 2003, l'Assemblée générale avait prié le Secrétaire général de passer en revue la liste des organes qui ont droit à l'établissement de comptes rendus analytiques, en consultation étroite avec tous les organes intergouvernementaux intéressés, en vue d'évaluer la nécessité d'établir ces documents et de déterminer s'il serait possible de le faire de manière plus efficace et plus rentable. Le secrétariat avait donc été prié de consulter les membres de la Commission pour déterminer s'ils pouvaient envisager la possibilité de renoncer aux comptes rendus analytiques ou à les réduire. Les deux principaux facteurs portés à l'attention de la Commission au nom du Comité des conférences étaient les ressources limitées disponibles pour établir ces comptes rendus et le retard qui en résultait pour leur parution. La Commission a été informée que, dans les circonstances actuelles, il était peu probable que les comptes rendus soient produits en temps voulu dans l'avenir proche. Les solutions suivantes ont été proposées à l'examen de la Commission pour le remplacement éventuel des comptes rendus analytiques: a) des transcriptions *in extenso* non révisées des enregistrements sonores dans la langue originale (comme le fait actuellement le Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique); b) des enregistrements sonores numériques des débats qui seraient disponibles dans les six langues officielles sur le site Web de l'ONU ou dans des cabines d'écoute équipées à cet effet; c) la publication provisoire de comptes rendus analytiques dans la langue originale et leur publication ultérieure dans les autres langues; ou d) la limitation des comptes rendus analytiques aux réunions où étaient prises des décisions (la Commission, par exemple, n'utilisant des comptes rendus analytiques que lorsqu'elle préparait des instruments juridiques).

130. La Commission a souligné à l'unanimité l'importance des comptes rendus analytiques comme éléments essentiels des travaux préparatoires qui devraient être disponibles pour référence ultérieure lors de l'interprétation des normes élaborées par elle. Il a été convenu dans l'ensemble que la parution des comptes rendus analytiques peu de temps après les débats auxquels ils se rapportaient était souhaitable et permettrait leur reproduction dans l'*Annuaire de la CNUDCI* établi pendant l'année qui suit une session donnée de la Commission. Il a toutefois été reconnu que la rapidité de la production des comptes rendus analytiques n'était pas le facteur le plus important. Les comptes rendus analytiques resteraient utiles et indispensables pour la pleine compréhension de l'historique d'un texte juridique donné, même s'ils étaient publiés quelques années après son adoption. En ce qui concerne les solutions proposées, il a été généralement admis que: a) des transcriptions *in extenso* non révisées des enregistrements sonores seraient peu utiles, étant donné qu'il n'y aurait pas de traduction dans les autres langues officielles; b) des enregistrements sonores numériques seraient encore moins utiles, du fait de l'absence d'indexation appropriée, de sorte que leur utilisation serait extrêmement difficile et demanderait beaucoup de temps; c) la publication provisoire de comptes rendus analytiques dans la langue originale pourrait être une solution acceptable, à condition que les versions dans les autres langues soient effectivement publiées, même plus tard; et d) la limitation des comptes rendus analytiques correspondait déjà à la pratique de la CNUDCI, qui ne les utilisait que dans le contexte de ses délibérations en vue de l'élaboration d'un instrument normatif.

G. Projet de cadre stratégique proposé pour l'exercice biennal 2006-2007

131. L'attention de la Commission a été attirée sur le sous-programme 5 (Harmonisation, modernisation et unification progressives du droit du commerce international) du projet de cadre stratégique pour l'exercice biennal 2006-2007 (A/59/6 (Prog. 6)). La Commission a noté avec satisfaction que, pour élaborer les indicateurs de succès pour 2006-2007, le secrétariat avait mis en pratique les enseignements tirés de la formulation des résultats escomptés et des indicateurs de succès pour l'exercice biennal 2002-2003. En particulier, dans les cas où il était acceptable ou inévitable de formuler des résultats escomptés en termes généraux et non ciblés, ceux-ci avaient été combinés avec des indicateurs de succès réalistes et utilisables.

XVI. Date et lieu des réunions futures

A. Débat général sur la durée des sessions

132. La Commission a rappelé qu'à sa trente-sixième session, elle avait décidé que: a) les groupes de travail devraient normalement se réunir pour une session d'une semaine deux fois par an; b) du temps supplémentaire pourrait être accordé, si nécessaire, à l'un des groupes de travail si un autre n'utilisait pas entièrement le sien, à condition de ne pas dépasser le nombre total de 12 semaines par an de services de conférence globalement allouées actuellement aux six groupes de travail de la Commission; et c) si une demande d'allongement du temps alloué à un groupe de travail entraînait un tel dépassement, la Commission l'examinerait en demandant au groupe de travail d'indiquer pourquoi un changement était nécessaire[41]. À la même session, il avait également été convenu que la situation quant à la durée des sessions du Groupe de travail III (Droit des transports) devrait être réévaluée à la trente-septième session de la Commission (voir aussi par. 62)[42].

133. À sa trente-septième session, pour les raisons indiquées à sa trente-sixième session[43], la Commission a décidé d'accorder de nouveau au Groupe de travail III (Droit des transports) les sessions de deux semaines dont il avait besoin, en utilisant le temps normalement alloué au Groupe de travail V sur le droit de l'insolvabilité qui ne devrait pas se réunir au second semestre de 2004 ni en 2005.

134. La Commission a également approuvé la tenue d'une session de deux semaines du Groupe de travail IV (Commerce électronique) en octobre 2004, pour qu'il n'y ait pas d'interruption dans le processus de négociation et d'élaboration du projet de convention, puis de sa diffusion aux fins de commentaires peu après la session d'octobre. La Commission a noté que l'accélération des travaux du Groupe de travail IV permettrait de se dispenser d'une semaine de réunions de ce groupe de travail à la fin 2005.

---

41 *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 275.

42 Ibid., par. 208.

43 Ibid., par. 272.

B. Trente-huitième session de la Commission

135. La Commission a approuvé la tenue de sa trente-huitième session à Vienne du 4 au 22 juillet 2005. 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 2005. 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 avant la trente-huitième session de la Commission

136. La Commission a approuvé le calendrier ci-après pour les sessions de ses groupes de travail:

a) Le Groupe de travail I (Passation de marchés) tiendrait sa sixième session à Vienne du 30 août au 3 septembre 2004, et sa septième session à New York du 4 au 8 avril 2005;

b) Le Groupe de travail II (Arbitrage) tiendrait sa quarante et unième session à Vienne du 13 au 17 septembre 2004, et sa quarante-deuxième session à New York du 10 au 14 janvier 2005;

c) Le Groupe de travail III (Droit des transports) tiendrait sa quatorzième session à Vienne du 29 novembre au 10 décembre 2004, et sa quinzième session à New York du 18 au 28 avril 2005 (l'Organisation des Nations Unies sera fermée le 29 avril, vendredi saint orthodoxe);

d) Le Groupe de travail IV (Commerce électronique) tiendrait sa quarante-quatrième session à Vienne du 11 au 22 octobre 2004 et, si nécessaire, une quarante-cinquième session à New York du 11 au 15 avril 2005;

e) Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité): aucune session du Groupe de travail n'était envisagée;

f) Le Groupe de travail VI (Sûretés) tiendrait sa sixième session à Vienne du 27 septembre au 1er octobre 2004, et sa septième session à New York du 24 au 28 janvier 2005.

D. Sessions des groupes de travail en 2005 après la trente-huitième session de la Commission

137. La Commission a noté qu'un calendrier provisoire avait été établi pour la réunion des groupes de travail en 2005 après sa trente-huitième session (ce calendrier était subordonné à son approbation à sa trente-huitième session):

a) Le Groupe de travail I (Passation de marchés) tiendrait sa huitième session à Vienne du 17 au 21 octobre 2005;

b) Le Groupe de travail II (Arbitrage) tiendrait sa quarante-troisième session à Vienne du 3 au 7 octobre 2005;

c) Le Groupe de travail III (Droit des transports) tiendrait sa seizième session à Vienne du 28 novembre au 9 décembre 2005;

d) Groupe de travail IV (Commerce électronique): aucune session du Groupe de travail n'était envisagée;

e) Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité): aucune session du Groupe de travail n'était envisagée;

f) Le Groupe de travail VI (Sûretés) tiendrait sa huitième session à Vienne du 5 au 9 septembre 2005.

ANNEXE

L'annexe au rapport de la CNUDCI à sa trente-septième session est reproduite dans 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 sur sa cinquante et unième session

(TD/B/51/8 (Vol. I))

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

À sa 962e séance plénière, le 15 octobre 2004, le Conseil a pris note du rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa trente-septième session (A/59/17).

C. Assemblée générale: Rapport du Sixième Comité sur le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-septième session (A/59/509)

Rapporteur: Mme Anna Sotaniemi (Finlande)

I. INTRODUCTION

1. À sa 2e séance plénière, le 17 septembre 2004, l'Assemblée générale a décidé, sur la recommandation du Bureau, d'inscrire à l'ordre du jour de sa cinquante-neuvième session la question intitulée "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-septième session" et de la renvoyer à la Sixième Commission.

2. La Sixième Commission a examiné la question à ses 1re, 2e, 14e et 16e séances, les 4, 5, 26 et 29 octobre 2004. 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.6/59/SR.1, 2, 14 et 16).

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-septième session[1].

4. À la 1re séance, le 4 octobre, le Président de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international à sa trente-septième session a présenté le rapport de la Commission sur les travaux de sa session.

II. EXAMEN DES PROPOSITIONS

A. Projet de résolution A/C.6/59/L.11

5. À la 14e séance, le 26 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-septième session" (A/C.6/59/L.11) au nom des pays suivants: Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bahamas, Bélarus, Belgique, Brésil, Bulgarie, Canada, Chili, Chine, Chypre, Colombie, Croatie, Danemark, El Salvador, Équateur, Espagne, ex-République yougoslave de Macédoine, Fédération de Russie, Fidji, Finlande, France, Gabon, Grèce, Guatemala, Guinée, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Irlande, Israël, Italie, Jordanie, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Madagascar, Maroc, Mexique, Mongolie, Norvège, Nouvelle-Zélande, Ouganda, Paraguay, Pays-Bas, Philippines, Portugal, République de Corée, République démocratique du Congo, République dominicaine, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Serbie-et-

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17).

Monténégro, Sierra Leone, Singapour, Slovaquie, Slovénie, Sri Lanka, Suède, Suisse, Thaïlande, Trinité-et-Tobago, Turquie et Uruguay, auxquels se sont joints par la suite le Kenya, la Malaisie, la Tunisie et l'Ukraine.

6. À la 16e séance, le 29 octobre, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/59/L.11 sans l'avoir mis aux voix (voir par. 10, projet de résolution I).

7. Après l'adoption du projet de résolution, les représentants des États-Unis d'Amérique et du Japon ont fait des déclarations expliquant leur position (voir A/C.6/59/SR.16).

B. Projet de résolution A/C.6/59/L.12

8. À la 14e séance, le 26 octobre, le Président de la Commission a présenté un projet de résolution intitulé "Guide législatif du droit de l'insolvabilité élaboré par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international" (A/C.6/59/L.12).

9. À la 16e séance, le 29 octobre, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/59/L.12 sans l'avoir mis aux voix (voir par. 10, projet de résolution II).

III. RECOMMANDATIONS DE LA SIXIÈME COMMISSION

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

> [Le texte des projets de résolutions n'est pas reproduit dans cette section. Ceux-ci ont été adoptés, avec des modifications de forme, en tant que résolutions 59/39 et 59/40 de l'Assemblée générale (voir la section D ci-après).]

D. Résolutions 59/39 et 59/40 de l'Assemblée générale, en date du 2 décembre 2004

Résolutions adoptées par l'Assemblée générale sur le rapport de la Sixième Commission (A/59/509)

59/39. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-septième session

L'Assemblée générale,

Rappelant sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966 portant création de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et donnant à celle-ci 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, qui réduisent ou font disparaître les obstacles juridiques aux échanges commerciaux 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-septième session[1],

Déclarant de nouveau craindre que les activités menées par d'autres organes dans le domaine du droit commercial international sans coordination avec la Commission n'aboutissent à des doubles emplois regrettables et ne soient incompatibles avec l'efficacité, l'homogénéité et la cohérence qui sont 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, les doubles emplois, notamment dans les organisations qui élaborent des règles de commerce international, et de favoriser l'efficacité, l'homogénéité et la cohérence de la modernisation et de l'harmonisation du droit commercial international, et que la Commission doit 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,

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

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17).

2. *Félicite* la Commission d'avoir achevé et adopté le Guide législatif de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur le droit de l'insolvabilité[2];

3. *Félicite également* la Commission de ses progrès dans l'élaboration d'un projet de convention sur les contrats électroniques, d'un projet d'instrument sur le droit des transports, d'un projet de guide législatif sur les opérations garanties, et de dispositions législatives types sur les mesures provisoires ou conservatoires dans le cadre de l'arbitrage commercial international, et de sa décision de réviser sa Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services[3] au regard des nouvelles pratiques, notamment celles qui ont engendré les communications électroniques de plus en plus utilisées pour la passation des marchés publics[4];

4. *Approuve* les efforts déployés et les initiatives prises par la Commission, principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, pour mieux coordonner les activités juridiques des organisations internationales et régionales qui s'occupent de droit commercial international et renforcer la coopération entre elles et, à cet égard, demande aux organisations internationales et régionales compétentes de coordonner leurs activités juridiques avec celles de la Commission, afin d'éviter les doubles emplois et de favoriser l'efficacité, l'homogénéité et la cohérence de la modernisation et l'harmonisation du droit commercial international;

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

a) Se félicite des initiatives qu'a prises la Commission pour développer, par l'entremise de son secrétariat, son programme de formation et d'assistance technique en matière législative;

b) Remercie la Commission d'avoir organisé des séminaires et des missions d'information en Azerbaïdjan, en Colombie, en Serbie-et-Monténégro, au Soudan, en Thaïlande, au Venezuela et au Yémen;

c) Remercie les gouvernements dont les contributions ont permis d'organiser les séminaires et les missions d'information, et demande aux gouvernements et aux organismes des Nations Unies, organisations, institutions et particuliers intéressés de verser des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, le cas échéant de financer des projets spéciaux et d'aider de toute autre manière le secrétariat de la Commission dans son travail de formation et d'assistance technique législative, en particulier dans les pays en développement;

d) 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 en matière législative

---

[2] Ibid., chap. III.

[3] Ibid., *quarante-neuvième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/49/17 et Corr.1), annexe I.

[4] Ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), chap. VIII, par. 81 et 82.

de la Commission, à coopérer avec celle-ci et à coordonner leurs activités avec les siennes;

6. *Constate avec regret* qu'aucune contribution n'a été versée depuis la session précédente de la Commission au fonds d'affectation spéciale créé 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, souligne qu'il importe que des contributions soient versées au fonds d'affectation spéciale afin d'accroître la participation d'experts de pays en développement aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail, et demande de nouveau aux gouvernements et aux organismes des Nations Unies, organisations, institutions et particuliers intéressés de verser des contributions volontaires au fonds d'affectation spéciale;

7. *Décide*, pour une participation pleine et entière des États Membres aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail, de poursuivre à sa cinquante-neuvième 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;

8. *Rappelle* ses résolutions sur les relations entre l'Organisation des Nations Unies et ses partenaires non étatiques, en particulier le secteur privé[5], et, à cet égard, se félicite que la Commission s'interroge sur les moyens d'inciter activement les entités non étatiques intéressées à participer à ses travaux[6], et l'encourage à continuer d'étudier les diverses manières de mettre à profit ces relations pour exécuter son mandat, en particulier dans le domaine de la formation et de l'assistance technique, selon les principes et les directives applicables et en coopération et coordination avec d'autres services compétents du Secrétariat;

9. *Approuve*, eu égard à ses résolutions sur la documentation, dans lesquelles elle insiste particulièrement sur le fait que l'abrègement des documents ne doit jamais compromettre la qualité de leur présentation et de leur contenu[7], les conclusions que la Commission expose aux paragraphes 124 à 128 de son rapport[1] à propos de la limitation du nombre de pages de ses documents, et prie le Secrétaire général de prendre en considération la nature particulière du mandat et des travaux de la Commission lorsqu'il applique à la documentation de la Commission les règles tendant à en limiter le volume;

10. *Approuve également* les conclusions que la Commission expose au paragraphe 130 de son rapport à propos de la nécessité des comptes rendus analytiques des séances qu'elle consacre à l'élaboration de textes normatifs;

11. *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 invite donc instamment les États qui ne l'ont pas encore fait à envisager de signer et de ratifier ces conventions ou d'y adhérer;

---

[5] Résolutions 55/215, 56/76 et 58/129.

[6] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), chap. XV, sect. A.

[7] Résolutions 57/283 B, sect. III, par. 29, et 58/250, sect. III, par. 2 et 17.

12. *Note* que 2005 sera l'année du vingt-cinquième anniversaire de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises[8] et le vingtième anniversaire de la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'arbitrage commercial international[9], et, à cet égard, se félicite des initiatives lancées pour organiser des conférences et diverses manifestations du même genre pour évaluer l'utilisation qui est faite de ces textes, en particulier par les juridictions étatiques et les tribunaux arbitraux;

13. *Se déclare satisfaite* de l'élaboration d'un recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises qui sera un moyen de diffuser des informations sur la Convention et d'en promouvoir l'adoption, l'utilisation et l'interprétation uniforme, ainsi que de l'avancement du travail consacré à un recueil analytique de jurisprudence concernant la Loi type sur l'arbitrage commercial international.

65e séance plénière
2 décembre 2004

---

[8] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, n° 25567.

[9] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), annexe I.

59/40 Guide législatif du droit de l'insolvabilité élaboré par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

L'Assemblée générale,

Sachant l'importance que revêt pour tous les pays l'existence de régimes de l'insolvabilité solides, bien conçus et efficaces, car elle favorise le développement économique et encourage l'investissement,

Notant qu'il est de plus en plus largement admis que les régimes de redressement sont essentiels au rétablissement des entreprises et à la reprise économique, à l'accélération de la création d'entreprise, à la préservation de l'emploi et à l'offre de moyens de financement sur le marché des capitaux,

Notant également l'importance qui doit être accordée aux questions de politique sociale dans la conception d'un régime de l'insolvabilité,

Prenant note avec satisfaction de l'achèvement du Guide législatif du droit de l'insolvabilité, que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a élaboré, puis adopté à sa trente-septième session le 25 juin 2004[1],

Convaincue que le Guide législatif, où figure le texte de la Loi type sur l'insolvabilité internationale et le guide pour son incorporation, qu'elle a recommandés dans sa résolution 52/158 du 15 décembre 1997, contribue de manière importante à la mise en place d'un cadre juridique harmonisé en matière d'insolvabilité et sera utile 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,

Constatant qu'il faut que les organisations internationales qui travaillent à la réforme du droit de l'insolvabilité coopèrent et se coordonnent pour harmoniser et rendre cohérentes leurs activités et faciliter l'élaboration de normes internationales,

Notant que l'élaboration du Guide législatif a fait l'objet comme il convenait de délibérations et de consultations approfondies avec les gouvernements et les organisations intergouvernementales et non gouvernementales internationales qui travaillent à la réforme du droit de l'insolvabilité,

1. *Sait gré* à la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir achevé et adopté le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité ;

2. *Prie* le Secrétaire général de faire paraître le Guide législatif, de le faire connaître et de le diffuser largement ;

3. *Recommande* à tous les États d'accorder l'attention voulue au Guide législatif lorsqu'ils évaluent l'efficience économique de leur régime de l'insolvabilité ou qu'ils révisent ou adoptent des lois touchant à l'insolvabilité ;

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), chap. III.

4. *Recommande également* à tous les États de continuer à envisager d'appliquer la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale.

65e séance plénière
2 décembre 2004

Deuxième partie

ÉTUDES ET RAPPORTS SUR DES SUJETS ÉTUDIÉS PAR LA COMMISSION

I. DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

A. Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa vingt-neuvième session (Vienne, 1er-5 septembre 2003) (A/CN.9/542) [Original: Anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction: Résumé des débats antérieurs du Groupe de travail	1-11
II.	Organisation de la session	12-18
III.	Résumé des délibérations et décisions	19
IV.	Élaboration d'un guide législatif sur le droit de l'insolvabilité	20-131
	A. Droits de compensation (A/CN.9/WG.V/WP.68)	20
	B. Contrats financiers et compensation globale (A/CN.9/WG.V/WP.68)	21-27
	C. Loi applicable régissant la procédure d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17)	28-43
	D. Administration de la procédure: priorités et répartition (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14)	44-50
	E. Règlement de la procédure (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.15)	51-64
	1. Décharge	51-61
	2. Clôture de la procédure	62-64
	F. Droits de recours et d'appel (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.16)	65-73
	1. Le débiteur	65-67
	2. Le représentant de l'insolvabilité	68
	3. Créanciers	69-73
	G. Traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.16, par. 15 à 24)	74
	H. Première partie. Établir la structure et les principaux objectifs d'un régime de l'insolvabilité efficace et effective (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2)	75-92
	1. Introduction aux procédures d'insolvabilité (chapeau, par. 1 et 2)	76-81
	a) Principaux objectifs d'un régime de l'insolvabilité efficace et effectif (par 3 à 13)	77-78
	b) Équilibrer les principaux objectifs (par. 14 à 18)	79-80
	c) Caractéristiques générales d'un régime de l'insolvabilité (par. 19 à 21)	81
	2. Types de procédure d'insolvabilité (chapeau, par. 22 à 25)	82-92
	a) Liquidation (par. 26 à 29)	83-84
	b) Redressement (par. 30)	85-89
	c) Procédures administratives (par. 56 et 57)	90

d) Structure du régime de l'insolvabilité (par. 58 à 64) 91-92

I. Approbation d'un plan de redressement par catégories de créanciers (A/CN.9/530, par. 84 et (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12, recommandations 129 et 130) 93-94

J. Glossaire (A/CN.9/WG.V/WP.67) 95-131

1. Notes sur la terminologie (par. 1 à 5) 96-97
2. Termes et définitions 98-131

Créances ou dépenses afférentes à l'administration de la procédure 98
Demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité 99
Absence de biens 100
Action en annulation. 101
Biens constituant une charge 102
Centre des intérêts principaux 103
Créance 104
Compensation avec déchéance du terme. 105
Ouverture de la procédure 106
Tribunal 107
Clause dite de "cram-down" 108
Comité des créanciers. 109
Débiteur. 110
Décharge 111
Disposition 112
Bien grevé 113
Établissement 114
Contrat financier. 115
Poursuite de l'activité. 116
Insolvabilité. 117
Masse de l'insolvabilité 118
Procédure d'insolvabilité 119
Processus d'insolvabilité 120
Représentant de l'insolvabilité 121
Procédure involontaire 122
Liquidation 123
Dépôt de garantie, compensation globale, convention de compensation globale et compensation. 124
Cours normal des affaires. 125
Pari passu. 126
Perfection, créancier garanti, sûreté réelle 127
Créancier postérieur à l'ouverture de la procédure 128
Préférence 129-131

I. Introduction: Résumé des débats antérieurs du Groupe de travail

1. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) avait été saisie d'une proposition de l'Australie relative aux travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité (A/CN.9/462/Add.1). Il était indiqué dans cette proposition que, vu le caractère universel de sa composition, les travaux qu'elle avait déjà menés à bien sur l'insolvabilité internationale et ses solides relations de travail avec des organisations internationales connaissant bien le droit de l'insolvabilité et s'intéressant à ce domaine, 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 idée d'approche souple ait reçu un écho favorable, il avait été convenu dans l'ensemble que la Commission ne pourrait décider définitivement de 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 exploratoire s'est tenue à Vienne du 6 au 17 décembre 1999[1].

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 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] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 383 à 385.

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), l'International Federation of Insolvency Professionals (INSOL International) et le Comité J de la Section sur le droit commercial de l'Association internationale du barreau[2].

6. Pour connaître les vues de ces organisations et tirer parti de leurs connaissances spécialisées, le secrétariat avait organisé, en coopération avec INSOL International et l'Association internationale du barreau, un colloque sur l'insolvabilité internationale, tenu à Vienne, du 4 au 6 décembre 2000.

7. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission avait été saisie du rapport du colloque (A/CN.9/495). Elle avait pris note de ce rapport avec satisfaction et s'était félicitée des travaux réalisés 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 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 avait 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[3].

8. À sa vingt-quatrième session, 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. Le Groupe de travail avait poursuivi ses travaux à ses vingt-cinquième, vingt-sixième et vingt-septième sessions, 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 sessions 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 lui ayant demandé à sa trente-cinquième session, en 2002, qu'il fasse une recommandation concernant l'achèvement de ses travaux[4], le Groupe de travail avait insisté sur la nécessité de finaliser le guide le plus rapidement possible et avait recommandé que, même s'il se pouvait que ce dernier ne soit pas prêt pour adoption finale par la Commission en 2003, un projet de texte soit néanmoins présenté en 2003 à la 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

---

[2] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17).

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

[4] Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 194.

participé au Groupe de travail l'occasion de suivre sa mise au point. Il avait 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 (A/CN.9/529, par. 17).

10. À sa vingt-huitième session, tenue à New York du 24 au 28 février 2003, le Groupe de travail a adopté la recommandation ci-après adressée à la Commission (A/CN.9/530, par. 18):

> "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 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."

11. À sa trente-sixième session en 2003, la Commission a examiné le projet de guide législatif et l'a approuvé en principe, sous réserve de son achèvement conformément aux objectifs clefs. Elle a prié le secrétariat de communiquer le projet de guide législatif aux États Membres, aux organisations internationales intergouvernementales et non gouvernementales concernées, ainsi qu'au secteur privé, aux organisations régionales et à des experts pris individuellement, de sorte

qu'ils puissent formuler des observations dès que possible, et de le lui soumettre en 2004 pour approbation et adoption[5].

II. Organisation de la session

12. Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa vingt-neuvième session à Vienne du 1er au 5 septembre 2003. Ont assisté à cette session des représentants des États membres du Groupe de travail énumérés ci-après: Allemagne, Autriche, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, France, Hongrie, Inde, Italie, Japon, Lituanie, Maroc, Mexique, Ouganda, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Soudan, Suède et Thaïlande.

13. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Argentine, Australie, Costa Rica, Danemark, Irlande, Liban, Nigéria, Pays-Bas, Pérou, République de Corée, République tchèque, Suisse, Turquie et Ukraine.

14. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales suivantes: a) organisations du système des Nations Unies: Banque mondiale et Fonds monétaire international; b) organisations intergouvernementales: Organisation de coopération et de développement économiques; c) organisations non gouvernementales: American Bar Association, American Bar Foundation, Association internationale du barreau, Center of Legal Competence, Groupe de réflexion sur l'insolvabilité (GRIP), International Federation of Insolvability Professionals (INSOL International), International Insolvency Institute et National Law Center for Inter-American Free Trade.

15. Le Groupe de travail a élu les membres suivants du Bureau:

Président: Wisit WISITSORA-AT (Thaïlande)

Vice-Président: Soogeun OH (République de Corée), élu à titre personnel

Rapporteur: Jorge PINZÓN SÁNCHEZ (Colombie)

16. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après:

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);

Note du secrétariat: projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité – glossaire (A/CN.9/WG.V/WP.67); et

Note du secrétariat: projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité (droits de compensation, contrats financiers et compensation globale) (A/CN.9/WG.V/WP.68).

17. Les documents suivants ont également été mis à la disposition des participants:

Note du secrétariat sur les travaux futurs possibles sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.50);

---

[5] Pour le texte intégral de la décision de la Commission, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 172 à 197.

Rapports du Secrétaire général sur le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.54 et Add.1 et 2, A/CN.9/WG.V/WP.57, A/CN.9/WG.V/WP.58 et A/CN.9/WG.V/WP.61 et Add.1);

Rapport du Secrétaire général sur les procédures extrajudiciaires d'insolvabilité: différents modes d'approche (A/CN.9/WG.V/WP.55);

Rapport du Secrétaire général sur les procédures informelles d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.59);

Rapport du colloque sur l'insolvabilité internationale organisé par la CNUDCI, INSOL International et l'Association internationale du barreau (A/CN.9/495);

Rapports de la CNUDCI sur ses trente-quatrième (A/56/17), trente-cinquième (A/57/17) et trente-sixième (A/58/17) sessions;

Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de ses vingt-deuxième (A/CN.9/469), vingt-quatrième (A/CN.9/504), vingt-cinquième (A/CN.9/507), vingt-sixième (A/CN.9/511), vingt-septième (A/CN.9/529) et vingt-huitième (A/CN.9/530) sessions.

18. 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

19. Le Groupe de travail a examiné le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité en s'appuyant sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.68, A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2 et 14 à 17 et A/CN.9/WG.V/WP.67. Il a tout d'abord étudié le document A/CN.9/WG.V/WP.68, puis les documents A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17, Add.14 (en commençant par la section C, Priorités et répartition) à Add.16, Add.2 et A/CN.9/WG.V/WP.67. Il a fini d'examiner les additifs restants du document A/CN.9/WG.V/WP.63 ainsi que le document A/CN.9/WG.V/WP.68. En ce qui concerne le glossaire figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.67, le Groupe de travail a fini d'examiner et de revoir les définitions dans l'ordre alphabétique anglais jusqu'au terme "preference" (préférence) inclus. Il est rendu compte ci-après de ses délibérations et décisions au sujet de ces différents documents.

IV. Élaboration d'un guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

A. Droits de compensation (A/CN.9/WG.V/WP.68)

Recommandations

20. Le Groupe de travail a approuvé en général le libellé actuel de la partie des recommandations sur les droits de compensation relative à l'objet des dispositions législatives. S'agissant de la recommandation 82, il a été convenu dans l'ensemble qu'il fallait en remanier le texte de sorte que les droits de compensation soient protégés dès lors qu'ils avaient pris naissance avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, qu'ils soient valablement exercés avant ou après l'ouverture de la procédure. Il a été suggéré que le guide fasse nettement la distinction entre l'application de dispositions relatives à l'annulation à un droit de compensation général, comme prévu dans la recommandation 82, et à la compensation dans le contexte des contrats financiers, cas dans lequel cette application pouvait perturber les marchés financiers. À cet égard, on a émis l'avis que les développements sur les contrats financiers figurant au paragraphe 193 de la section du document A/CN.9/WG.V/WP.68 consacrée aux droits de compensation en général risquaient d'être source de confusion et devaient être révisés. On a noté que le Groupe de travail reviendrait sur la définition de la "compensation" dans le cadre du glossaire.

B. Contrats financiers et compensation globale (A/CN.9/WG.V/WP.68)

Recommandations

21. Tout d'abord, il a été largement convenu qu'il fallait étudier de plus près l'emploi des termes "contrat financier" et "établissement financier". On a émis l'avis que la définition du "contrat financier" devait être aussi large et aussi souple que possible de façon à englober les nouveaux types d'instrument financier qui pourraient apparaître à l'avenir. On a objecté qu'une définition large risquerait de ne pas guider suffisamment le législateur. Il a été suggéré d'ajouter au début du paragraphe 195 du document A/CN.9/WG.V/WP.68 une phrase définissant les caractéristiques minimums nécessaires d'un contrat financier de manière à donner certaines orientations au législateur. On a fait valoir – et cet argument a été appuyé – que le commentaire et les recommandations devaient s'appliquer clairement à la fois aux contrats bilatéraux et aux contrats multilatéraux, puisque dans les deux cas l'insolvabilité pouvait avoir des répercussions sur de multiples opérations et faire peser un risque systémique sur le marché. S'agissant des "établissements financiers", il a été convenu qu'une définition éventuelle ne devait pas recouvrir uniquement les banques et, en réponse à l'avis selon lequel le terme "intermédiaire financier" serait peut-être préférable, on a souligné que le terme à employer devait englober les parties à un contrat financier (ce que ne ferait pas le terme "intermédiaire financier"). Il a aussi été suggéré de revenir sur ces deux questions dans le contexte de l'examen du glossaire. On a insisté sur la nécessité de faire preuve de prudence si le texte devait être remanié car en principe il ne fallait

pas que le projet de guide vienne troubler les règles établies et les régimes spéciaux applicables aux marchés et aux établissements financiers.

22. S'agissant de la clause relative à l'objet des dispositions législatives, on a suggéré, puisque les dispositions concernant la compensation globale avaient initialement pour but de protéger strictement les marchés financiers, de faire passer l'alinéa b) avant l'alinéa a).

23. Il a été suggéré – et cette suggestion a reçu un certain appui – de supprimer le membre de phrase "rapidement après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité" dans la première phrase de la recommandation 83. Pour le reste, le Groupe de travail a approuvé sur le fond les recommandations 83 à 85 telles qu'actuellement rédigées.

24. Pour ce qui est de la recommandation 86, il a été proposé de supprimer le premier membre de phrase entre crochets, jugé superflu, ainsi que le second membre de phrase entre crochets, qui visait à préserver l'application des dispositions sur les opérations frauduleuses. Ces propositions, de même qu'une suggestion tendant à réviser la référence à l'application des dispositions relatives à l'annulation en disant simplement "ne devraient pas être annulés", ont été appuyées. Une proposition tendant à conserver le second membre de phrase entre crochets, relatif à l'application des règles sur les opérations frauduleuses, n'a reçu aucun appui.

25. Il a été généralement convenu de supprimer les deux membres de phrase entre crochets dans la recommandation 87.

26. Il a été suggéré d'ajouter une nouvelle recommandation indiquant que les opérations autres que les contrats financiers n'entraient pas dans le champ d'application de la section et seraient soumises au droit commun de la compensation et de la compensation globale.

27. Le Groupe de travail a approuvé sur le fond les recommandations 88 et 89 telles que rédigées, sous réserve de donner des orientations supplémentaires dans la définition des contrats financiers figurant dans le glossaire.

C. Loi applicable régissant la procédure d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17)

28. Le Groupe de travail a débattu en général de la question de l'inclusion dans le projet de guide d'éléments sur la loi applicable. L'opinion qui l'a emporté a été que les questions ayant trait à la loi applicable revêtaient une importance capitale pour la procédure d'insolvabilité et qu'il fallait qu'elles soient traitées dans le projet de guide de façon à aider et guider les législateurs et autres utilisateurs. On a toutefois souligné que la discussion et l'élaboration de dispositions concernant la loi applicable ne devaient pas retarder la progression des travaux. Le Groupe de travail est convenu que les recommandations figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17 constituaient une base appropriée pour l'examen et la discussion de ces questions.

29. S'agissant de la clause relative à l'objet des dispositions législatives, on a estimé que l'alinéa a) n'était pas propre à la loi applicable mais s'appliquait au projet de guide dans son ensemble et qu'il devait donc être supprimé. On a considéré que les alinéas b) et c) se limitaient trop strictement aux relations

juridiques avec le débiteur. L'idée d'élargir la portée de ces deux alinéas pour y traiter plus généralement des procédures d'insolvabilité a reçu un écho favorable. Il a été fait observer que les premiers mots de l'alinéa d) étaient, eux aussi, inutilement restrictifs et devaient être supprimés.

30. Une proposition concernant la recommandation 1 qui a recueilli un certain soutien était de conserver le chapeau pour en faire la règle applicable et d'insérer les alinéas a) à k) dans le commentaire devant être rédigé à propos des recommandations. Une autre proposition qui a également bénéficié d'un certain appui était de conserver les alinéas a) à k) dans la recommandation, de les modifier pour suivre de plus près la structure et la terminologie du projet de guide et de résoudre les éventuels problèmes d'incompatibilité entre l'alinéa g), dans sa rédaction actuelle, et la recommandation 2. D'autres changements rédactionnels proposés pour les alinéas a) à k) visaient à supprimer les références aux baux à l'alinéa i) et à mentionner d'autres étapes essentielles de la procédure d'insolvabilité, y compris les règles régissant la répartition du produit et le classement des créances. Toujours d'un point de vue rédactionnel, on a également suggéré de se référer dans le titre à la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et de libeller ensuite la règle plutôt comme suit: "La loi du lieu où est ouverte la procédure d'insolvabilité est la loi qui s'applique au déroulement, à l'administration et à la clôture de la procédure". Ces propositions ont bénéficié d'un certain soutien.

31. Pour ce qui est de la note insérée avant le texte de la recommandation 2 à l'attention du Groupe de travail, l'avis selon lequel les questions de validité ne devaient pas être traitées dans le cadre de la loi applicable a recueilli un certain appui. Il a été proposé que la recommandation 2 parle de la reconnaissance de la loi d'un autre État plutôt que de l'application éventuelle de cette loi. Une préférence a été exprimée pour le texte entre crochets faisant référence à l'"annulabilité d'une opération". Il a également été proposé que les recommandations 2 et 3, si elles étaient toutes deux retenues, soient fusionnées car elles prévoyaient des exceptions à la recommandation 1.

32. Un accueil favorable a été réservé à l'idée selon laquelle la recommandation 3 devait être supprimée car elle énonçait une règle de fond et non une règle sur la loi applicable et compte tenu des discussions au sein du Groupe de travail sur les questions de compensation et de compensation globale. Il a été proposé de remplacer cette recommandation par une disposition générale prévoyant que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité devait être sans conséquence pour les règles de conflit de lois applicables en dehors de l'insolvabilité. Cette proposition a bénéficié d'un certain soutien.

33. De l'avis général, les alinéas a) et c) de la recommandation 4 devaient être supprimés et l'alinéa b) conservé en tant que règle générale. Il a toutefois été fait observer que la disposition résultant de ces changements n'était pas propre à l'insolvabilité et n'était donc pas nécessaire dans un guide sur le droit de l'insolvabilité. On s'est également inquiété de ce que le maintien de l'alinéa b) dans une règle d'application générale ne laisse penser que le concept d'ordre public applicable à l'insolvabilité différait de celui d'ordre public applicable plus généralement. On a aussi exprimé la crainte que la référence à la loi applicable à la relation juridique ne soit interprétée comme désignant le choix à la fois de la loi sur l'insolvabilité et de la loi du contrat, la première possibilité devant être expressément exclue. Dans l'hypothèse où l'alinéa b) serait retenu, il a été proposé

de supprimer l'adverbe "manifestement" et les mots "indépendamment ... la loi applicable choisie" dans le chapeau. Ces propositions n'ont pas été appuyées.

34. On s'est inquiété de la signification de la recommandation 5 dont on s'est demandé si l'intention était d'énoncer une règle concernant la subordination de la loi sur l'insolvabilité à la loi d'autres pays ou une règle purement interne régissant la relation entre la loi sur l'insolvabilité et d'autres lois. Dans le deuxième cas, a-t-on fait remarquer, la règle n'avait pas d'application dans le cadre d'un conflit de lois, mais pouvait être utile plus généralement et devait être insérée dans une autre partie du projet de guide. À cet égard, on a fait remarquer que la nécessité d'examiner la relation entre la loi sur l'insolvabilité et les autres lois était soulignée au paragraphe 20 du document A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2. Il a été proposé, afin que la première phrase énonce une règle plus claire sur la détermination de la loi applicable, de remplacer les mots "d'autres lois du pays" par "lois d'autres pays". Cette proposition a bénéficié d'un certain soutien.

35. S'agissant de la recommandation 6, on a émis l'avis – et cette position a été appuyée – que si la première phrase pouvait avoir sa place dans la recommandation 5, ce n'était pas le cas dans la recommandation 6 où elle devait être supprimée. En ce qui concerne la dernière phrase, on a fait observer que, si le principe qu'elle énonçait était utile, il fallait le mentionner dans le commentaire et non pas dans la recommandation. Selon un autre avis, la dernière phrase remplissait une fonction importante en encourageant l'adoption de normes appropriées et devait donc être conservée.

36. Le Groupe de travail a examiné une proposition de modification des recommandations concernant la loi applicable, qui était libellée comme suit:

"Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant la loi applicable régissant la procédure d'insolvabilité est:

a) De faciliter les opérations commerciales en fournissant un cadre clair et transparent permettant de prévoir la loi qui s'appliquera à la procédure d'insolvabilité;

b) De fournir aux tribunaux des règles claires et prévisibles pour l'application des dispositions relatives au choix de la loi figurant dans les contrats conclus avec un débiteur; et

c) De fournir aux tribunaux des règles claires et prévisibles pour déterminer la loi applicable à la procédure d'insolvabilité.

Contenu des dispositions législatives

Loi de la procédure d'insolvabilité

1) La loi sur l'insolvabilité du lieu où est ouverte la procédure d'insolvabilité devrait s'appliquer à tous les aspects du déroulement, de l'administration et de la clôture de cette procédure, à savoir notamment:

[a) Les critères d'admissibilité et d'ouverture;

b) La constitution et l'étendue de la masse de l'insolvabilité;

c) Le traitement des biens de la masse, notamment la portée de l'arrêt des poursuites, les exceptions à cet arrêt et ses aménagements;

d) Les frais et dépenses;

e) La proposition, l'approbation, la confirmation et l'exécution d'un plan de redressement;

[f) Le traitement des actes juridiques préjudiciables aux créanciers – *à aligner sur la recommandation 2)*];

g) L'effet de l'ouverture de la procédure sur les contrats dans lesquels ni le débiteur ni son cocontractant ne se sont encore pleinement acquittés de leurs obligations respectives, notamment le caractère exécutoire des clauses de résiliation automatique et des clauses de non-cession figurant dans ces contrats;

h) Les conditions dans lesquelles il peut y avoir compensation après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité;

i) Les pouvoirs du débiteur, du représentant de l'insolvabilité, des créanciers et du comité des créanciers;

j) Les créances et leur traitement;

k) Les priorités pour le classement des créances;

l) La répartition du produit de la liquidation; et

m) Le règlement et la clôture de la procédure.]

Exception à l'application de la loi de la procédure d'insolvabilité

2) À titre d'exception à la recommandation 1), la loi 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 d'insolvabilité.

(*La recommandation 3) a été supprimée.*)

Validité des dispositions contractuelles relatives au choix de la loi

4) La loi 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 de telles dispositions sont considérées comme manifestement contraires à l'ordre public du pays dont la loi s'appliquerait en leur absence.

Détermination de la loi applicable

5) La loi sur l'insolvabilité devrait indiquer clairement les cas dans lesquels elle serait subordonnée aux lois d'un autre pays.

(*À insérer ailleurs dans le Guide: La loi sur l'insolvabilité devrait reconnaître et respecter les droits et les créances valables en vertu d'une autre loi 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.)

6) Lorsque la législation de plus d'un État prévoit l'application d'une loi autre que la loi sur l'insolvabilité, le tribunal de l'insolvabilité devra appliquer une règle de conflit pour déterminer l'État dont la loi devrait s'appliquer. Les règles de conflit devraient être claires et prévisibles et suivre les règles de conflit modernes énoncées dans les traités internationaux et les guides législatifs établis sous l'égide d'organismes internationaux."

37. S'agissant de la clause relative à l'objet des dispositions législatives, il a été convenu de conserver les alinéas b) et c) en y apportant quelques modifications pour tenir compte de l'avis selon lequel le premier alinéa était un sous-ensemble du second et devait par conséquent y être incorporé. D'un point de vue rédactionnel, on a proposé de remplacer les mots "à la procédure d'insolvabilité" par "dans le cadre de la procédure d'insolvabilité".

38. Après un examen attentif des alinéas a) à m) de la recommandation 1, il a été convenu de conserver ceux-ci dans la recommandation sans les crochets. Il a aussi été convenu de la nécessité d'aligner l'alinéa f) de la recommandation en question avec la recommandation 2, éventuellement en rédigeant cet alinéa à peu près comme suit: ''les règles relatives à la nullité, à l'annulation ou à l'inopposabilité des actes préjudiciables à l'ensemble des créanciers". Il a en outre été convenu de remplacer le mot "pouvoirs" à l'alinéa i) de la recommandation 1 par "droits et obligations", formule employée dans d'autres parties du guide.

39. Le Groupe de travail a jugé la recommandation 2 acceptable sur le fond, sous réserve d'y apporter quelques modifications pour indiquer clairement que l'intention de la disposition était que la loi d'un autre État pourrait s'appliquer à la compensation ou à l'annulation et non à l'annulation de la compensation, comme le laissait penser le libellé actuel.

40. En ce qui concerne, la recommandation 4, on est convenu que l'ordre public était le critère approprié à retenir. Il fallait également examiner de plus près la nécessité de conserver les mots "... dont la loi s'appliquerait en leur absence".

41. La proposition de remplacer dans la recommandation 5 le mot "subordonnée" par un membre de phrase indiquant que la loi sur l'insolvabilité "autoriserait l'application" de la loi d'autres pays a été appuyée. Il a aussi été convenu d'insérer le contenu de la note venant après la recommandation 5 dans une autre partie du guide.

42. Après examen de la recommandation 6, le Groupe de travail est convenu d'en conserver la première phrase afin d'énoncer une règle sur l'application de la loi autre que la loi sur l'insolvabilité, en remplaçant les mots "Lorsque la législation de plus d'un État prévoit" par "En ce qui concerne".

43. Le secrétariat de la CNUDCI a été prié de prendre en considération les délibérations lorsqu'il réviserait le texte des recommandations relatives à la loi applicable et d'élaborer un commentaire qui serait soumis à l'examen du Groupe de travail à sa prochaine session. Il a également été prié de se concerter avec la Conférence de La Haye de droit international privé.

D. Administration de la procédure: priorités et répartition (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14)

Recommandations

44. S'agissant de la clause relative à l'objet des dispositions législatives, on a notamment suggéré de remplacer, à l'alinéa a), le mot "payées" par "remboursées" et de parler, à l'alinéa b), de l'égalité de traitement des créanciers se trouvant dans la même situation et non pas des créanciers de la même catégorie. Pour le reste, il a été convenu de supprimer les crochets à l'alinéa c) et de conserver le libellé actuel de la clause. Il a aussi été convenu de modifier le commentaire, au paragraphe 441 et ailleurs, compte tenu des délibérations du Groupe de travail sur l'alinéa b), en mentionnant différentes approches concernant le traitement des classes, y compris l'utilisation de sous-classes, et en distinguant l'application stricte du principe *pari passu* en cas de liquidation de son application plus souple en cas de redressement. Plus généralement, il a été convenu que l'application des recommandations 166 à 171 à la liquidation et au redressement devait être clarifiée.

45. S'agissant de la recommandation 166, il a été convenu de supprimer le membre de phrase ", autres que les créances garanties,".

46. Bien que la suppression du texte souligné dans la première phrase de la recommandation 167 ait recueilli un certain appui, la majorité des participants se sont dits favorables à son maintien. Il a par ailleurs été convenu qu'on pourrait modifier la seconde phrase de façon à faire ressortir clairement que la recommandation ne portait pas sur la validité des priorités mais sur la nécessité d'éviter toute incertitude quant à l'ordre des priorités en énonçant toutes les priorités dans la loi sur l'insolvabilité. On a fait observer qu'une priorité accordée ou calculée en vertu d'une autre loi ne serait pas nulle du seul fait qu'elle n'était pas prévue dans la loi sur l'insolvabilité. Il a été proposé d'ajouter à la fin de la recommandation une phrase indiquant que la loi sur l'insolvabilité devrait préciser si, et dans quelle mesure, les priorités résultant d'une autre loi pouvaient être reconnues dans la procédure d'insolvabilité.

47. Le Groupe de travail est convenu de supprimer la note 3 se rapportant à la recommandation 168; il a toutefois été proposé – et cette proposition a reçu un certain appui – d'inclure, au paragraphe 424 du commentaire, des développements sur les incidences de l'approche exposée dans la note 3 sur un nantissement d'entreprise ou une charge flottante, d'une part, et sur une sûreté constituée sur un bien déterminé, de l'autre. Il a en outre été convenu que la recommandation devrait prévoir non seulement la possibilité de verser au créancier garanti le produit de la vente de l'actif grevé mais aussi la possibilité de lui remettre cet actif. De l'avis général, il fallait également ajouter à la recommandation 168 une deuxième phrase, sur le modèle de la deuxième phrase de la recommandation 167, demandant que la loi sur l'insolvabilité indique les autres créances prioritaires. Sur un point de rédaction, on a proposé d'ajouter "en cas de liquidation, ou en application d'un plan de redressement" après "… réalisation de la sûreté…". On a noté qu'il y avait différents types de dépenses d'administration de la procédure, lesquelles n'occupaient pas nécessairement le même rang et pouvaient être plus élevées en cas de redressement qu'en cas de liquidation.

48. Un certain nombre de suggestions d'ordre rédactionnel ont été faites à propos de la recommandation 169, à savoir: supprimer à l'alinéa a) les mots venant après "frais et dépenses d'administration"; préciser le sens des mots "créances ... bénéficiant d'un droit de préférence" à l'alinéa b); et, l'alinéa e) ne visant pas un paiement aux créanciers, le supprimer ou, à défaut, modifier en conséquence la partie liminaire de la recommandation.

49. Il a été noté que, si le passage souligné dans la recommandation 170 visait la cession de rang convenue contractuellement, cette recommandation pourrait aussi utilement mentionner d'autres types de déclassements applicables, tels que la modification du rang d'un créancier décidée pour des raisons d'équité (equitable subordination). Il a également été proposé d'ajouter, à la fin de la deuxième phrase, les mots "à moins que la catégorie des créanciers les mieux classés n'en convienne autrement" ou de déplacer cette phrase, à laquelle seraient ajoutés les mots en question, pour en faire une nouvelle recommandation. Dans le même ordre d'idées, on a fait valoir que, d'une manière générale, la loi ne devait pas restreindre l'autonomie contractuelle des parties et qu'il faudrait par conséquent ajouter une note indiquant que les règles générales énoncées dans les recommandations 169 à 171 étaient susceptibles de dérogation conventionnelle par les parties.

50. Pour ce qui est de la recommandation 171, il a été convenu de remplacer les mots "est tenu de" par "peut" ou "pourrait". Il a aussi été convenu qu'il fallait, afin de ne pas pénaliser les créanciers qui n'avaient pas déclaré une créance sans qu'il y ait eu faute ou omission de leur part, mentionner également dans la deuxième phrase les créances existantes non encore déclarées. Sur un point de rédaction, on a proposé de préciser qu'en cas de liquidation, le produit devait être réparti rapidement et aussi intégralement que possible. Selon un autre avis, la règle détaillée énoncée dans la deuxième phrase de la recommandation 171 restreignait trop la gestion de la masse au jour le jour par le représentant de l'insolvabilité et pouvait être supprimée. Le secrétariat de la Commission a été prié d'élaborer une nouvelle version révisée des recommandations, en tenant compte des débats au sein du Groupe de travail.

E. Règlement de la procédure (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.15)

1. Décharge

Recommandations

51. On a fait observer que, le terme "natural person debtors" et non "individual debtors" étant généralement employé dans la version anglaise du projet de guide, il fallait modifier l'alinéa a) de la clause relative à l'objet des dispositions législatives ainsi que la recommandation 172. Pour le reste, la clause relative à l'objet des dispositions a été jugée acceptable sur le fond.

52. Plusieurs commentaires ont été formulés au sujet du libellé du chapeau de la recommandation 172. On s'est dit favorable à la suppression des mots "exerçant une activité commerciale", compte tenu de la décision que le Groupe de travail avait prise à propos des questions d'admissibilité et du champ d'application du projet de guide. L'idée de supprimer les mots "après [la liquidation ... procédure de liquidation]" a également été appuyée, car la question de savoir à quel moment intervenait la remise de dettes était traitée aux alinéas a) et b).

53. L'avis selon lequel l'alinéa a) devrait être considéré comme énonçant la norme de conduite que le débiteur devait observer durant la procédure d'insolvabilité pour être libéré a reçu un écho favorable. De l'avis général, il fallait supprimer les passages entre crochets "[est honnête]" et "[agit de bonne foi]" car ces critères s'avéraient difficiles à appliquer dans la pratique. Il a été convenu de conserver le passage faisant référence aux actes frauduleux et éventuellement de le combiner avec une formule plus objective du type "s'est acquitté des obligations que lui impose la loi sur l'insolvabilité".

54. S'agissant de l'alinéa b), on s'est dit favorable au maintien des deux variantes proposées pour déterminer à partir de quand le débiteur était libéré. Il a également été proposé de mentionner la clôture de la procédure. L'idée de supprimer les mots "le débiteur étant censé en attendant ... d'exécuter ses obligations" a été favorablement accueillie.

55. Il a été fait observer, à propos de l'alinéa c), que ce dernier devait mentionner les dettes qui, de par leur nature, ne devraient pas pouvoir faire l'objet d'une remise. Si le choix des dettes à exclure incombait essentiellement aux États, il a cependant été proposé de ne mentionner dans la recommandation que les exclusions concernant les créances indemnitaires, les pensions alimentaires ou les amendes prononcées en substitution d'une peine l'emprisonnement. D'autres exemples pourraient éventuellement être examinés dans le commentaire. La recommandation devait en outre encourager la transparence et la sécurité juridique en exigeant que toutes ces exclusions soient mentionnées dans la loi sur l'insolvabilité.

56. On a fait observer que les exemples donnés à l'alinéa d) étaient mal choisis, en particulier du fait que l'interdiction d'exercice du débiteur était incompatible avec l'idée de décharge; si le débiteur n'était pas apte à exercer une activité commerciale, il ne devait probablement pas être libéré. Il a été proposé de supprimer les exemples ou d'en restreindre la portée, par exemple en citant l'interdiction de siéger dans un conseil d'administration plutôt qu'une simple interdiction d'exercice. On a toutefois répliqué que, dans de nombreux pays, la question ne serait pas de savoir si le débiteur devait ou non être libéré mais de savoir quelles restrictions lui seraient appliquées sur la base de son comportement dans la procédure d'insolvabilité.

57. On a fait observer que la structure de la recommandation 172 devrait sans doute être revue: les alinéas a) à d) ne correspondaient en effet pas à différentes approches comme le laissait entendre le membre de phrase liminaire. Les alinéas a) et b) représentaient bien deux approches entre lesquelles un choix pouvait être fait, mais les alinéas c) et d) pouvaient s'appliquer quel que soit le choix opéré entre les alinéas a) et b).

58. Le Groupe de travail a examiné une proposition de modification de la recommandation 172 concernant la décharge dans la procédure de liquidation. Cette proposition était libellée comme suit:

> "172) Lorsque la loi sur l'insolvabilité autorise l'insolvabilité des débiteurs personnes physiques, la question de la remise des dettes antérieures à l'ouverture de la procédure devrait être traitée.
>
> a) La décharge ne peut pas s'appliquer avant l'expiration d'un délai spécifié à compter de l'ouverture de la procédure, le débiteur étant censé en attendant coopérer avec le représentant de l'insolvabilité;

b) Le débiteur peut être libéré complètement et immédiatement lorsqu'il n'a pas agi de manière frauduleuse et a coopéré avec le représentant de l'insolvabilité en s'acquittant des obligations que lui impose la loi sur l'insolvabilité;

c) Lorsque la remise est exclue pour certaines dettes, celles-ci devraient être limitées à un minimum pour aider le débiteur à prendre un nouveau départ et devraient être indiquées dans la loi sur l'insolvabilité;

d) Lorsque la décharge est soumise à certaines conditions, celles-ci devraient être limitées à un minimum pour aider le débiteur à prendre un nouveau départ."

59. S'agissant de la version révisée de la recommandation 172, le Groupe de travail est convenu d'en modifier la partie liminaire comme suit: "Lorsqu'une personne physique remplit les conditions requises pour être considérée comme débiteur en vertu de la loi sur l'insolvabilité"; de laisser l'alinéa a) tel quel; de supprimer les mots "complètement et immédiatement" à l'alinéa b); de considérer comme acceptable le libellé actuel des alinéas c) et d); et d'ajouter un nouvel alinéa e) prévoyant l'annulation de la décharge lorsque, par exemple, celle-ci avait été obtenue par fraude. Pour ce qui est de la relation entre l'alinéa a) et l'alinéa b), il a été proposé de remanier ce dernier de manière à indiquer qu'il prendrait effet à l'expiration du délai prévu à l'alinéa a). Les deux alinéas prévoiraient la possibilité de fixer un délai, durant lequel le débiteur devait coopérer avec le représentant de l'insolvabilité, la décharge prenant effet à l'expiration de ce délai, à condition que le débiteur ait coopéré et n'ait pas agi frauduleusement.

60. Après un débat, le Groupe de travail a prié le secrétariat de la CNUDCI d'établir une nouvelle version révisée en tenant compte des considérations exposées ci-dessus.

61. S'agissant de la recommandation 173, on a fait observer que la décharge dépendrait de l'effet du plan et que différents effets étaient prévus par les lois. Il a donc été suggéré – et cette suggestion a reçu un certain appui – de déplacer le texte de la recommandation et de l'insérer dans le chapitre consacré au redressement. Il a aussi été proposé – et cette proposition a également été appuyée – d'insérer le texte de la recommandation 173 dans la recommandation 175. Il a été convenu que l'application de la recommandation à la fois aux personnes morales débitrices et aux débiteurs personnes physiques devait être clarifiée et que la décharge pourrait s'appliquer soit à compter de la prise d'effet du plan, soit à compter de l'exécution intégrale de ce dernier. Dans le premier cas, il faudrait indiquer dans le commentaire que de nombreuses lois permettaient l'annulation de la décharge lorsque le plan n'était pas pleinement exécuté.

2. Clôture de la procédure

Recommandations

62. Après un débat, le Groupe de travail a approuvé sur le fond la clause concernant l'objet des dispositions législatives telle qu'actuellement rédigée. Il a été suggéré d'inclure une référence à la notification de la clôture de la procédure aux parties intéressées.

63. Sur un point de rédaction, on a fait observer que le début de la recommandation 174 serait plus clair si l'on disait, par exemple, une fois la masse de l'insolvabilité totalement liquidée ou réalisée et répartie et non pas "administrée". On a objecté que le mot "liquidée" risquait d'exclure la clôture dans les cas où des actifs étaient rendus au créancier et que cette éventualité devait être prise en considération quels que soient les termes retenus. Il a été convenu que la référence à la fin de la mission du représentant de l'insolvabilité devait être supprimée.

64. En ce qui concerne la recommandation 175, on a émis l'avis – et cette position a été appuyée – que seule la première phrase était nécessaire, les autres portant sur des questions qui étaient traitées dans les développements sur la conversion d'une procédure de redressement. S'agissant du moment auquel la clôture pourrait intervenir, on a souligné que l'exécution intégrale pouvait prendre beaucoup de temps et qu'il faudrait ménager la possibilité que la clôture intervienne avant dans les cas où, par exemple, le tribunal pourrait déterminer qu'il y avait des chances raisonnables que le plan soit pleinement exécuté. Cette opinion a été appuyée. Il a aussi été suggéré d'inclure, dans la première phrase, les mots "au plus tard" avant le membre de phrase "une fois que le plan de redressement est pleinement exécuté".

F. Droits de recours et d'appel (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.16)

1. Le débiteur

65. Le Groupe de travail est convenu que les droits de recours et d'appel du débiteur devraient être examinés dans le projet de guide, car il s'agissait généralement de droits fondamentaux protégés par la loi.

66. Il a également été convenu que le droit du débiteur de former un recours ou un appel contre des décisions prises pendant la procédure d'insolvabilité serait limité aux décisions dans lesquelles celui-ci avait un intérêt direct ou qui avaient une incidence sur ses droits et obligations. On a noté que ce droit devait être concilié avec les intérêts des créanciers et que, s'il n'était pas limité aux décisions dans lesquelles le débiteur avait un intérêt direct, il se pouvait que la procédure soit compromise et retardée d'une manière injustifiée et que des dépenses considérables en découlent, ce qui serait préjudiciable aux créanciers. Il a en outre été convenu que ce droit aurait une portée plus limitée dans la liquidation que dans le redressement, de par la nature même de la procédure, et que son exercice pourrait être lié au contenu de la loi. Par exemple, lorsque aucune décharge automatique n'était prévue, le débiteur s'intéressait peut-être davantage au déroulement de la procédure et aux décisions ayant une incidence sur ses intérêts.

67. S'agissant de savoir quand le débiteur pouvait être considéré comme ayant un intérêt, il fallait, a-t-on estimé, que cet intérêt soit légitime, véritable, actuel et substantiel. Il a été noté qu'il y aurait généralement des moyens procéduraux de traiter les appels qui ne pouvaient être justifiés.

2. Le représentant de l'insolvabilité

68. Une proposition visant à insérer une section consacrée au droit de recours et d'appel du représentant de l'insolvabilité a été favorablement accueillie. L'absence

d'une telle section, a-t-on déclaré, pouvait être interprétée par les lecteurs du guide comme laissant entendre que le représentant de l'insolvabilité ne jouissait pas d'un tel droit.

3. Créanciers

69. Sur des points de rédaction, il a été proposé d'ajouter au paragraphe 7 du commentaire des références à la collusion et aux ententes, de chercher un autre terme que "administration de la masse" car celui-ci n'avait pas le même sens dans différentes langues et différents pays, et de remplacer, au paragraphe 9 de la version anglaise, le mot "gain" par le mot "obtain". Il a en outre été proposé que le projet de guide examine l'équilibre à réaliser entre les droits de recours et d'appel de chaque créancier et l'intérêt collectif des créanciers et comprenne des développements sur les types de décision dont il pourrait être fait appel. On a noté à cet égard que dans certains pays, il ne pouvait être fait appel que des décisions définitives tandis que dans d'autres, le droit d'appel était plus large. Le commentaire a été dans l'ensemble jugé acceptable sur le fond.

70. Le Groupe de travail est convenu que le projet de guide devrait comporter des recommandations concernant les droits d'appel du débiteur.

71. Sur un point d'ordre général, on a fait observer que le guide devrait souligner la nécessité d'une décision rapide sur ces appels afin d'éviter des retards dans la procédure et des frais inutiles. Sur un point de rédaction, on a émis l'avis qu'on pourrait traiter de façon plus concise des droits d'appel du débiteur, des créanciers et du représentant de l'insolvabilité dans une seule et même section qui serait intitulée droits d'appel des parties intéressées, celles-ci devant alors être définies. Il a été proposé d'insérer dans le glossaire une définition plus ou moins libellée comme suit:

> **"Partie intéressée**
>
> Le débiteur, le représentant de l'insolvabilité, un créancier, un actionnaire, un comité des créanciers, [une autorité publique] ou toute autre personne dont les droits, les biens ou les obligations découlant de la loi sur l'insolvabilité [ou la concernant] subissent des conséquences."

72. Il a en outre été proposé d'ajouter dans le chapitre IV des recommandations du type suivant:

> **"Droit d'être entendu**
>
> La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir qu'une partie intéressée a le droit d'être entendue sur toute question qui porte atteinte aux obligations que lui impose la loi sur l'insolvabilité, à ses droits ou aux biens sur lesquels elle a un droit.
>
> a) Une partie intéressée peut contester tout acte soumis à l'approbation du tribunal;
>
> b) Une partie intéressée peut demander au tribunal d'examiner tout acte pour lequel son approbation n'était pas nécessaire ou n'a pas été requise;
>
> c) Une partie intéressée peut demander toute mesure d'aménagement dont elle peut se prévaloir en vertu de la loi sur l'insolvabilité.

Droit de faire appel

Une partie intéressée peut faire appel de toute décision du tribunal qui porte atteinte aux obligations que lui impose la loi sur l'insolvabilité, à ses droits ou aux biens sur lesquels elle a un droit."

73. Plusieurs points ont été soulevés à propos du libellé de la proposition. Pour ce qui est de la définition du terme "partie intéressée", on a demandé si la relative commençant par "dont les droits" qualifiait seulement "toute autre personne" ou si elle s'appliquerait aussi au débiteur, au représentant de l'insolvabilité et aux autres parties mentionnées dans la définition. Si cette relative n'avait pas pour effet de limiter les parties devant être avisées, une exigence de notification aurait – a-t-on fait observer – pour conséquence d'obliger à notifier un nombre potentiellement important de parties dont les intérêts n'étaient pas lésés, par exemple, tous les actionnaires. Dans certains cas, cette obligation serait lourde à assumer dans le cadre de la procédure. Il a été proposé, pour indiquer plus clairement les droits ou intérêts lésés, de modifier la fin de la définition comme suit: "dont les droits, obligations découlant de la loi sur l'insolvabilité ou biens sur lesquels elle a un droit subissent des conséquences". Cette proposition a bénéficié d'un certain soutien. On s'est également dit favorable au maintien de la référence à "l'autorité publique", bien que, selon un avis, le terme "public authority" en anglais serait plus approprié pour désigner le type d'autorité visé dans le projet de guide. Il a par ailleurs été proposé de nuancer le mot "conséquences" en exigeant que celles-ci soient importantes ou directes, ou en donnant une explication dans le commentaire pour limiter la portée de ce mot. Il a été répondu qu'en raison de la reconnaissance croissante d'intérêts diffus dans différents pays, il serait probablement difficile de tomber d'accord sur les nuances à introduire dans le guide. D'un point de vue rédactionnel, il a été proposé d'insérer au début de la recommandation les mots "la loi sur l'insolvabilité devrait prévoir"; d'ajouter les mots "en particulier" à la fin de la partie liminaire; de remplacer les mots "toute décision" par "une décision"; d'aligner en anglais (et le cas échéant dans les autres langues) les mots "equity security holder" et "property" sur la terminologie employée dans les autres chapitres du projet de guide; et de parler de "droits ... sur lesquels la procédure d'insolvabilité a des incidences" plutôt que de "droits ... qui subissent des conséquences". Le secrétariat a été prié d'élaborer une version révisée de la définition et des recommandations pour insertion dans le projet de guide et de modifier le commentaire en conséquence.

G. Traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.16, par. 15 à 24)

74. Après un débat, le Groupe de travail est convenu de ne pas formuler de recommandations concernant cette section et de ne pas non plus définir le terme "groupes de sociétés" dans le glossaire, mais de remanier le commentaire. Un certain nombre de points devaient être soulignés et développés. Ainsi, le droit concernant le traitement des groupes de sociétés était extrêmement complexe et les approches juridiques étaient multiples, les législations nationales ayant tendance à refléter les cadres juridiques spécifiques de l'État, de sorte qu'il serait malvenu que le Groupe de travail cherche à formuler des recommandations spécifiques dans ce domaine. C'était aussi là une question de grande importance qui devait être traitée

suffisamment dans le détail par les États pour apporter la sécurité aux tiers. Au lieu d'une réglementation directe des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité, on pourrait faire référence à certaines parties de la loi sur l'insolvabilité ou à d'autres lois, comme celles portant sur l'annulation ou le déclassement. On a émis l'avis que le commentaire devrait s'attacher principalement à indiquer les problèmes soulevés par les groupes de sociétés en cas d'insolvabilité et non pas les mesures qui devraient être prévues dans la loi sur l'insolvabilité pour résoudre ces problèmes. Par ailleurs, on a aussi émis l'avis qu'il serait utile que le commentaire précise si, et dans quelles conditions, une société d'un groupe pouvait demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité pour une autre société du groupe.

H. Première partie. Établir la structure et les principaux objectifs d'un régime de l'insolvabilité efficace et effectif (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2)

75. Il a été noté que la Commission avait examiné la première partie du projet de guide à sa trente-sixième session[6] et que quelques modifications mineures avaient été suggérées. Il a aussi été noté que la première partie telle que rédigée avait été approuvée sur le principe par la Commission.

1. Introduction aux procédures d'insolvabilité (chapeau, par. 1 et 2)

76. Le Groupe de travail a approuvé sur le fond ces paragraphes tels qu'actuellement rédigés.

a) Principaux objectifs d'un régime de l'insolvabilité efficace et effectif (par. 3 à 13)

77. Le Groupe de travail est convenu qu'on pourrait ajouter au début de la section un nouvel objectif, plus général que ceux actuellement énoncés dans le texte et se rapportant à la loi sur l'insolvabilité, qui indiquerait ce qu'un régime de l'insolvabilité devrait s'efforcer d'atteindre. Un tel objectif, a-t-on dit, viserait à encourager les États à utiliser, pour évaluer la réalisation des principaux objectifs, des indicateurs potentiels tels que la disponibilité de moyens de financement pour créer et redresser des sociétés, des évaluations du risque de crédit aux niveaux national et international et les performances économiques des secteurs de l'industrie. On a suggéré des formules telles que "sécuriser le marché" et "promouvoir la stabilité et la croissance économiques".

78. On a émis l'avis que l'objectif examiné au paragraphe 9 pourrait être exprimé sous une forme positive telle que "Préserver la masse de l'insolvabilité pour permettre une répartition équitable entre les créanciers".

b) Équilibrer les principaux objectifs (par. 14 à 18)

79. Il a été suggéré d'ajouter une note de bas de page se rapportant au mot "sûretés réelles" figurant parmi les exemples donnés dans la première phrase du paragraphe 16. Cette note indiquerait que des mesures avaient été prises ces dernières années en vue d'harmoniser le droit des sûretés réelles, notamment avec l'adoption de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international et de la Convention de l'Institut international pour l'unification du

---

[6] Ibid., par. 172 à 182.

droit privé (Unidroit) relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles.

80. Le Groupe de travail a approuvé sur le fond la section telle qu'actuellement rédigée.

c) Caractéristiques générales d'un régime de l'insolvabilité (par. 19 à 21)

81. D'un point de vue rédactionnel, il a été proposé de remplacer, à l'alinéa f) du paragraphe 19, les mots "suspendus du fait de" par "exécutés ou protégés en dépit..." et de remanier l'alinéa k) de façon qu'il renvoie à la décharge du débiteur de façon plus générale en cas de liquidation. Le Groupe de travail a approuvé sur le fond cette section telle qu'actuellement rédigée.

2. Types de procédure d'insolvabilité (chapeau, par. 22 à 25)

82. Il a été convenu, compte tenu de délibérations antérieures du Groupe de travail, de supprimer les références aux processus informels au paragraphe 22 et dans tout le projet de guide. Le Groupe de travail est également convenu qu'il fallait remanier le paragraphe 25 de façon à faire ressortir sa préférence pour le redressement, point qui devrait généralement être reflété dans le projet de guide.

a) Liquidation (par. 26 à 29)

83. Le Groupe de travail est convenu qu'il fallait supprimer la dernière phrase du paragraphe 26. Il a aussi été convenu d'ajouter un nouveau paragraphe qui indiquerait que la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité pouvait intervenir dans le cadre d'une procédure de liquidation dans certains pays, alors que, dans d'autres, elle n'était possible que dans le cadre d'une procédure de redressement. On a fait observer que dans de nombreuses lois, la liquidation n'excluait pas la possibilité d'un transfert de l'entreprise à d'autres sociétés. Il a été proposé – et cette proposition a été appuyée – d'établir une nette distinction dans les développements sur les diverses procédures d'insolvabilité entre la liquidation, le transfert de l'entreprise de la société débitrice à une autre société (que ce transfert intervienne dans le cadre d'une liquidation ou d'un redressement) et le redressement de la société débitrice afin de préserver l'entreprise. Sur des points de rédaction, il a été suggéré d'ajouter, dans la première phrase du paragraphe 26, une référence aux créanciers garantis recevant le produit de la vente d'actifs grevés et, d'une manière générale, de parler dans le guide de la vente ou la réalisation des actifs et non pas seulement de la vente.

84. On a fait observer que le mot "universel", utilisé au paragraphe 27, n'impliquait pas nécessairement dans toutes les langues l'idée d'une large acceptation et qu'il faudrait prêter attention à ce problème lorsque le texte serait révisé. Il a aussi été suggéré de fusionner les alinéas d) et e) du paragraphe 27 en les reliant par le membre de phrase "si l'entreprise d'un débiteur ne peut être cédée en vue de la poursuite de l'activité".

b) Redressement (par. 30)

85. Le Groupe de travail est convenu qu'il fallait ajouter dans le projet de guide une recommandation préconisant que la loi sur l'insolvabilité prévoie une procédure de redressement. Il a aussi été convenu que les développements dans le commentaire

sur la procédure de redressement devraient refléter l'opinion du Groupe de travail selon laquelle une procédure de redressement était en principe dans l'intérêt de toutes les parties.

86. Il a été proposé, étant donné la préférence du Groupe de travail pour le redressement, de déplacer la section comprenant les paragraphes 30 à 55 et de la faire précéder de celle contenant les paragraphes 26 à 29 concernant la procédure de liquidation. Cette proposition a été appuyée.

87. Le Groupe de travail a décidé de supprimer, au paragraphe 30, la liste des noms de procédures de redressement et de l'inclure dans le glossaire. Sur un point de rédaction, il a été proposé de remplacer, dans la première phrase du paragraphe 30, "l'entreprise" par le membre de phrase "une société, ou à défaut, une activité" et de supprimer le reste de la phrase.

i) Procédures de redressement formelles (par. 31 à 36)

88. Pour qui est du libellé, il a été suggéré de commencer le paragraphe 31 par les mots "Toutes les entreprises débitrices" figurant dans l'actuelle deuxième phrase et de supprimer tout ce qui précède.

ii) Processus de redressement informels et accélérés (par. 37 à 55)

89. Le Groupe de travail est convenu, qu'en général, le texte actuel sur les processus informels devait être maintenu, sous réserve néanmoins de quelques remaniements. Il a été décidé d'indiquer dans le commentaire que la viabilité et l'efficacité des processus informels intervenant en lieu et place d'une procédure d'insolvabilité formelle dépendaient de l'existence d'un solide cadre institutionnel, et notamment d'une structure juridique et judiciaire efficace, efficiente et sûre. Il faudrait aussi inclure un renvoi aux développements sur le cadre institutionnel figurant dans le projet de guide. Le commentaire devrait en outre indiquer clairement que les processus informels avaient un caractère volontaire et contractuel et que, s'ils échouaient, ils devaient être suivis d'une procédure formelle qui pourrait éventuellement être une procédure accélérée. Il a aussi été convenu d'indiquer aux paragraphes 53 à 55 qu'une nette distinction pouvait être établie entre les processus informels extrajudiciaires et les procédures judiciaires accélérées. Il a été suggéré de mieux séparer dans le projet de guide les développements sur les processus informels et ceux sur les procédures accélérées. Il a aussi été suggéré d'indiquer dans le commentaire que certaines procédures marchaient bien précisément parce qu'elles étaient réglementées tandis que des processus devaient leur succès au fait qu'ils ne l'étaient pas.

c) Procédures administratives (par. 56 et 57)

90. Le Groupe de travail a jugé acceptables sur le fond les paragraphes 56 et 57 tels que rédigés.

d) Structure du régime de l'insolvabilité (par. 58 à 64)

91. En ce qui concerne les paragraphes 58 à 64, on a fait observer qu'il fallait faire ressortir clairement qu'ils portaient uniquement sur les régimes formels et qu'ils devraient donc figurer plus haut dans la première partie et pourraient sans doute de

ce fait être abrégés. On a aussi déclaré que la préférence pour le redressement lorsque l'entreprise était viable devrait être clairement exprimée dans cette section.

92. Sur des points de rédaction, il a été proposé de modifier l'intitulé de la rubrique de façon à parler non pas de la structure du régime mais de l'économie de la loi sur l'insolvabilité; de supprimer dans la première phrase du paragraphe 58 les mots "Bien que de nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient à la fois une procédure de liquidation et une procédure de redressement"; de supprimer les mots "et visent différents objectifs" au paragraphe 59; de supprimer les mots "Lorsque deux procédures distinctes sont prévues" au début du paragraphe 60; et de remplacer le mot "accordée" par le mot "poursuivie" à la fin du paragraphe 61.

I. Approbation d'un plan de redressement par catégorie de créanciers (A/CN.9/530, par. 84 et A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12, recommandations 129 et 130)

93. Il a été rappelé qu'à sa vingt-huitième session, le Groupe de travail avait reporté la prise d'une décision sur le point de savoir si le plan de redressement devait être approuvé par toutes les catégories de créanciers ou s'il convenait d'adopter une formule plus complexe prenant en compte les différents droits de priorité et les différents intérêts des créanciers. Il a aussi été rappelé que les recommandations 129 et 130 du projet de guide, révisées à la lumière des délibérations du Groupe de travail, prévoyaient que la loi sur l'insolvabilité devait premièrement spécifier, lorsque les créanciers votaient par catégorie pour se prononcer sur le plan, comment le résultat du vote dans chaque catégorie serait traité aux fins de l'approbation et que différentes approches étaient possibles, dont l'approbation par une certaine majorité de catégories ou l'approbation par toutes les catégories, et deuxièmement, lorsque l'approbation de toutes les catégories n'était pas exigée, indiquer le traitement à réserver aux catégories qui n'avaient pas voté pour le plan par ailleurs approuvé par le nombre de catégories requis.

94. Après un débat, le Groupe de travail a approuvé en général les recommandations sur le fond, sous réserve de l'apport de certaines précisions dans le commentaire. On a insisté sur le fait que l'approbation par les catégories voulues importait plus que l'approbation par le nombre requis de catégories compte tenu des questions de priorité et d'intérêt. On a déclaré que, même si les développements figurant dans le commentaire étaient satisfaisants, plus de précisions pourraient être apportées concernant les différentes options pour l'approbation par catégorie ainsi que les garanties à prévoir pour que le plan lie les catégories de créanciers opposants.

J. Glossaire (A/CN.9/WG.V/WP.67)

95. Il a été convenu, d'une manière générale, que le glossaire devrait se référer uniquement à la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et ne pas citer d'autres sources. On a toutefois noté qu'il pourrait être utile d'insérer ces autres sources dans les notes de bas de page pour aider les lecteurs souhaitant en savoir plus sur les termes définis. Il a été convenu que les définitions figurant dans

le glossaire devraient indiquer ce que les termes signifiaient dans le guide et non comment ils étaient employés dans tel ou tel pays.

1. Notes sur la terminologie (par. 1 à 5)

96. On s'est inquiété de ce que la définition du terme "tribunal", aux paragraphes 2 et 3, puisse être élargie aux autorités administratives, car cela risquait de créer une confusion avec les procédures administratives décrites au paragraphe 56 du projet de guide (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2). On a estimé d'un commun accord que des éclaircissements étaient nécessaires.

97. Il a été proposé d'ajouter d'autres règles d'interprétation au paragraphe 5, à savoir une règle contenant une explication de l'emploi des verbes "peut" et "devrait" fondée sur la différence entre permission et instruction, et une autre indiquant que les formules "tel que" et "par exemple" pourraient être traitées de la même manière que le verbe "inclure".

2. Termes et définitions

Créances ou dépenses afférentes à l'administration de la procédure

98. Certains participants se sont dits favorables à la suppression des mots "auxquelles la priorité est généralement accordée sur les créances non garanties et" du fait que la priorité n'était pas un élément essentiel de la définition et devrait être traitée dans le chapitre consacré aux priorités. Une autre solution proposée était de se référer aux dépenses qui devaient être couvertes et non à la priorité qui pouvait leur être accordée. D'un point de vue rédactionnel, il a été suggéré de remplacer les mots "se rapportent aux" à la deuxième ligne par "comprennent". En réponse à une proposition visant à mentionner dans la définition les coûts supportés pendant l'exploitation d'une entreprise lorsque celle-ci était autorisée à poursuivre ses activités, une formule plus générale, du type "dépenses pour la poursuite de l'activité du débiteur", a été proposée. Il a été noté qu'outre le représentant de l'insolvabilité, on pourrait également se référer dans la définition au débiteur et au comité des créanciers.

Demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité

99. Plusieurs suggestions d'ordre rédactionnel ont été faites, à savoir insérer les mots "entités ou personnes telles que" ou "notamment" après "présentée par"; ajouter à la fin de la première phrase les mots "après dépôt d'une demande de procédure d'insolvabilité par une partie autre que le débiteur"; et supprimer la deuxième phrase.

Absence de biens

100. De l'avis général, le terme "absence de biens" ne décrivait pas exactement le concept examiné dans le guide et devrait être remplacé par une expression faisant référence aux débiteurs n'ayant pas suffisamment d'actifs. Il a également été convenu que ce concept devrait être examiné uniquement dans le commentaire et non dans le glossaire.

Action en annulation

101. Il a été convenu que la définition du terme “action en annulation” pourrait être modifiée pour se concentrer sur les effets juridiques essentiels de ce type d’action, les exemples pouvant quant à eux être examinés dans le commentaire. Plusieurs propositions d’ordre rédactionnel ont été formulées, à savoir supprimer les références à la demande d’ouverture et à l’ouverture de la procédure; ajouter à la fin de la première phrase les mots “pour des motifs liés à l’insolvabilité” (avec un renvoi au terme “insolvabilité” défini dans le glossaire); insérer, en tant que motif justifiant une action en annulation, “les intérêts collectifs des créanciers ou de la masse”; et supprimer la deuxième phrase. On a également estimé que l’ajout dans le glossaire d’une définition des termes “opération à un prix sous-évalué” et “créancier” permettrait peut-être de mieux comprendre la définition d’action en annulation. Il a été noté que la recommandation 69 du projet de guide mentionnait la plupart des questions examinées par le Groupe de travail et pourrait servir de référence pour modifier la définition. L’idée de limiter la définition aux opérations antérieures à l’ouverture de la procédure a bénéficié d’un certain appui.

Biens constituant une charge

102. Le Groupe de travail est convenu d’écourter la définition de ce terme en supprimant le membre de phrase “lorsque la valeur de la créance garantie ... les biens ne sont pas essentiels à un redressement”. On s’est également dit favorable à ce que la notion de biens ayant une valeur négative soit remplacée par celle de biens sans valeur et à ce que le texte à partir de “ou lorsque les biens sont invendables” soit supprimé. Il a été proposé d’insérer, à la deuxième ligne, les mots “pour la masse de l’insolvabilité” après l’adjectif “insignifiante”.

Centre des intérêts principaux

103. En ce qui concerne le terme “centre des intérêts principaux”, il a été proposé, d’un point de vue rédactionnel, de conserver la référence au règlement communautaire mais de faire figurer celle-ci dans une note de bas de page.

Créance

104. La proposition de supprimer les mots “susceptible d’exécution” et d’ajouter après “droit” les mots “de réclamer au débiteur” a été appuyée. Il a également été proposé de remplacer le mot “jugement” par “dette” ou de le conserver et de le faire suivre par les mots “ou d’un contrat”. On a également estimé que le terme “jugement” devrait être défini.

Compensation avec déchéance du terme

105. Il a été convenu de supprimer ce terme et d’inclure, selon que de besoin, les éléments pertinents dans la définition de la “compensation globale”.

Ouverture de la procédure

106. S’agissant de l’“ouverture de la procédure”, le Groupe de travail est convenu de conserver l’ensemble de la définition figurant dans la version française en enlevant les crochets et, dans la version anglaise, de supprimer les mots “in some … proceedings”. Il a aussi été suggéré de remanier la définition de façon à souligner

que l'ouverture était l'événement qui déterminait la date pertinente au lieu d'insister excessivement sur la date elle-même.

Tribunal

107. En ce qui concerne la définition du terme "tribunal", on a demandé s'il était nécessaire d'avoir à la fois les développements figurant dans les paragraphes 2 et 3 et une définition séparée. Une proposition tendant à supprimer la référence à d'autres autorités compétentes n'a pas été appuyée.

Clause dite de "cram-down"

108. Le Groupe de travail est convenu de supprimer du glossaire la définition de ce terme.

Comité des créanciers

109. À propos du "comité des créanciers", il a été convenu de supprimer les trois membres de phrase figurant entre crochets. Il a aussi été suggéré d'ajouter le membre de phrase "conformément au régime de l'insolvabilité de chaque pays" après les mots "organe représentatif" et de supprimer le membre de phrase "pour agir au nom et dans l'intérêt de la collectivité des créanciers et".

Débiteur

110. Le Groupe de travail a décidé de modifier la définition en supprimant les mots "y compris les dirigeants ou autres personnes ayant le contrôle de la personne morale" ainsi que les mots figurant entre crochets à la fin de la phrase.

Décharge

111. On a noté que, puisque la décharge ne nécessitait pas toujours une décision du tribunal et que le débiteur n'était pas toujours libéré de toutes ses obligations, ces références devraient être supprimées. Il a aussi été suggéré de supprimer le membre de phrase "y compris les contrats qui ont été modifiés dans le cadre d'un redressement". Ces modifications ont été appuyées.

Disposition

112. Il a été proposé – et cette proposition a reçu un certain appui – de remplacer la définition par un libellé du type "tout moyen de transférer un actif ou un droit sur un actif ou de s'en défaire, en totalité ou en partie". On a fait observer que certaines clarifications étaient nécessaires pour faire en sorte que le projet de guide ne parle pas de la disposition d'un actif par constitution d'une sûreté sur ce dernier de façon à éviter toute circularité du fait que la création d'une sûreté était déjà définie comme un acte de disposition.

Bien grevé

113. On a relevé que le terme "secured asset" avait été remplacé dans la version anglaise du projet de guide par "encumbered asset" afin d'aligner le texte de ce dernier sur celui du projet de guide législatif sur les opérations garanties. Il a été décidé de supprimer les mots "meuble ou immeuble" ainsi que la deuxième phrase, et de remplacer les mots "consentie à" par les mots "obtenue par".

Établissement

114. Le Groupe de travail est convenu que la définition était acceptable sur le fond.

Contrat financier

115. Il a été rappelé que la définition du terme “contrat financier” avait été examinée dans le contexte de la compensation et de la compensation globale et qu’il avait été convenu qu’en attendant la fin des délibérations du Groupe de travail sur cette question, la définition figurant dans le glossaire devrait être placée entre crochets.

Poursuite de l’activité

116. Il a été convenu que le glossaire devrait définir le terme “cession en vue de la poursuite de l’activité” lequel désignerait la vente ou le transfert de la totalité ou d’une grande partie d’une entreprise par opposition à la vente séparée de ses actifs.

Insolvabilité

117. Le Groupe de travail est convenu que la définition devrait prendre en considération le critère d’ouverture exposé dans les recommandations sur l’ouverture de la procédure.

Masse de l’insolvabilité

118. Il a été convenu de supprimer les mots suivant la première phrase, d’ajouter les mots “ou une supervision” après le mot “contrôle”, et de supprimer les mots se rapportant au moment de la constitution de la masse, puisqu’ils n’étaient pas exacts. On a aussi suggéré d’inclure dans le glossaire une définition du terme “actif” afin de faciliter la compréhension des termes où celui-ci figurait.

Procédure d’insolvabilité

119. Après un débat, une définition du type “procédure collective, judiciaire ou administrative, ayant pour but la liquidation ou le redressement de l’entreprise du débiteur, menée conformément à la loi sur l’insolvabilité” a reçu un large appui.

Processus d’insolvabilité

120. Le Groupe de travail est convenu que seule la première phrase devait être conservée et, compte tenu de la décision prise antérieurement au sujet de l’emploi du mot “processus”, que le terme à définir devrait être “accord volontaire de restructuration” ou “procédure de redressement informelle”.

Représentant de l’insolvabilité

121. Après un débat, le Groupe de travail s’est mis d’accord sur une définition du type: “personne ou organe responsable de l’administration de la masse de l’insolvabilité”.

Procédure involontaire

122. On a proposé – et cette proposition a reçu un certain appui – de supprimer les termes procédures involontaire et volontaire étant donné qu’ils ne s’appliquaient

que dans certains pays et qu'ils pourraient être remplacés dans le projet de guide par des références à la partie qui demandait l'ouverture de la procédure, telle que le débiteur ou des créanciers. On a noté que la terminologie retenue devrait être suffisamment large pour englober les demandes des autorités publiques qui n'étaient pas des créanciers ou les demandes d'ouverture par d'autres parties intéressées.

Liquidation

123. Une proposition tendant à adopter une définition du type "procédure visant à regrouper et à réaliser les actifs du débiteur afin de répartir les sommes obtenues conformément à la loi sur l'insolvabilité" a été appuyée.

Dépôt de garantie, compensation globale, convention de compensation globale et compensation

124. En ce qui concerne le terme "dépôt de garantie", on a estimé que la note de bas de page 5 du document A/CN.9/WG.V/WP.68 expliquait suffisamment ce terme et qu'il n'était pas nécessaire de l'insérer également dans le glossaire, en particulier telle qu'elle était libellée. Après un débat, il a été convenu de ne pas examiner les termes "dépôt de garantie", "compensation globale", "convention de compensation globale" et "compensation" avant que le Groupe de travail ait fini de débattre sur la question des contrats financiers à sa prochaine session.

Cours normal des affaires

125. Une proposition de définition du type: "transferts ou opérations réalisés dans le cadre de l'activité de l'entreprise avant une procédure d'insolvabilité" a été favorablement accueillie.

Pari passu

126. Une proposition de remplacer les mots "créanciers d'une même catégorie" par "créanciers se trouvant dans la même situation", le mot "payés" par "désintéressés" et "sur un pied d'égalité" par "au prorata" ou "en proportion de leur créance" a été appuyée.

Perfection, créancier garanti, sûreté réelle

127. Une proposition visant à examiner ces définitions à la lumière des définitions figurant dans le projet de guide législatif sur les opérations garanties a été appuyée.

Créancier postérieur à l'ouverture de la procédure

128. Le Groupe de travail est convenu que le terme à définir devrait être "créance postérieure à l'ouverture de la procédure" et non "créancier postérieur à l'ouverture de la procédure". Si ce premier terme était retenu dans le projet de guide, il faudrait le définir à peu près comme suit: "créance née d'un acte ou d'une omission survenant après l'ouverture de la procédure".

Préférence

129. Il a été fait référence à l'alinéa c) de la recommandation 70 et aux opérations préférentielles dans le cadre des actions en annulation. Il a été dit que, si une

définition était nécessaire, il faudrait reprendre les termes de cette recommandation. On a proposé d'indiquer dans la définition que c'était un acte du débiteur qui donnerait lieu à un traitement préférentiel.

130. Il a été proposé d'inclure dans le glossaire les termes "liquidités" et "pénurie de liquidités".

131. Faute de temps, le Groupe de travail n'a pas fini d'examiner le glossaire.

B. Note du Secrétariat sur le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité: glossaire, document de travail présenté au Groupe de travail sur le Droit de l'insolvabilité à sa vingt-neuvième session

(A/CN.9/WWG.V/WP.67) [Original: Anglais]

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'un tribunal exerce tout au long de la procédure d'insolvabilité une surveillance qui peut comprendre la faculté 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 principe soit valable en règle générale, d'autres solutions peuvent être envisagées lorsque, par exemple, les tribunaux ne sont pas en mesure de traiter les affaires d'insolvabilité (que ce soit par manque de ressources ou d'expérience en la matière) ou que l'on préfère confier cette surveillance 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.

– Emploi du mot "loi"

4. Sauf indication contraire, le mot "loi", dans le Guide, désigne la loi sur l'insolvabilité.

– Règles d'interprétation

5. Dans le Guide, "ou" n'est pas exclusif; le singulier implique le pluriel; les mots "inclure", "comprendre" et leurs équivalents ne signifient pas que les listes qu'ils introduisent sont exhaustives.

B. Termes et définitions

Absence de biens	Situation dans laquelle les biens de la masse de l'insolvabilité ne sont pas suffisants pour payer les frais d'administration de la masse conformément à la loi sur l'insolvabilité.
Action en annulation	Action permettant de faire annuler ou de priver d'effet d'une autre manière des opérations intervenues avant la

présentation de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou avant l'ouverture de cette procédure. Les opérations susceptibles d'être annulées comprennent les opérations visant à faire échouer, entraver ou retarder le recouvrement des créances, les opérations à un prix sous-évalué, les opérations préférentielles et les opérations dans lesquelles interviennent des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur.

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 les biens de la masse de l'insolvabilité, la résiliation d'un contrat conclu avec le débiteur, et le transfert des biens ou droits appartenant à la masse de l'insolvabilité, la constitution de sûretés sur ces biens ou droits ou d'autres actes de disposition de ces biens ou droits (recommandation 35).

Bien grevé — 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 retenu, ou sa valeur réalisée par le créancier titulaire de la sûreté.

Biens constituant une charge

Biens qui peuvent avoir une valeur négative ou insignifiante, par exemple lorsque la valeur de la créance garantie est supérieure à celle du bien grevé; lorsque les biens ne sont pas essentiels à un redressement; lorsque leur maintien dans la masse nécessiterait des dépenses excessives qui excéderaient leur valeur de réalisation ou engendrerait une obligation lourde ou une obligation de paiement; ou lorsque les biens sont invendables ou difficilement vendables par le représentant de l'insolvabilité du fait, par exemple, qu'ils sont uniques ou n'ont pas de marché ou de valeur marchande évidents.

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 relatif aux procédures d'insolvabilité, considérant 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.
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 avec déchéance du terme	Clause contractuelle [ou, en l'absence de toute clause de ce type, toute disposition législative et réglementaire qui s'applique en lieu et place d'un arrangement contractuel], en vertu de laquelle la survenance d'un fait provoquant la déchéance du terme, que ce soit par compensation globale, compensation ou d'une autre manière, entraîne les effets suivants: i) le délai restant à courir avant l'échéance des obligations des parties est supprimé, de sorte que lesdites obligations sont soit immédiatement exigibles et exprimées comme une obligation de payer un montant représentant leur valeur courante estimée, soit éteintes et remplacées par une obligation de payer le montant susmentionné; et/ou ii) un relevé est établi des sommes que se doivent mutuellement les parties en vertu de ces obligations et un montant égal au solde net doit être versé par la partie dont la dette est la plus élevée [voir Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil concernant les contrats de garantie financière]
Compensation globale	Il peut s'agir, sous une forme, de la compensation (voir ce terme) de choses fongibles non monétaires (comme des titres ou des marchandises livrables le même jour) valant règlement et, sous une forme plus importante, de la résiliation par un cocontractant de contrats ouverts avec le débiteur, suivie d'une compensation des pertes et gains respectifs (compensation avec déchéance du terme).
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 des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (2002)].

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) précédent au titre de deux conventions de compensation globale, ou plus. [Alinéa l) de l'article 5 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (2002)].

Cours normal des affaires

Modalités et domaine habituels des activités d'une entreprise, considérés en particulier sous l'angle du montant, des circonstances et de la validité d'un transfert donné.

Créance — Droit susceptible d'exécution sur une somme d'argent ou des biens, 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 prioritaire — Créance qui est payée sur les biens disponibles avant le désintéressement de l'ensemble des créanciers chirographaires.

Créances ou dépenses afférentes à l'administration de la procédure

Créances auxquelles la priorité 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, les dettes découlant de l'exercice attendu des fonctions et des attributions du représentant de l'insolvabilité, les dépenses découlant de la continuation des obligations contractuelles et les frais de la procédure [voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14, par. 426].

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 biens du débiteur, soit une sûreté sur un bien déterminé lui conférant une priorité sur les autres créanciers relativement au bien grevé.

Créancier postérieur à l'ouverture de la procédure

Créancier dont la créance naît après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

Débiteur — Personne physique ou morale, y compris les dirigeants ou autres personnes ayant le contrôle de la personne morale, exerçant une activité commerciale qui satisfait aux critères d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité [ou 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.

Demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité

Demande pouvant être présentée par le débiteur, les créanciers ou une autorité publique en vue d'obtenir l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, la demande peut entraîner automatiquement l'ouverture de la procédure; dans d'autres, le tribunal doit déterminer si les critères d'ouverture sont remplis (on parle parfois de décision d'ouverture ou de décision de l'insolvabilité) avant que la procédure puisse être ouverte.

Dépôt de garantie — Fait d'affecter des espèces ou des titres supplémentaires en garantie d'opérations conformément à une formule contractuelle qui tient compte des fluctuations de la valeur marchande du contrat et du titre existant. Par exemple, dans une opération d'échange financier, un dépôt de garantie de 105 % peut être exigé pour maintenir la valeur de liquidation du contrat. Si ce dépôt ne représente plus que 100 %, une garantie supplémentaire peut être exigée.

Disposition — Tout transfert de propriété, pur et simple ou à titre de garantie, [ou bail] ainsi que toute constitution de sûreté, avec ou sans dépossession [Conférence de La Haye de droit international privé: Avant-projet de convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, avril 2002]

Entreprise publique — [*à compléter*]

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 dans l'incapacité d'acquitter ses dettes et autres obligations à leur échéance ou situation dans laquelle la valeur du passif du débiteur excède celle de son actif.
Liquidation	Procédure consistant à rassembler et vendre des biens d'un débiteur de manière ordonnée et rapide afin de distribuer le produit de la vente aux créanciers selon la loi en vigueur et de dissoudre le débiteur (lorsque celui-ci est une société ou autre personne morale) ou de le libérer (lorsque c'est une personne physique), soit par la vente partielle des biens ou la vente de tous ou presque tous les biens du débiteur sous la forme d'unités productives opérationnelles ou en vue de la poursuite de l'activité [voir Principes et 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 *Konkursverfahren*.
Masse	voir Masse de l'insolvabilité
Masse de l'insolvabilité	Biens et droits du débiteur sur lesquels le représentant de l'insolvabilité exerce un contrôle et qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité. La masse de l'insolvabilité est constituée à l'ouverture de la procédure. Elle comprendrait [voir chap. III.A.2 a)] les biens et droits 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, notamment tous les biens corporels (meubles ou immeubles) et les biens incorporels [repris de la note 4 accompagnant la recommandation 27) dans le document A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5, p.7]. Les biens incorporels sont sans doute définis différemment selon les législations nationales mais peuvent comprendre notamment les droits de propriété intellectuelle, les connaissements, les titres et les instruments financiers, les polices 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.
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 biens 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.
Perfection	Accomplissement de toute formalité nécessaire en vue d'assurer le plein effet d'un acte de disposition envers toute personne qui n'est pas partie à cet acte. [Conférence de La Haye de droit international privé: Avant-projet de convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, avril 2002].
Période suspecte	Période servant de référence pour l'annulation éventuelle de certaines opérations. Elle est en général calculée rétroactivement à partir de la date de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou de la date d'ouverture de cette procédure.
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 personne morale, un actionnaire ou membre d'une personne morale, un membre du conseil d'administration ou de la direction ou un actionnaire d'une personne morale liée au débiteur; 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 du processus, 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.
Poursuite de l'activité	Une entreprise est cédée en vue de la "poursuite de l'activité" lorsqu'elle est maintenue après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité pour être vendue comme un tout en fonctionnement, par opposition à la vente séparée des différents biens.

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 des Nations Unies 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 loi sur l'insolvabilité [dans laquelle les biens 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 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.
Processus d'insolvabilité	Processus informels qui ne sont pas régis par la loi sur l'insolvabilité et comportent généralement une négociation entre le débiteur et certains ou la totalité de ses créanciers. Ces processus ont souvent été imaginés par les secteurs bancaire ou commercial et prévoient généralement une forme ou une autre de redressement du débiteur insolvable. Bien qu'ils ne soient pas régis par une loi sur l'insolvabilité, ces processus de redressement informels ne peuvent être efficaces que s'il existe une telle loi pouvant avoir un certain effet indirect d'incitation ou de persuasion en faveur d'un redressement. Ces processus sont aussi appelés procédures informelles ou extrajudiciaires.

Protection de la valeur des biens grevés

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 ou l'utilisation du bien grevé dans la procédure d'insolvabilité peuvent influer sur une telle diminution de valeur (voir recommandation 42). Une protection 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. Lorsque la valeur du bien grevé dépasse celle de la créance garantie et ne risque pas de diminuer, la protection n'est sans doute pas 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 vue de la poursuite de l'activité. On emploie aussi, pour désigner ce type de procédure, d'autres termes, tels que *rescue*, *restructuring*, *turnaround*, *rehabilitation*, *arrangement*, *composition*, concordat préventif de faillite, *suspension de pagos*, *administración judicial de empresas* et *Vergleichsverfahren*.

Règlement — [*à compléter*]

Règles de priorité — Règles déterminant l'ordre dans lequel le produit de la réalisation des biens 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 d) de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale]. Un représentant provisoire de l'insolvabilité peut être nommé par le tribunal de l'insolvabilité en cas de crise grave du débiteur empêchant l'exploitation normale de son entreprise. Il est chargé d'assurer provisoirement la poursuite de l'activité en raison du dessaisissement 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 réelle — Droit réel consenti par une partie engageant cette dernière à s'acquitter d'un paiement ou d'une obligation. Qu'elles soient constituées volontairement par convention, ou involontairement par l'effet de la loi, les sûretés réelles incluent généralement – sans nécessairement s'y limiter – l'hypothèque, le gage, la charge et le privilège [Principes et directives de la Banque mondiale, 2001]; cf. le mot "titres", désigne toutes actions, obligations ou autres instruments financiers ou actifs financiers (autres que des espèces), ou tout droit sur ces titres [Conférence de La Haye de droit international privé: Avant-projet de convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, avril 2002]

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]. [*Définition pour traiter des questions relatives au lieu du tribunal et à la compétence matérielle*]

C. Note du Secrétariat sur le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, document de travail présenté au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-neuvième session

(A/CN.9/WG.V/WP.68) [Original: Anglais]

1. Les paragraphes et recommandations ci-après ont été élaborés comme suite au débat sur la compensation et sur les contrats financiers et la compensation globale qui a eu lieu à la vingt-huitième session du Groupe de travail (New York, 24-28 février 2003), à l'initiative du Fonds monétaire international et en coopération avec un groupe d'experts. Les paragraphes révisés ont pour objet de donner une explication claire des concepts et questions concernant les droits de compensation, ainsi que les contrats financiers et la compensation globale, lesquels concepts et questions sont ensuite repris dans les recommandations.

2. Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer s'il convient d'inclure de plus amples explications dans les commentaires. Les préoccupations exprimées à sa vingt-huitième session sont consignées dans le rapport sur cette dernière (A/CN.9/530, par. 26 à 37), et l'on trouvera la version précédente de la présente section aux paragraphes 190 à 202 du document A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9.

3. Les paragraphes ci-après seraient insérés dans la deuxième partie du projet de guide législatif, au chapitre III "Traitement des biens à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité" après la section consacrée à l'annulation.

F. Droits de compensation

189. L'exercice, en vertu de la loi sur l'insolvabilité, de droits de compensation d'obligations réciproques découlant d'opérations ou d'activités du débiteur antérieures à l'ouverture d'une procédure est important non seulement pour la prévisibilité commerciale et la disponibilité de crédit, mais aussi parce qu'il évite l'usage abusif à des fins stratégiques de la procédure d'insolvabilité. Pour ces raisons, il est hautement souhaitable que la loi sur l'insolvabilité protège ces droits.

190. Dans la majorité des systèmes juridiques, les droits de compensation ne sont pas affectés par la suspension des paiements et peuvent être exercés après l'ouverture de la procédure, que les obligations réciproques soient nées d'un seul ou de plusieurs contrats, et qu'elles arrivent à échéance avant ou après l'ouverture de la procédure. Certains systèmes font une distinction et admettent la compensation d'obligations venant à échéance avant l'ouverture, mais limitent ou refusent celle d'obligations venant à échéance après l'ouverture.

191. Une autre approche consiste à préserver les droits de compensation, que les obligations réciproques viennent à échéance avant ou après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, mais à en suspendre l'exercice, tout comme est suspendu l'exercice des droits des créanciers garantis. Dans les systèmes qui adoptent cette approche, le créancier est traité comme un créancier garanti à concurrence de ses

propres droits de compensation valables mais non exercés et ces droits sont protégés de la même façon que les sûretés[1].

192. Pratiquement toutes les lois sur l'insolvabilité comportent des dispositions qui permettent au représentant de l'insolvabilité de chercher à annuler les effets de certaines mesures prises par les créanciers avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité dans le but d'accroître leurs droits de compensation (par exemple, achat de créances au rabais afin d'accumuler des droits de compensation). La nature et la portée de ces dispositions varient.

193. Des droits de compensation naissent souvent de la résiliation de contrats multiples ouverts, tels que des contrats financiers. Par conséquent, il y a un rapport entre le traitement des droits de compensation dans l'insolvabilité et le traitement de ces contrats dans la loi sur l'insolvabilité. Dans la mesure où celle-ci ne permet pas de résilier librement les contrats, ou suspend l'exercice des droits de compensation, les interdit ou les limite d'une autre manière, il faut prévoir des exceptions pour certaines catégories de contrats, comme les contrats financiers, afin que ces restrictions ne s'appliquent pas. Il est souhaitable d'étendre les exceptions prévues pour ces types de contrat aux dispositions concernant l'annulation qui pourraient s'appliquer aux contrats financiers ainsi qu'à toutes restrictions qui limiteraient la possibilité de faire jouer une sûreté pour des obligations découlant de contrats financiers qui demeurent non exécutés une fois toutes les compensations effectuées.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet de dispositions législatives concernant la compensation est:

a) D'assurer la sécurité quant à l'effet de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur l'exercice de droits de compensation;

b) De spécifier les types d'obligations qui peuvent être compensées après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité;

c) De spécifier l'effet d'autres dispositions de la loi (par exemple, dispositions concernant l'annulation et la suspension) sur l'exercice des droits de compensation.

Contenu des dispositions législatives

[82) La législation devrait protéger un droit de compensation né du droit commun qui a été valablement exercé avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, sous réserve de l'application des dispositions relatives à l'annulation[2].]

---

[1] Voir deuxième partie, chap. III.B.8.

[2] Pour la décision prise à la vingt-huitième session du Groupe de travail, voir A/CN.9/530, par. 33.

G. Contrats financiers et compensation globale

194. Les contrats financiers sont devenus un élément important des marchés des capitaux internationaux. Entre autres choses, ils accroissent la disponibilité des crédits et constituent un moyen important de se prémunir contre les fluctuations des taux de change, des taux d'intérêt et les autres fluctuations du marché. Étant donné la façon dont ces opérations sont structurées et réattestées, il est impératif de savoir avec certitude ce qui se passera en cas de défaillance – y compris pour cause d'insolvabilité – d'une des parties.

195. Les contrats financiers comprennent, entre autres, les contrats sur valeurs mobilières, les contrats sur produits de base, les contrats à terme, les contrats d'option, les contrats d'échanges financiers, les accords de prise en pension, les conventions-cadres de compensation globale et autres contrats analogues. Un débiteur conclut souvent dans le cadre d'une seule et même opération plusieurs contrats financiers avec un cocontractant, et la disponibilité de crédits augmente si les droits découlant de ces contrats sont pleinement exécutoires conformément à leurs clauses, ce qui permet aux cocontractants de consentir des crédits sur la base de leur exposition nette périodiquement recalculée, compte tenu de la valeur de tous les contrats "ouverts".

196. À l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, les cocontractants cherchent à "dénouer" les positions ouvertes et à faire la compensation de l'ensemble des obligations découlant de contrats financiers avec le débiteur. Une telle démarche comprend deux phases: premièrement, la résiliation de tous les contrats ouverts ("dénouement"); deuxièmement, la compensation de l'ensemble des obligations découlant des opérations résiliées ("compensation globale").

197. Autoriser ce type de compensation après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité contribue fortement à atténuer les risques systémiques qui pourraient menacer la stabilité des marchés financiers. La valeur d'un contrat financier ou l'exposition qu'il implique peuvent varier considérablement d'un jour à l'autre (et parfois d'une heure à l'autre) en fonction des conditions sur les marchés financiers. Autrement dit, la valeur de tels contrats peut être extrêmement instable. Il est courant que les cocontractants atténuent les risques qui leur sont liés, ou se prémunissent contre eux, en concluant avec des tiers un ou plusieurs contrats symétriques ou de couverture, dont la valeur fluctue en sens inverse de celle du contre avec le débiteur[3].

198. Que le débiteur exécute ou non son contrat avec le cocontractant, ce dernier doit exécuter le contrat de couverture qu'il a conclu avec des tiers. Si le débiteur devient insolvable et ne peut exécuter son contrat avec le cocontractant, ce dernier se trouve exposé à l'instabilité du marché, car ses positions de couverture ne sont plus "couvertes" par son contrat avec le débiteur. En général, il cherche alors à "couvrir" les contrats de couverture en passant un ou plusieurs nouveaux contrats de façon à limiter son exposition aux fluctuations futures du marché. Il ne peut toutefois le faire tant qu'il n'a pas la certitude qu'il ne sera pas tenu d'exécuter son contrat avec le débiteur. C'est la faculté de dénouer ce contrat qui lui permet de se "couvrir" une fois ouverte la procédure d'insolvabilité.

---

[3] Lorsque l'on parle d'un "contrat" dans la présente section, il peut s'agir d'un seul ou de plusieurs contrats.

199. En l'absence de la faculté de dénouer les positions ouvertes et de procéder à la compensation de l'ensemble des obligations découlant de contrats non exécutés, comme décrit ci-dessus, rapidement après l'ouverture de la procédure, le défaut d'exécution de son contrat par le débiteur (ou la décision de ce dernier d'exécuter les contrats rentables et de ne pas exécuter ceux qui ne le sont pas) pourrait rendre le cocontractant incapable d'exécuter les contrats de couverture connexes qu'il a passés avec d'autres opérateurs. L'insolvabilité d'un gros opérateur pourrait entraîner une série de défaillances dans des opérations couplées, ce qui pourrait mettre d'autres opérateurs en difficultés financières et, dans le pire des cas, entraîner l'effondrement financier d'autres cocontractants, y compris des établissements financiers réglementés. Cet effet domino est souvent appelé "risque systémique", et est souvent invoqué comme argument de poids pour maximiser la prévisibilité des résultats et réduire le risque pour les opérateurs dans ce domaine.

200. Des risques systémiques supplémentaires peuvent découler de préoccupations quant au caractère définitif des paiements et règlements de contrats financiers qui ont lieu dans les systèmes centraux de paiement et de règlement. Ces systèmes appliquent des méthodes de compensation globale bilatérale ou multilatérale. Pour prévenir un risque systémique, il faudrait reconnaître et protéger la compensation globale des contrats financiers et le caractère définitif du clearing et du règlement qui s'effectuent par leur intermédiaire en cas d'insolvabilité d'un des participants au système.

201. Dans de nombreux pays, l'application des règles générales relatives à l'insolvabilité permettra l'exécution des contrats financiers conformément à leurs clauses après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en donnant effet aux clauses de résiliation des contrats déclenchées par l'insolvabilité (voir deuxième partie, chap. III.D.2 et recommandation 53)) et en permettant la compensation des obligations, que l'action pour rupture de contrat soit fondée sur une clause de résiliation automatique ou qu'elle soit engagée avant l'ouverture de la procédure. Dans d'autres pays, où les dispositions relatives à l'insolvabilité limitent l'effet des clauses de résiliation automatique ou arrêtent ou limitent l'exercice des droits de compensation et autres voies de droit des créanciers, il faudra que la loi sur l'insolvabilité prévoie des exceptions pour permettre le plein exercice des voies de droit concernant les contrats financiers.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet de dispositions législatives concernant la compensation globale et la compensation simple dans le contexte des opérations financières est:

a) D'assurer la sécurité quant aux droits des parties à un contrat financier en cas de défaillance de l'une d'entre elles pour cause d'insolvabilité;

b) D'atténuer les risques systémiques qui pourraient menacer la stabilité des marchés financiers.

Contenu des dispositions législatives

83) La loi devrait reconnaître les droits de résiliation contractuels associés à des contrats financiers qui permettent la résiliation de ces derniers et la compensation globale ou simple des obligations non acquittées qui en découlent rapidement après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Lorsque la loi interdit la résiliation des contrats ou limite l'applicabilité des clauses de résiliation automatique dès lors qu'une procédure d'insolvabilité est ouverte, les contrats financiers devraient être exempts de ces restrictions[4].

84) Une fois les contrats financiers du débiteur résiliés par un cocontractant, ce dernier devrait être autorisé à procéder à la compensation globale ou simple des obligations découlant de ces contrats de manière à déterminer son exposition nette par rapport au débiteur. Cela devrait être autorisé, que la résiliation des contrats intervienne avant ou après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Lorsque la loi limite ou interdit l'exercice des droits de compensation dès lors qu'une procédure d'insolvabilité est ouverte, la compensation globale ou simple des contrats financiers devrait être exempte de ces restrictions.

85) Une fois les contrats financiers du débiteur résiliés, les cocontractants devraient être autorisés à réaliser leurs sûretés pour s'acquitter des obligations découlant de contrats financiers. Les contrats financiers devraient être exempts de toute interdiction de la réalisation des sûretés prévue par la loi sur l'insolvabilité.

86) Les transferts de routine effectués avant faillite selon la pratique du marché, tels que la fourniture d'un dépôt de garantie [pour couvrir le risque potentiel] pour les contrats financiers[5] et les transferts effectués pour régler des obligations financières contractuelles[6], devraient être exempts de l'application des dispositions de la loi sur l'insolvabilité prévoyant l'annulation d'opérations passées [sans préjudice des règles sur les opérations frauduleuses].

87) La loi sur l'insolvabilité devrait reconnaître et protéger le caractère définitif de la compensation du clearing et du règlement des contrats financiers effectués par l'intermédiaire de systèmes de paiements [multilatéraux] et de règlement [d'opérations sur titres] en cas d'insolvabilité d'un participant au système.

---

[4] Cela permettra aux opérateurs de consentir des crédits sur la base de positions "nettes" et empêchera le débiteur de choisir d'exécuter les contrats qui lui conviennent et de rompre les autres, ce qui est particulièrement important dans le cas des contrats financiers à cause du risque systémique.

[5] Fourniture d'une somme ou de titres supplémentaires pour garantir les opérations conformément à une formule contractuelle qui tient compte des fluctuations de la valeur marchande du contrat et de la garantie existante. Par exemple, dans un contrat d'échange financier, un dépôt représentant 105 % de la valeur du contrat peut être exigé pour maintenir la valeur de liquidation du contrat. Si la garantie tombe à 100 %, un dépôt supplémentaire peut être exigé.

[6] Dans certains cas, on peut considérer qu'un règlement relève d'un traitement préférentiel. Dans l'exemple d'un contrat d'échange financier, les règlements doivent être effectués chaque mois ou bien à la résiliation du contrat sur la base de la valeur marchande de ce dernier. Ces règlements ne sont pas des transferts d'une valeur correspondant à la valeur actuelle du contrat au moment où ils sont effectués, mais au règlement d'une dette accumulée arrivée à échéance. Dans les pays qui ont fixé une période suspecte pour toutes les opérations intervenant avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, un tel paiement pourrait aussi être annulable.

88) Les recommandations 83) à 87) devraient s'appliquer à toutes les opérations qui sont considérées comme des "contrats financiers", qu'un établissement financier fasse ou non partie des cocontractants[7].

89) Les contrats financiers devraient être définis de façon suffisamment large pour englober les divers types de contrats financiers existants ainsi que les nouveaux, à mesure qu'ils apparaîtront.

---

[7] Même si un contrat financier donné ne fait pas intervenir d'organisme financier, l'impact de l'insolvabilité d'un cocontractant pourrait entraîner un risque systémique.

D. Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trentième session (New York, 29 mars-2 avril 2004)

(A/CN.9/551) [Original: Anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction: Résumé des débats antérieurs du Groupe de travail 1-12

II. Organisation de la session 13-19

III. Résumé des délibérations et décisions 20-23

IV. Délibérations et décisions du Groupe de travail 24-164

A. Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.72) 24-32

B. Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, deuxième partie (A/CN.9/WG.V/WP.70, part II) 33-109

1. Deuxième partie. Chapitre premier. Demande d'ouverture et ouverture 34-39

2. Deuxième partie. Chapitre II. Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité 40-78

a) Actifs constituant la masse de l'insolvabilité 40-42

b) Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité 43-45

c) Utilisation et disposition des actifs 46-58

d) Financement postérieur à l'ouverture de la procédure 59-61

e) Traitement des contrats 62-68

f) Procédure d'annulation 69-75

g) Compensation, contrats financiers et compensation globale 76-78

3. Deuxième partie. Chapitre III. Participants 79-87

a) Débiteur 79-80

b) Représentant de l'insolvabilité 81-83

c) Créanciers – participation à la procédure d'insolvabilité 84-86

d) Droit des parties intéressées d'être entendues et de faire appel 87

4. Deuxième partie. Chapitre IV. Redressement 88-99

a) Le plan de redressement 88-93

b) Redressement accéléré 94-99

5. Deuxième partie. Chapitre V. Administration de la procédure 100-106

a) Créances 100-103

b) Priorités et répartition. 104
c) Groupes de sociétés 105-106
6. Clôture de la procédure 107-164
a) Décharge 107-108
b) Clôture de la procédure 109
C. Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, première partie 110-116
D. Glossaire 117-164

I. Introduction: Résumé des débats antérieurs du Groupe de travail

1. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) avait été saisie d'une proposition de l'Australie relative aux travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité (A/CN.9/462/Add.1). Il était indiqué dans cette proposition que, vu le caractère universel de sa composition, les travaux qu'elle avait déjà menés à bien sur l'insolvabilité internationale et ses solides relations de travail avec des organisations internationales connaissant bien le droit de l'insolvabilité et s'intéressant à ce domaine, 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 idée d'approche souple ait reçu un écho favorable, il avait été convenu dans l'ensemble que la Commission ne pourrait décider définitivement de 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 exploratoire 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 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 différentes 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), l'International Federation of Insolvency Professionals (INSOL International) et le Comité J de la Section sur le droit commercial de l'Association internationale du barreau. Pour connaître les vues de ces organisations et tirer parti de leurs connaissances spécialisées, le secrétariat avait organisé, en coopération avec INSOL International et l'Association internationale du barreau, un colloque sur l'insolvabilité internationale, tenu à Vienne, du 4 au 6 décembre 2000.

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 de ce 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 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 avait 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, 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. Le Groupe de travail avait poursuivi ses travaux à ses vingt-cinquième, vingt-sixième et vingt-septième sessions, tenues respectivement à Vienne du 3 au 14 décembre 2001, à New York du 13 au 17 mai

---

[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.

2002 et à Vienne du 9 au 13 décembre 2002. Les rapports de ces sessions 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 lui 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 avait insisté sur la nécessité de finaliser le guide le plus rapidement possible et avait recommandé que, même s'il se pouvait que ce dernier ne soit pas prêt pour adoption finale par la Commission en 2003, un projet de texte soit néanmoins présenté en 2003 à la 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 sa mise au point. Il avait 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.

10. À sa vingt-huitième session, tenue à New York du 24 au 28 février 2003, le Groupe de travail 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 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 différentes 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

---

[3] Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 194.

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[4]."

11. À sa trente-sixième session en 2003, la Commission a examiné le projet de guide législatif et l'a approuvé en principe, sous réserve de son achèvement conformément aux principaux objectifs. Elle a également prié le secrétariat de communiquer le projet de guide législatif aux États Membres, aux organisations internationales intergouvernementales et non gouvernementales concernées, ainsi qu'au secteur privé, aux organisations régionales et à des experts pris individuellement, de sorte qu'ils puissent formuler des observations dès que possible, et de le lui soumettre en 2004 pour approbation et adoption[5].

12. Les travaux relatifs au projet de guide législatif se sont poursuivis à la vingt-neuvième session du Groupe de travail tenue à Vienne du 1er au 5 septembre 2003. Le rapport de cette session est publié sous la cote A/CN.9/542.

II. Organisation de la session

13. Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa trentième session à New York du 29 mars au 2 avril 2004. Ont assisté à cette session des représentants des États membres du Groupe de travail énumérés ci-après: Allemagne, Autriche, Brésil, Burkina Faso, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fidji, France, Inde, Italie, Japon, Mexique, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Soudan, Suède et Thaïlande.

14. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Afrique du Sud, Arabie saoudite, Australie, Bélarus, Croatie, Cuba, Danemark, Irlande, Jamahiriya arabe libyenne, Madagascar, Mongolie, Nigéria, Pays-Bas, Philippines, République de Corée, Qatar, République tchèque, Saint-Siège, Serbie-et-Monténégro, Suisse, Turquie, Venezuela et Viet Nam.

15. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales suivantes: a) organisations du système des Nations Unies: Banque mondiale et Fonds monétaire international (FMI); b) organisations intergouvernementales: Banque asiatique de développement, Conférence de La Haye de droit international privé, International Association of Insolvency Regulators (IAIR), Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique; c) organisations non gouvernementales: American Bar Association (ABA), American Bar Foundation (ABF), Association européenne des étudiants en droit, Association internationale du barreau, Center for International Legal Studies (CILS), Centre pour la recherche et l'étude du droit africain unifié (CREDAU), Groupe de réflexion sur l'insolvabilité et sa prévention (GRIP 21), International Federation of Insolvency Professionals (INSOL International), International Insolvency Institute (III), International Law Institute (ILI), International Working Group on European Insolvency Law et Union internationale des avocats.

---

[4] A/CN.9/530, par. 18.

[5] Pour le texte intégral du débat et de la décision de la Commission, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 172 à 197.

16. Le Groupe de travail a élu les membres suivants du Bureau:

Président: Wisit WISITSORA-AT (Thaïlande)

Rapporteur: Jorge PINZÓN SÁNCHEZ (Colombie)

17. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après: Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.70, Part I et Part II); et Note du secrétariat intitulée "Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité" (A/CN.9/WG.V/WP.72).

18. Les documents suivants ont également été mis à la disposition des participants: Note du secrétariat sur les travaux futurs possibles sur le droit de l'insolvabilité (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); Rapport du colloque sur l'insolvabilité internationale organisé par la CNUDCI, INSOL International et l'Association internationale du barreau (2000) (A/CN.9/495); Rapports de la CNUDCI sur les travaux de ses trente-quatrième (2001) (A/56/17), trente-cinquième (2002) (A/57/17) et trente-sixième (2003) (A/58/17) sessions; Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de ses vingt-deuxième (décembre 1999) (A/CN.9/469), vingt-quatrième (juillet-août 2001) (A/CN.9/504), vingt-cinquième (décembre 2001) (A/CN.9/507), vingt-sixième (mai 2002) (A/CN.9/511), vingt-septième (décembre 2002) (A/CN.9/529); vingt-huitième (février 2003) (A/CN.9/530) et vingt-neuvième (septembre 2003) (A/CN.9/542) sessions.

19. 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

20. Le Groupe de travail a examiné le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité en commençant par la note relative à la loi applicable dans la procédure d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.72), puis en continuant avec le document A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part II) et le document A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I). Faute de temps, il n'a pas achevé l'examen du glossaire figurant dans la première partie du projet de guide et s'est arrêté, dans la version anglaise, au terme "related person" inclus ("personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur"). Il est rendu compte ci-après de ses délibérations et décisions au sujet de ces différents documents. Le Groupe de travail a pris acte des délibérations et conclusions de sa session conjointe avec le Groupe de travail VI (26 mars 2004). Il a jugé généralement acceptables sur le fond les paragraphes du commentaire et les

recommandations auxquels le rapport ne fait pas expressément référence. Ayant achevé ses délibérations sur les parties essentielles du Guide, il a estimé que 5 à 6 jours devraient suffire à la Commission pour établir le texte définitif du projet de guide et l'adopter à sa trente-septième session.

21. Il a été rappelé qu'à sa vingt-neuvième session, le Groupe de travail avait examiné un certain nombre de questions se rapportant à la coordination et à l'harmonisation du projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité avec les Principes et directives de la Banque mondiale régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers. Le Groupe de travail a pris note d'une proposition tendant à publier ensemble les Principes et directives de la Banque mondiale et la version finale du Guide législatif de la CNUDCI afin d'élaborer un ouvrage de référence unifié sur l'insolvabilité et les droits des créanciers. Cette publication commune comporterait:

i. Une section sur le cadre juridique de l'insolvabilité, qui regrouperait les Principes et directives de la Banque mondiale et le Guide législatif de la CNUDCI (recommandations concernant la législation et commentaire). Cette section pourrait également contenir des commentaires additionnels préparés par la Banque à condition que ceux-ci a) traitent d'aspects que n'abordait pas le commentaire de la CNUDCI; b) ne soient pas incompatibles avec ce dernier; et c) constituent clairement une "valeur ajoutée", le but étant de ne pas donner l'impression qu'il s'agissait de "commentaires parallèles".

ii. Une section sur les cadres institutionnel et réglementaire, la gestion des risques et les arrangements informels, qui incorporerait pour l'essentiel les sections pertinentes des Principes et directives de la Banque mondiale ainsi que les recommandations concernant la législation et les commentaires correspondants élaborés actuellement par le personnel de la Banque, les conditions énoncées au point i) ci-dessus devant être appliquées aux sous-sections (portant principalement sur certaines questions relatives au cadre réglementaire) pour lesquelles la CNUDCI avait formulé des recommandations et un commentaire.

iii. Une section sur les droits et mécanismes de recouvrement des créanciers, qui comprendrait les sections pertinentes des Principes et directives de la Banque mondiale ainsi que les recommandations et commentaires correspondants élaborés par cette dernière. Dans le cas de la ou des sous-sections traitant des questions liées aux opérations garanties, il serait clairement précisé dans la publication que, contrairement à d'autres domaines traités, celle-ci n'incorporerait pour l'heure que les Principes et directives de la Banque mondiale applicables en la matière et serait complétée ultérieurement par le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties une fois finalisées par la Commission en 2005 ou 2006.

22. Il a été noté qu'avant finalisation de la publication commune, le Président du Groupe de travail de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, ainsi qu'un groupe d'experts et le secrétariat de la Commission, se concerteraient avec la Banque mondiale pour éliminer toute incohérence éventuelle entre le Guide législatif de la CNUDCI et les Principes et directives de la Banque mondiale.

23. Le Groupe de travail a appuyé cette proposition, se félicitant de la coordination entre les trois organisations et de l'élaboration d'une publication

commune, qui serait d'une grande utilité dans le domaine de la réforme du droit de l'insolvabilité.

IV. Délibérations et décisions du Groupe de travail

A. Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.72)

24. Le Groupe de travail a noté que le Groupe de travail VI (Sûretés) avait, à sa cinquième session (22-25 mars 2004), jugé les principes contenus dans le texte actuel du document A/CN.9/WG.V/WP.72 généralement acceptables (voir A/CN.9/550, par. 34). En particulier, il a été convenu que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ne devrait pas entraîner la mise à l'écart des règles générales de conflit de lois antérieures à l'insolvabilité applicables à la constitution d'une sûreté et à son opposabilité aux tiers. Il a été convenu en outre que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ne devrait pas entraîner la mise à l'écart de la loi applicable au rang des sûretés, sauf dans la mesure expressément prévue dans la loi sur l'insolvabilité. Il a été convenu en revanche que l'ouverture pouvait mettre à l'écart les règles applicables à la réalisation des sûretés, car la réalisation devrait être soumise à la loi sur l'insolvabilité de l'État dans lequel la procédure d'insolvabilité a été ouverte.

Clause relative à l'objet

25. S'agissant de la section des recommandations traitant, dans le document A/CN.9/WG.V/WP.72, de l'objet de dispositions législatives, il a été estimé que des dispositions concernant la loi applicable dans la procédure d'insolvabilité avaient aussi davantage pour objet de maximiser la valeur des actifs que de régler des différends entre un débiteur et ses créanciers. Il a été avancé que cela était important, car la recherche du for le plus avantageux risquait de réduire la valeur de la masse. De l'avis général du Groupe de travail, cependant, il était préférable de faire de la maximisation de la valeur des actifs l'un des principaux objectifs de la loi sur l'insolvabilité dans son ensemble, et de conserver en l'état le libellé de la section.

Recommandation 179

26. Le Groupe de travail a généralement approuvé quant au fond la recommandation 179 telle qu'actuellement libellée. La proposition tendant à placer cette recommandation, qui ne traitait pas des questions de loi applicable, dans un chapitre différent du Guide, a aussi reçu un important soutien. Ont notamment été proposés les endroits suivants: première partie, chapitre I.C, paragraphe 28, relatif aux caractéristiques générales d'une loi sur l'insolvabilité; et deuxième partie, chapitre V.A, dans les remarques liminaires concernant le traitement des créances. Il a été noté que, quel que fût l'endroit choisi, il faudrait insérer des renvois au chapitre relatif à la loi applicable. S'agissant du libellé, il a été proposé d'ajouter, dans la recommandation 179, le membre de phrase "qu'il soit étranger ou interne" après l'expression "en vertu du droit commun".

Recommandation 180

27. Le Groupe de travail a généralement approuvé, quant au fond, la recommandation 180 telle qu'actuellement libellée. Il a également été convenu qu'il faudrait inclure les conclusions du Groupe de travail VI (Sûretés), mentionnées plus haut, dans la partie correspondante du commentaire figurant dans le chapitre relatif à la loi applicable.

Recommandation 181

28. Après un débat, un large soutien s'est exprimé, au sein du Groupe de travail, en faveur du maintien de la recommandation 181 dans sa rédaction actuelle, et contre le déplacement des alinéas a) à s) vers le commentaire. Il a été convenu, cependant, qu'il faudrait, à des fins de clarté, développer certains des points énumérés. Par exemple, il a été proposé d'ajouter, à la fin de l'alinéa g), le membre de phrase "qui pourraient léser certaines parties".

Recommandation 182

29. Le Groupe de travail a convenu que la recommandation était essentielle au chapitre sur la loi applicable et a approuvé, quant au fond, le texte tel qu'actuellement libellé.

Recommandation 183

30. Plusieurs craintes ont été exprimées quant à l'inclusion de la recommandation 183 dans le projet de guide et quant à sa signification. Il a notamment été estimé que, par principe, les employés du débiteur travaillant dans l'État du for devraient être traités conformément à la loi dudit État et qu'il faudrait modifier les mots figurant après "contrats de travail" en "peuvent être limités aux employés travaillant dans l'État dans lequel s'ouvre la procédure d'insolvabilité". Il a également été estimé qu'il faudrait réviser la recommandation pour qu'elle prévoie que seuls quelques contrats pourraient être soumis à une autre loi ou que la recommandation ne devrait concerner que les contrats de travail régis par une loi autre que la loi du for. Il a en outre été estimé que, dans sa rédaction actuelle, la recommandation pouvait donner l'impression que le Groupe de travail était favorable à l'inclusion d'une telle exception dans une loi sur l'insolvabilité et qu'il faudrait par conséquent la transférer vers le commentaire. Selon un avis différent, étant donné que la disposition était purement optionnelle et que, dans certaines régions du monde, il était très fréquent que des entreprises aient des employés travaillant dans différents États en vertu de différents contrats de travail, il faudrait conserver la recommandation. Il a été noté que l'absence d'une telle exclusion de la loi du for pourrait avoir des incidences en matière d'ordre public qui risquaient d'engendrer une incertitude et d'entraver le déroulement des procédures d'insolvabilité. On a demandé si l'expression "contrats de travail" incluait à la fois les contrats de travail individuels et les conventions collectives. Il est ressorti des réponses apportées à cette question que, dans certains États, elle inclurait les deux, tandis que, dans d'autres, elle n'inclurait que les contrats de travail individuels. Il a été proposé que le commentaire traite cette question de définition. Après un débat, l'avis qui a prévalu était qu'il fallait conserver la recommandation 183 dans sa rédaction actuelle.

31. Une proposition tendant à inclure une autre exception pour les droits réels a reçu un certain soutien; après un débat, cependant, l'avis qui a prévalu était qu'il ne fallait pas le faire. L'idée que les droits réels seraient déjà visés par la recommandation 180 et que des explications supplémentaires pourraient être données, s'il y avait lieu, dans le commentaire a bénéficié d'un certain soutien. On a également souhaité, dans une certaine mesure, que le Guide ne soit pas perçu comme encourageant la prolifération d'exceptions.

32. Il a été proposé de déplacer le contenu de la section D pour l'insérer au chapitre premier de la deuxième partie du Guide.

B. Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, deuxième partie (A/CN.9/WG.V/WP.70, part II)

33. Le Groupe de travail a examiné le document A/CN.9/WG.V/WP.70 en commençant par la deuxième partie.

1. Deuxième partie. Chapitre premier. Demande d'ouverture et ouverture

34. Il a été observé que, puisque dans plusieurs États, une activité "commerciale" était une activité qui visait le profit, l'expression ne pouvait être utilisée pour décrire une entreprise à but non lucratif, telle qu'une œuvre de bienfaisance ou un organisme de service public. Après un débat, le Groupe de travail a convenu que le Guide devrait se référer à des débiteurs menant des activités "économiques" plutôt que "commerciales". Cela permettrait d'inclure dans le champ d'application du Guide les entreprises à but non lucratif; il a été fait observer qu'un des principaux objectifs du Guide était de permettre l'élaboration d'une loi sur l'insolvabilité ayant une large application.

35. Il a été noté que plusieurs questions évoquées dans les recommandations n'étaient pas traitées dans le commentaire, notamment l'utilisation des présomptions d'insolvabilité mentionnées à la recommandation 11 (auxquelles seule une référence rapide était faite au paragraphe 116) et la nature des débiteurs pouvant bénéficier d'une décharge mentionnée à la recommandation 20, mais non commentée aux paragraphes 147 à 149. Il a été noté que, puisque la recommandation 20 évoquait l'insuffisance d'actifs comme motif de rejet de la demande, il faudrait l'aligner sur les recommandations 14, relative au rejet d'une demande d'ouverture, et 21, relative à l'abandon d'une procédure d'insolvabilité. Il a aussi été noté que, si le commentaire traitait actuellement de la notification adressée aux créanciers étrangers concernant la déclaration des créances, il n'existait aucun commentaire spécifique concernant la notification à ces créanciers de l'ouverture de la procédure.

36. Il a été émis l'idée que le Guide pourrait donner davantage d'indications sur les problèmes se posant dans les États dans lesquels une longue période de temps pourrait s'écouler entre le dépôt de la demande d'ouverture et l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, en particulier l'ajustement de la période suspecte pour les actions en annulation et le traitement des créances pendant cette période. Il a notamment été répondu que, si l'on pouvait ajouter un texte concernant l'approche que différentes lois avaient de ces problèmes, il n'était pas nécessaire que le Groupe de travail émette une recommandation sur l'un ou l'autre point. Il a en outre été estimé que le Groupe de travail pourrait examiner plus avant ces problèmes aux

paragraphes 332 à 335 relatifs à la période suspecte et au chapitre V.A sur les créances.

37. Il a été noté que, si la recommandation 145 traitait de la conversion de procédures de redressement en liquidation, la conversion de la liquidation en redressement n'était pas examinée et qu'il pourrait être ajouté une nouvelle recommandation s'inspirant de la recommandation 7 tendant à ce que la loi sur l'insolvabilité traite de la question de la conversion d'un type de procédure d'insolvabilité en l'autre. Il a été proposé d'ajouter, dans la recommandation 13 b) avant la conjonction "et", le texte ci-après: "en s'y opposant, en y consentant ou, lorsqu'elle vise la liquidation, en demandant l'ouverture d'une procédure de redressement". Le Groupe de travail a approuvé quant au fond l'ajout qu'il a été proposé d'apporter à la recommandation 13.

38. Il a été proposé de corriger la note de bas de page 12 se rapportant au paragraphe 106 pour y indiquer que le Conseil international des normes comptables avait élaboré les Normes internationales d'information financière et non les principes comptables généralement reconnus (Generally Accepted Accounting Principles), qui émanaient eux du Financial Accounting Standards Board des États-Unis.

39. En réponse à une proposition tendant à ce que le Guide contienne des recommandations spécifiques concernant le dépôt par une autorité publique d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, il a été rappelé que le Groupe de travail avait décidé de ne pas inclure de telles recommandations. Une autre proposition tendant à accompagner la recommandation 13 d'une note de bas de page indiquant que la même procédure pouvait s'appliquer à une autorité publique lorsqu'elle n'était pas un créancier n'a reçu aucun soutien.

2. Deuxième partie. Chapitre II. Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

a) Actifs constituant la masse de l'insolvabilité

40. Après un débat, le Groupe de travail a convenu qu'il faudrait modifier la recommandation 24 comme suit: dans le chapeau, remplacer "indiquer les actifs qui constitueront la masse. Pourraient notamment être inclus" par "spécifier que la masse devrait comprendre notamment"; à l'alinéa a), supprimer le passage entre crochets "appartenant au débiteur" et le reste de l'alinéa après les mots "actifs appartenant à des tiers". Il a été proposé de développer la note de bas de page 28 accompagnant la recommandation pour mieux expliquer l'emploi du terme "actifs" comme il en avait été discuté lors de la session conjointe organisée avec le Groupe de travail VI (voir document A/CN.9/550, par. 22). Il a été noté que la recommandation 24 et le glossaire auraient besoin d'être alignés.

41. Il a aussi été convenu qu'il faudrait ajouter une nouvelle recommandation afin de rétablir le texte relatif à la date de constitution de la masse, supprimé de la recommandation 24, pour que la loi sur l'insolvabilité spécifie la date à partir de laquelle la masse serait constituée, que ce fût la date de demande d'ouverture ou la date effective d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. La proposition tendant à ajouter dans la recommandation 25 un renvoi au chapitre V.D, relatif à la loi applicable (A/CN.9/WG.V/WP.72) a également été appuyée.

42. Il a été noté que, puisque de nombreux États excluaient de la masse de l'insolvabilité les dommages-intérêts pour préjudice corporel, il pourrait être inséré, au paragraphe 170, un renvoi approprié à l'examen de ce point dans la note 25 accompagnant le paragraphe 157, et ajouté une note de bas de page à cet effet au paragraphe 174. Il a été noté que certains États excluaient aussi de la masse des actifs tels que les sommes reçues pour des travaux publics.

b) Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité

43. La proposition tendant à préciser, à la fin du paragraphe 197, que le tribunal ne devrait exercer son pouvoir d'accorder des mesures provisoires que s'il était convaincu que la masse ou les actifs du débiteur étaient menacés, a été appuyée.

44. S'agissant des recommandations, une proposition tendant à conserver, dans la recommandation 31, les mots "s'ils en font la demande d'urgence" et "sans tarder", et à supprimer les autres variantes figurant entre crochets, a été soutenue de même qu'une proposition tendant à supprimer, dans la recommandation 38 b), le texte figurant entre crochets afin de refléter les débats et l'accord des participants à la session conjointe organisée avec le Groupe de travail VI (voir A/CN.9/550, par. 17) sur la protection de la valeur. Il a en outre été proposé d'ajouter, à la fin de la recommandation 33, les mots "et lorsque la demande d'ouverture est rejetée" afin de tenir compte d'une autre situation dans laquelle les mesures provisoires prendraient fin.

45. Il a été noté que le contenu de la recommandation 36 (Mesures supplémentaires pouvant être prononcées à l'ouverture de la procédure) ne faisait l'objet d'aucun développement dans le commentaire et que le texte de ce dernier devrait être révisé en conséquence.

c) Utilisation et disposition des actifs

46. Un certain nombre de questions ont été posées à propos des recommandations figurant dans la section C. On a fait observer que, outre "l'utilisation ou la disposition", celles-ci mentionnaient la "vente", mais que les formes de disposition autres que la vente, telles que la constitution d'une nouvelle sûreté ou le louage, n'étaient pas abordées dans les recommandations 43 à 47. Afin de traiter d'autres formes de disposition, en particulier de la constitution d'une nouvelle sûreté, il a été proposé d'ajouter un texte du type: "La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les actifs grevés de sûretés réelles peuvent être grevés d'une nouvelle sûreté, sous réserve des conditions prévues dans les recommandations 50, 51 et 52." Il a été expliqué que lesdites recommandations traitaient des protections à accorder aux créanciers garantis lorsqu'un financement était octroyé après l'ouverture de la procédure (chap. II.D) et qu'elles s'appliquaient également à la question de la constitution d'une nouvelle sûreté. Cette proposition a été appuyée.

47. On a par ailleurs fait remarquer que, bien que la masse comprenne les droits réels du débiteur sur des actifs appartenant à des tiers (recommandation 24), les recommandations relatives à l'utilisation et à la disposition ne s'appliquaient qu'à l'utilisation et à la disposition des "actifs de la masse". On s'est demandé si ce point était traité au chapitre II.E consacré aux contrats ou s'il fallait préciser celui-ci dans le chapitre II.C pour faire en sorte que le débiteur puisse continuer à exercer ses

droits sur les actifs appartenant à des tiers. Une recommandation supplémentaire, libellée comme suit, a été proposée:

> "La loi devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut utiliser des actifs appartenant à des tiers et en possession du débiteur sous réserve que soient remplies certaines conditions, notamment:
>
> a) Que les intérêts des tiers soient protégés contre la diminution de la valeur des actifs; et
>
> b) Que les frais, prévus au contrat, qui sont liés à la poursuite de l'exécution de ce dernier soient assimilés à une dépense d'administration de la masse".

Le Groupe de travail a adopté quant au fond le texte proposé.

48. En réponse à la proposition de remplacer l'expression "actifs de la masse" par "actifs du débiteur", il a été noté que la section consacrée à la constitution de la masse de l'insolvabilité prévoyait l'exclusion de certains actifs du débiteur, lorsque ce dernier était une personne physique, si bien que l'expression "actifs du débiteur" était trop large dans le contexte de la vente et de la disposition.

49. En ce qui concerne la recommandation 41, on a fait remarquer que la référence au droit des créanciers de s'opposer à une vente proposée était sans rapport avec l'intitulé de la recommandation et qu'il faudrait probablement l'insérer ailleurs. On a également estimé qu'il serait peut-être nécessaire de remanier la recommandation pour ne pas donner l'impression que l'opposition d'un créancier était suffisante pour empêcher la vente. L'idée de donner la possibilité au créancier d'être entendu par le tribunal sur la vente proposée a bénéficié d'un certain appui.

50. Il a été noté, à propos de la recommandation 42, que l'emploi du membre de phrase "font l'objet d'une publicité" risquait de ne pas être entendu comme une obligation de notification et que ces termes devaient être employés de manière cohérente à la fois dans le commentaire et dans les recommandations.

51. Le texte révisé ci-après des recommandations 41 et 42 a été approuvé quant au fond:

> *Procédure de notification des actes de disposition*
>
> 41) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les créanciers reçoivent dûment notification de tout acte de disposition effectué en dehors du cours normal des affaires[1] et qu'ils ont la possibilité d'être entendus par le tribunal.
>
> 42) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les enchères publiques sont notifiées de manière à ce qu'il soit probable que l'information vienne à la connaissance des parties intéressées.
>
> Note[1] Lorsque les actifs sont grevés ou soumis à d'autres droits réels, la recommandation 43 s'applique.

52. On a fait observer que la recommandation 44, dans sa rédaction actuelle, reprenait apparemment le texte d'autres recommandations, en particulier la recommandation 40 b), et pouvait être supprimée. Afin de régler ce problème de redondance et de clarifier l'application de la recommandation 43, il a été proposé que la recommandation 40 b) renvoie aux recommandations 41 et 43; que le

chapeau de la recommandation 43 soit libellé comme suit: “La loi sur l’insolvabilité devrait autoriser le représentant de l’insolvabilité à vendre des actifs qui sont grevés de sûretés ou soumis à d’autres droits réels libres de ces sûretés et autres droits réels…”; que la recommandation 43 ne s’applique qu’aux ventes réalisées en dehors du cours normal des affaires; et, pour confirmer l’application cumulative des alinéas a) à d) de la recommandation 43, que la conjonction “et” soit insérée après l’alinéa c). Cette proposition a été favorablement accueillie.

53. Il a été rappelé que, lors de la session conjointe, la question des clauses de réserve de propriété avait été examinée (voir A/CN.9/550, par. 21 et 22) et il a été proposé, pour donner effet aux conclusions de cet examen, d’ajouter aux paragraphes 236 et 237 un texte précisant que la masse pouvait continuer à utiliser les actifs réservés.

54. Pour ce qui est du produit en espèces, il a été proposé de mentionner aussi au paragraphe 238 le produit d’une vente sous une forme autre que des espèces et de modifier la recommandation 43 d) pour reconnaître le maintien des droits de priorité lorsque des biens étaient achetés avec le produit de la vente d’un actif, par exemple lorsque des stocks étaient vendus et que de nouveaux stocks étaient acquis avec le produit de cette vente. On s’est dit favorable à l’insertion de recommandations sur le produit en espèces. Il a été proposé de revoir la recommandation 40 a) de manière à y prévoir l’utilisation et la disposition des actifs de la masse (y compris des actifs grevés de sûretés réelles) dans le cours normal des affaires, à l’exception du produit en espèces, et d’ajouter une recommandation libellée à peu près comme suit:

> “La loi devrait spécifier que, lorsque le créancier garanti ne donne pas son accord, le tribunal peut autoriser l’utilisation du produit en espèces sous réserve que soient remplies certaines conditions, notamment:
>
> a) Que la possibilité ait été donnée au créancier garanti d’être entendu par le tribunal;
>
> b) Que les intérêts du créancier garanti soient protégés contre la diminution de la valeur du produit en espèces.”

55. Le Groupe de travail a adopté la proposition concernant la recommandation 40 a) et le texte de la nouvelle recommandation proposée, quant au fond.

56. Il a également été proposé d’ajouter dans le glossaire une définition du terme “produit en espèces” libellée à peu près comme suit: “produit de la vente d’actifs grevés, s’il fait l’objet d’une sûreté réelle”. Cette proposition a été appuyée. Il a été suggéré d’indiquer clairement dans le commentaire que le produit en question découlait de la vente d’actifs grevés et non de la vente de n’importe quel actif.

57. Il a été noté que la recommandation 137 était peut-être devenue redondante du fait des changements proposés à la section sur l’utilisation et la disposition des actifs, mais qu’il faudrait la réexaminer dans le contexte du redressement.

58. En ce qui concerne la recommandation 48 et le paragraphe 234, il a été proposé de traiter dans le commentaire la question de savoir à qui les actifs pourraient être abandonnés, en particulier dans le cas de biens immeubles. On a également estimé qu’il faudrait peut-être apporter des précisions à propos de l’évaluation de l’actif abandonné afin de déterminer le montant de toute créance connexe du créancier.

d) Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

59. Le Groupe de travail a reconnu qu'il importait de fournir des incitations suffisantes pour attirer de nouveaux financements et il a été proposé d'ajouter dans la recommandation 49 un texte montrant l'importance de cet aspect.

60. Il a été proposé de donner un caractère uniquement facultatif à la recommandation 52 de sorte que la loi sur l'insolvabilité "puisse" prévoir des dispositions pour ce type de priorité. Après un débat, il a été convenu de conserver le mot "devrait". On a fait observer que, la notion de "risque déraisonnable" posant des problèmes dans certains systèmes juridiques, les mots figurant après "protégés" devraient être supprimés.

61. On a constaté des incohérences entre le texte des recommandations et celui du commentaire concernant la constitution d'une sûreté réelle par opposition à l'octroi d'une priorité. Il a été proposé d'aligner les textes. Il a aussi été proposé de mettre davantage l'accent sur l'octroi d'une priorité, celui-ci étant en effet plus fréquent que la constitution d'une sûreté réelle.

e) Traitement des contrats

62. En ce qui concerne la recommandation 56, il a été convenu de supprimer du chapeau les mots "à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité", pour ne pas laisser entendre que la recommandation ne s'appliquait pas pendant la période séparant le dépôt d'une demande d'ouverture de l'ouverture. Pour ce qui est des alinéas a) et b), on a suggéré qu'ils mettent l'accent sur la situation d'insolvabilité plutôt que sur la demande d'ouverture ou l'ouverture. Il a été suggéré aussi d'ajouter les mots "ou l'exécution anticipée" après le mot "résiliation automatique", et d'ajouter un alinéa c) formulé comme suit: "le prononcé d'une décision de conversion d'une procédure de liquidation en procédure de redressement". Bien que différentes opinions aient été exprimées quant à la vigueur à donner à l'orientation de la recommandation et au point de savoir s'il fallait employer le verbe "peut" ou le verbe "devrait", il a été convenu, à l'issue d'un débat, que la recommandation devrait être conservée telle quelle. On a fait observer que lorsqu'une partie était tenue d'exécuter ou continuait d'exécuter un contrat après l'ouverture d'une procédure, les avantages découlant de la poursuite de l'exécution devraient être payés par la masse, et on a noté que cette question était traitée en partie par les recommandations 65 et 67, auxquelles il fallait apporter quelques modifications.

63. Il a été suggéré de supprimer les termes figurant entre crochets à la recommandation 62.

64. En ce qui concerne la recommandation 65, on a dit qu'il fallait préciser si l'alinéa a) inclurait à la fois un manquement antérieur et un manquement postérieur à l'ouverture et si les mots "soit en mesure de s'acquitter", à l'alinéa b), visaient aussi la capacité de continuer à payer les services fournis. Le Groupe de travail a examiné une proposition tendant à remanier les recommandations 65 et 67 comme suit:

Continuation de contrats en cas d'inexécution du débiteur

65) La loi devrait spécifier que, lorsque le débiteur manque à ses obligations au titre d'un contrat, le représentant de l'insolvabilité peut poursuivre l'exécution de ce contrat, à condition que le manquement soit réparé, que le

cocontractant qui n'est pas en défaut retrouve pour l'essentiel la situation économique qui était la sienne avant le manquement, et que la masse soit en mesure de s'acquitter des obligations découlant du contrat poursuivi.

65) b) supprimé

Exécution avant la continuation ou le rejet du contrat

66) La loi devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut accepter [ou exiger] du cocontractant l'exécution du contrat avant la continuation ou le rejet de ce dernier. Les créances découlant, pour le cocontractant, de l'exécution acceptée [ou exigée] par le représentant de l'insolvabilité avant la continuation ou le rejet du contrat devraient être assimilées à une dépense d'administration de la masse:

a) si le cocontractant a exécuté le contrat au profit de la masse, les avantages qui en découlent pour celle-ci, conformément aux clauses du contrat, sont assimilés à une dépense d'administration;

b) si le représentant de l'insolvabilité utilise des actifs appartenant à un tiers qui sont en possession du débiteur soumis au contrat, ce tiers devrait être protégé contre la diminution de la valeur de ces actifs et les frais, prévus au contrat, qui sont liés à la poursuite de l'exécution de ce dernier devraient être traités conformément à l'alinéa a).

67) La loi devrait spécifier que, lorsque est prise la décision de poursuivre l'exécution d'un contrat, les dommages-intérêts dus en cas d'inexécution ultérieure de ce contrat devraient être assimilés à une dépense d'administration.

65. Il a été proposé de faire précéder le paragraphe 277 du paragraphe 278 en l'intitulant "Exécution avant la continuation ou le rejet du contrat" et d'ajouter à la fin du paragraphe 278 le texte suivant:

"Lorsque le représentant de l'insolvabilité décide qu'un contrat devrait être exécuté avant que soit prise une décision de poursuivre ou de rejeter ce contrat, il devrait être en mesure d'accepter ou d'exiger du cocontractant l'exécution du contrat. Comme condition de l'acceptation ou de l'exigence de cette exécution, les frais, prévus au contrat, qui sont liés à la poursuite de cette exécution, devraient être assimilés à une dépense d'administration de la masse. Si le représentant de l'insolvabilité utilise des actifs appartenant à un tiers qui sont en possession du débiteur soumis au contrat, ce tiers devrait être protégé contre l'érosion de la valeur de ces actifs et les coûts, prévus au contrat, des avantages découlant pour la masse de leur utilisation devraient être assimilés à une dépense d'administration."

66. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond les propositions de modifications des recommandations 65 à 67, ainsi que le commentaire proposé.

67. Il a été proposé d'ajouter un nouvel alinéa d) à la recommandation 70 pour indiquer que l'une des conditions de la cession serait la réparation des défauts d'exécution avant la cession. On a demandé si cette proposition se limiterait aux défauts d'exécution postérieurs à l'ouverture, ou bien inclurait aussi les défauts d'exécution antérieurs à l'ouverture.

68. On s'est prononcé en faveur de l'ajout, à la fin de la recommandation 71, des mots "et la masse n'aura plus d'obligation au regard du contrat".

f) Procédure d'annulation

69. On s'est demandé si le Groupe de travail devrait exiger, dans la recommandation 73 a), la connaissance de l'intention du débiteur, ce qui reviendrait à fixer un critère très strict qu'il serait difficile de prouver. Après un débat, il a été convenu que l'alinéa devrait mettre l'accent sur l'effet de l'opération sur le créancier et, en conséquence, commencer par les mots "les opérations ayant pour effet de faire échouer, de retarder ou d'entraver le recouvrement des créances par les créanciers...", et se terminer par les mots "ou de léser d'une autre manière les intérêts des créanciers", les mots "et lorsque le cocontractant connaissait ou aurait dû connaître l'intention du débiteur" étant supprimés.

70. On a fait observer aussi qu'il semblait y avoir une lacune dans la recommandation 73 b), car elle ne faisait pas référence aux dons, qui seraient également considérés comme faisant partie de cette catégorie d'opération.

71. Bien que le commentaire du Guide examine diverses approches concernant la durée de la période suspecte, on s'est inquiété de l'absence d'indications suffisantes dans la recommandation 75 quant à l'opportunité d'adopter des périodes courtes. En particulier, il a été proposé que les recommandations fassent référence à des périodes précises – peut-être un à deux ans dans le cas des opérations visées à la recommandation 73 a) et peut-être six mois à un an pour celles qui étaient visées à la recommandation 73 b) et c). Bien que la proposition de donner plus de précisions sur des périodes possibles ait bénéficié d'un certain appui, il a été convenu dans l'ensemble qu'il faudrait analyser davantage dans le commentaire la nécessité de périodes plus courtes et les arguments militant en leur faveur.

72. Plusieurs observations ont été faites au sujet des alinéas b) et c) de la recommandation 76. Tout d'abord, on a indiqué que ces dispositions ne devraient pas être limitées dans leur application aux opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, mais pourraient être applicables plus généralement. Ensuite, on a dit que la distinction entre ces deux alinéas n'était pas claire. Il a toutefois été fait observer que l'alinéa b) mentionnait une présomption pouvant être contestée, tandis que l'alinéa c) établissait une règle de procédure qui ne pouvait l'être. Après un débat, un certain appui s'est dégagé en faveur de la suppression des alinéas b) et c) de la recommandation 76 et de leur remaniement pour qu'ils aient une portée plus générale en tant que dispositions relatives à la preuve.

73. Il a été convenu de conserver la deuxième phrase de la recommandation 81 sans les crochets. Il a toutefois été demandé si ce texte devrait s'appliquer à la totalité de la recommandation 73 ou bien seulement à son alinéa a). Selon un avis, seules les opérations visées à l'alinéa a) devraient faire exception à la règle générale selon laquelle la période suspecte s'appliquait rétroactivement à partir de l'ouverture. Selon un avis différent, le problème posé par les opérations dissimulées pouvait se poser aussi pour toutes les opérations indiquées dans la recommandation 73. Ces deux points de vue ont eu des défenseurs, mais après un débat il a été convenu que la référence à l'alinéa a) devrait être supprimée de manière que l'exception s'applique à toutes les opérations mentionnées dans la

recommandation 73. Il a été proposé aussi que la recommandation fasse référence de manière plus précise à la période pendant laquelle la procédure d'annulation pourrait être ouverte, par exemple deux ans, de manière qu'elle ne soit pas engagée un trop grand nombre d'années après l'opération en question. Il a été convenu de faire figurer une discussion plus précise dans le commentaire.

74. En réponse à une question concernant l'effet des opérations annulées, on a renvoyé aux paragraphes 330 et 331 du commentaire ainsi qu'à une décision antérieure de ne pas inclure de recommandations sur ce point.

75. En ce qui concerne la recommandation 80, il a été convenu qu'en plus du texte actuel, elle devrait établir le principe général selon lequel les dépenses afférentes à la procédure d'annulation devraient être financées par la masse.

g) Compensation, contrats financiers et compensation globale

76. Bien que l'avis ait été exprimé qu'il ne devrait y avoir un droit général de compensation que dans des cas très limités, le texte de la recommandation 85, tel que rédigé, a été appuyé.

77. S'agissant de la recommandation 92, il a été convenu de conserver le texte entre crochets, en supprimant ces derniers, car il précisait le champ d'application des dispositions. À cet égard, l'opinion selon laquelle il serait peut-être plus approprié d'inclure ce texte dans la disposition relative à l'objet que dans une recommandation spécifique a recueilli un certain appui.

78. On s'est inquiété de l'incertitude due à l'absence d'indication sur la portée du terme "contrat financier". Il a été noté qu'une définition figurait dans le glossaire du Guide, quoique entre crochets. On a également fait observer que les types de contrats à inclure dans les dispositions relatives au contrat financier étaient généralement bien admis dans les milieux financiers et que le besoin de souplesse rendait difficile l'élaboration d'une définition de ces contrats.

3. Deuxième partie. Chapitre III. Participants

a) Débiteur

79. En réponse à l'opinion selon laquelle, lorsque des renseignements devaient être communiqués par un débiteur personne morale, ils devraient comprendre des renseignements sur son passif futur éventuel, il a été convenu dans l'ensemble que cette exigence serait sous-entendue par le terme "affaires", employé dans la recommandation 95 b), et par la référence à l'alinéa b) ii) à la fourniture de renseignements sur les types de procédures affectant le débiteur. Par souci de clarification, il a été proposé de modifier l'alinéa b) v) à peu près comme suit: "des créanciers et de leurs créances, cette liste étant établie en collaboration avec le représentant de l'insolvabilité et revue et modifiée par le débiteur à mesure que les créances sont vérifiées et admises ou rejetées". Bien que l'on se soit interrogé sur l'utilité de conserver le mot "raisonnablement" à l'alinéa b), il a été convenu que, pour éviter des demandes abusives et injustifiées, en particulier de la part des créanciers, il pourrait s'avérer utile de conserver ce mot.

80. Il a été convenu de supprimer le membre de phrase entre crochets figurant au début de la recommandation 95 c) et d'ajouter le verbe "coopérer". Il a été noté que certains des éléments inclus au paragraphe 376 du commentaire ne s'appliquaient

pas seulement aux débiteurs non dessaisis et devraient être supprimés. D'une façon générale, il a été suggéré que le Guide indique clairement, aussi bien dans le commentaire que dans les recommandations, que toutes les fois qu'une loi sur l'insolvabilité prévoyait le maintien du débiteur, ce dernier devrait en général avoir les mêmes pouvoirs et fonctions qu'un représentant de l'insolvabilité. Pour répondre à cette préoccupation, il a été proposé d'ajouter une nouvelle recommandation après la recommandation 97 indiquant que la loi devrait spécifier qu'un débiteur non dessaisi aurait les pouvoirs et les fonctions d'un représentant de l'insolvabilité, à l'exception du droit à rémunération.

b) Représentant de l'insolvabilité

81. Il a été pris note d'une proposition selon laquelle le Guide devrait mettre davantage l'accent sur le recours à des organismes indépendants pour sélectionner, nommer et superviser le représentant de l'insolvabilité, mais cette proposition n'a pas été appuyée au motif que de nombreux pays n'étaient pas nécessairement en mesure de créer de tels organismes et que l'insertion de recommandations sur ce point n'était donc pas souhaitable.

82. Il a été convenu que le paragraphe 400 du commentaire devrait indiquer clairement que le représentant de l'insolvabilité ne devrait pas avoir d'antécédents judiciaires.

83. On a jugé que la référence à la responsabilité, dans la recommandation 105, était trop générale et qu'il faudrait modifier la fin de la phrase comme suit: "ainsi que toute règle de responsabilité imposée en l'espèce".

c) Créanciers – participation à la procédure d'insolvabilité

84. Le Groupe de travail a convenu de remplacer, dans la recommandation 112, le texte "indiquer un pourcentage du montant total des" par "un certain pourcentage du montant total des", notant que le pourcentage requis variait grandement d'un État à l'autre. Il a également convenu de supprimer, dans la recommandation 115, le texte figurant entre crochets.

85. Il a été convenu que les recommandations étaient largement acceptables quant au fond, mais qu'il pourrait être nécessaire de revoir la rédaction de la section de façon que le commentaire, tout en exprimant clairement la préférence du Groupe de travail pour la création de comités de créanciers, note qu'il existait d'autres formes de représentation et de consultation des créanciers qui fonctionnaient bien dans certains États. Il a été noté qu'en conséquence, il pourrait être nécessaire de modifier quelque peu la recommandation 113. Il a été observé que lorsqu'un régime se fondait sur des comités de créanciers, la loi sur l'insolvabilité devrait veiller à ce que ce type de mécanisme respecte les droits de tous les créanciers. Lors de l'examen du rôle des comités de créanciers et des réunions de créanciers, il a été noté que ces deux thèmes soulevaient différents problèmes. On a fait remarquer, cependant, que la finalité de la concertation entre créanciers sur une question donnée déterminerait le cadre approprié pour cette concertation. Les règles de vote applicables en cas de redressement, par exemple, détermineraient si une réunion de tous les créanciers serait requise ou si un groupe représentatif restreint pourrait agir. De l'avis général, il fallait trouver un juste milieu entre la représentation des droits et la nécessité d'une administration rapide et efficace de la procédure.

86. On s'est déclaré favorable à ce que le commentaire mentionne le droit des créanciers étrangers de participer pleinement à la procédure. Il a été noté que le principe d'égalité de traitement des créanciers étrangers et des créanciers nationaux était examiné au chapitre V.A, relatif au traitement des créances.

d) Droit des parties intéressées d'être entendues et de faire appel

87. En ce qui concerne une suggestion tendant à ajouter aux droits des comités de créanciers mentionnés dans la recommandation 117 de la section précédente celui d'être entendus dans le cadre de la procédure, il a été noté que le comité des créanciers était défini dans le glossaire comme une partie intéressée et que de ce fait il était visé par les recommandations 121 et 122.

4. Deuxième partie. Chapitre IV. Redressement

a) Le plan de redressement

88. Tout en se déclarant globalement satisfait de la section quant au fond, le Groupe de travail a convenu qu'en modifiant quelque peu le libellé des recommandations, on donnerait davantage d'effet à l'examen des questions correspondantes dans le commentaire et l'on améliorerait globalement l'utilité du Guide.

89. Il a été suggéré, pour réviser les recommandations, de s'inspirer des propositions suivantes: a) dans la mesure où le redressement faisait intervenir des créanciers garantis, la loi sur l'insolvabilité devrait prévoir un certain nombre de dispositions protégeant contre toute discrimination entre créanciers; b) si un créancier devait être lié par un plan de redressement sans son consentement, il devrait avoir le droit de voter dans la procédure; c) si des créanciers garantis ou des créanciers prioritaires étaient liés par un plan, ils devraient se prononcer par vote sur le plan en tant que catégorie distincte; d) un créancier d'une catégorie particulière devrait bénéficier des mêmes conditions que tous les autres créanciers de cette catégorie et, dans la mesure où un traitement différent des créanciers pourrait maximiser les chances de réussite d'un plan de redressement, il faudrait créer différentes catégories de créanciers chirographaires; e) les créanciers opposants d'une catégorie approuvant le plan devraient recevoir au moins autant que ce qu'ils auraient reçu dans une procédure de liquidation; et f) une catégorie opposante de créanciers devrait recevoir au moins autant que ce qu'elle aurait reçu dans une procédure de liquidation, en fonction des droits reconnus à cette catégorie.

90. Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée des recommandations tenant compte de ces observations. Le Groupe de travail a également convenu que cette version devrait incorporer les changements suivants: a) conserver le texte entre crochets, sans les crochets, dans la recommandation 128 b) i); b) conserver la recommandation 135 telle qu'actuellement rédigée mais, compte tenu de son lien étroit avec la recommandation 145 c), la placer après la recommandation 144; c) modifier les alinéas a) et b) de la recommandation 139 pour qu'ils renvoient aux recommandations 138 et 140 respectivement.

91. Plusieurs autres modifications rédactionnelles ont également été proposées: a) inclure, dans la recommandation 125 b), les actionnaires dans la liste des parties pouvant proposer un plan; b) fusionner les recommandations 126 et 127 en une seule recommandation intitulée "Élaboration et présentation d'une note

d'information"; c) ajouter, à la fin de la recommandation 128 b) ii), le membre de phrase "et les clauses de réserve de propriété"; d) supprimer de la recommandation 129 a) le mot "états"; e) ajouter, à la recommandation 129, un nouvel alinéa exigeant l'inclusion dans la note d'information de tout renseignement non financier supplémentaire qui pourrait avoir une incidence sur l'exécution future des obligations du débiteur (par exemple l'existence d'un nouveau brevet); f) mentionner dans la recommandation 129 les obligations de confidentialité énoncées au chapitre III; g) développer la recommandation 130 pour indiquer dans le détail les catégories habilitées à se prononcer par vote sur le plan; h) modifier la recommandation 133 pour indiquer que, lorsqu'il existe des catégories distinctes de créanciers, les créanciers devraient voter par catégorie; i) modifier la recommandation 138 b) pour exprimer l'idée qu'aucun créancier ne devrait être particulièrement défavorisé par rapport à tous les autres créanciers de sa catégorie; j) insérer, dans la recommandation 138 c), le membre de phrase "de chaque catégorie" après "créanciers"; k) préciser si la note de bas de page 94 accompagnant la recommandation 138 f) se référait au consentement par une catégorie de créanciers ou par des créanciers individuels; l) ajouter, dans le chapeau de la recommandation 145, les mots "ou à l'abandonner" avant "lorsque"; m) préciser que la conversion était appropriée lorsque le non-respect des stipulations du plan était le fait du débiteur, mais pas lorsqu'il était imputable à un tiers; et n) indiquer, au paragraphe 522, que le débiteur pourrait être autorisé à se prononcer par vote sur le plan dans certaines circonstances définies.

92. Des avis différents ont été exprimés concernant l'utilité de la recommandation 128 c) vi), mais le Groupe de travail n'a pris aucune décision quant à son maintien ou à sa suppression.

93. La proposition d'introduire, en s'inspirant du paragraphe 539 du commentaire, une nouvelle recommandation tendant à ce que le tribunal ne se voie pas demander d'examiner le fondement économique et commercial des décisions prises par les créanciers ou la faisabilité économique d'un plan de redressement a reçu un certain soutien. En réponse, il a été observé qu'il s'agissait là de tâches normales régulièrement assumées par les tribunaux de certains États; il a, en conséquence, été décidé de n'introduire aucune recommandation.

b) Redressement accéléré

94. On a émis la crainte que la section consacrée au redressement accéléré ne soit pas suffisamment explicite quant à la finalité de ce type de procédure, quant à la relation existant entre la procédure accélérée et la procédure de redressement ordinaire examinée à la section A du chapitre IV et ailleurs dans le Guide, ou quant au champ d'application de cette procédure. Il a été suggéré de placer cette section dans une annexe du projet de guide, mais l'opinion qui a prévalu a été qu'elle devait rester dans le chapitre IV du Guide. Cependant, pour faciliter la compréhension de ce chapitre et préciser davantage l'objet et le champ d'application des procédures accélérées, il a été proposé de réviser le commentaire pour y inclure de plus amples explications et de le faire suivre de plus près l'énoncé des recommandations.

95. En ce qui concerne la recommandation 146 a), différents avis ont été exprimés quant aux conditions appropriées qui devraient s'appliquer en matière d'ouverture. Selon un avis, un débiteur ne devrait pas avoir à remplir les conditions auxquelles la loi sur l'insolvabilité soumettait l'ouverture d'une procédure pour engager une

procédure accélérée. On a cependant noté que la procédure pourrait être utilisée par tout débiteur remplissant les critères d'admissibilité prévus par la loi sur le redressement. Selon un autre avis, qui a été appuyé, on pourrait supprimer les deux textes entre crochets, de sorte que la procédure accélérée pourrait être utilisée par des débiteurs qui, d'une manière générale, ne seraient probablement pas en mesure de régler leurs dettes à l'échéance. Il a été convenu que le texte figurant entre crochets à l'alinéa b) pourrait être supprimé.

96. Il a été suggéré, étant donné que la condition énoncée à l'alinéa e) de la recommandation 147 serait comprise dans le plan et la note d'information mentionnés à l'alinéa a) et aussi dans la condition énoncée à l'alinéa d), de supprimer en conséquence l'alinéa e).

97. S'agissant de la recommandation 150, il a été estimé que l'obligation de notifier l'ouverture d'une procédure accélérée individuellement, en particulier aux détenteurs d'actions et d'obligations, pourrait être particulièrement contraignante; il a par conséquent été décidé qu'il suffirait que la notification s'effectue avec les moyens existants. Il a aussi été noté que l'obligation de notifier les actionnaires ne figurait pas dans d'autres dispositions du Guide relatives à la notification.

98. Il a été demandé comment l'on pourrait concilier l'obligation pour le tribunal d'homologuer un plan de redressement accéléré, telle qu'elle ressortait de la recommandation 151, avec le caractère facultatif de l'homologation décrit à la section A du chapitre IV, et il a été estimé que de plus amples développements sur ce point seraient peut-être nécessaires dans le commentaire.

99. Après un débat, il a été convenu de conserver le premier texte entre crochets dans la recommandation 153 et de supprimer le second. En ce qui concerne les autres textes figurant entre crochets dans les recommandations, le Groupe de travail a décidé de supprimer celui figurant dans la recommandation 147 b) et de conserver ceux figurant dans les recommandations 149 b) et 151 b).

5. Deuxième partie. Chapitre V. Administration de la procédure

a) Créances

100. Il a été convenu que la recommandation 154 devrait être modifiée de sorte que seuls les créanciers souhaitant participer à la procédure soient tenus de déclarer leurs créances. On a également estimé que les créanciers devraient être autorisés à faire leur déclaration par différents moyens.

101. En ce qui concerne les créanciers garantis, il a été proposé que la recommandation 156 leur impose l'obligation de déclarer leurs créances et que cette déclaration se fasse conformément à la recommandation 154 ou 158 au début de la procédure pour faciliter la conduite et l'administration de cette dernière. Il a été suggéré que la recommandation 159 vienne après la recommandation 154 ou soit fusionnée avec celle-ci.

102. Il a été convenu de supprimer le texte entre crochets figurant dans la recommandation 160 et d'expliquer dans le commentaire la possibilité de prévoir des mesures spéciales pour l'instabilité et les fluctuations monétaires.

103. Il a également été convenu que les passages entre crochets figurant dans les recommandations 163, 166 et 167 devaient être conservés et que les problèmes

découlant des recommandations 166 et 167 devaient être susceptibles de contestation devant le tribunal conformément à la recommandation 163. La proposition d'inclure le refus de reconnaître la priorité à l'alinéa c) de la recommandation 168 n'a bénéficié d'aucun soutien. Il a été noté que la recommandation 169 devrait se lire en parallèle avec les recommandations 162 et 163.

b) Priorités et répartition

104. La proposition d'ajouter les mots "catégories éventuelles de" avant "créances" dans la recommandation 172 a été appuyée. Il a été noté que, s'agissant des créances déclassées, seul le déclassement décidé par un tribunal pour des raisons d'équité devait être visé, étant donné que le déclassement contractuel pouvait aboutir à l'octroi des différents rangs de priorité, en fonction de la convention conclue.

c) Groupes de sociétés

105. Le Groupe de travail a généralement approuvé, sur le fond, les modifications ci-après apportées à la section C:

644. Trois 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);

c) Celle de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité par une société du groupe contre une société apparentée du même groupe.

Modifier la première phrase du paragraphe 645 comme suit:

645. Tenant compte de la complexité de ce sujet, les lois sur l'insolvabilité apportent diverses réponses à ces questions et à d'autres questions qui peuvent se distinguer par la mesure dans laquelle une loi permet la levée du voile social.

Ajouter, après le paragraphe 645, le nouveau paragraphe suivant:

Bien que diverses approches soient adoptées à l'égard de ces questions très complexes, il est important qu'un régime de l'insolvabilité traite des questions concernant les groupes de sociétés de manière suffisamment détaillée sur le plan de la procédure pour apporter la sécurité juridique à toutes les parties à des opérations commerciales avec de tels groupes. Une solution autre que la réglementation directe des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité pourrait être par exemple de donner, dans d'autres parties de la loi sur l'insolvabilité, une définition suffisante pour permettre l'application aux groupes de sociétés de dispositions telles que les dispositions relatives à l'annulation ou au déclassement qui s'appliquent aux personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur.

106. On a également jugé utile d'insérer dans la section C un renvoi au chapitre consacré à la loi applicable.

6. Clôture de la procédure

a) Décharge

107. Il a été proposé d'indiquer, dans le commentaire, que la libération du débiteur devrait être sans incidences sur les engagements d'un tiers ayant garanti les obligations de ce débiteur.

108. En ce qui concerne la décharge proprement dite, il a été proposé de distinguer clairement, dans le commentaire, entre le fait de libérer le débiteur et le fait de lui imposer des conditions limitant cependant sa réhabilitation. On a fait observer, par exemple, que dans certaines lois un débiteur libéré n'était pas autorisé à entreprendre une activité commerciale.

b) Clôture de la procédure

109. La proposition de modifier à la fois la recommandation 186 et la recommandation 187 pour y disposer que la loi devrait spécifier les formalités nécessaires pour clore une procédure de liquidation et une procédure de redressement a été appuyée. On a noté que la loi pourrait indiquer par exemple qui était autorisé à demander la clôture, si la demande de clôture et la décision de clôture pouvaient éventuellement faire l'objet d'une publicité et si les créanciers pouvaient être entendus. Il a également été proposé de traiter, dans la recommandation 187, du cas où le plan n'avait pas été exécuté ou était jugé inexécutable. On a fait remarquer que, dans ce cas, la modification du plan pouvait aussi être envisagée.

C. Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, première partie

110. Une proposition d'inclure un ensemble de recommandations traitant des principaux objectifs et de placer d'autres recommandations de nature générale, telles les recommandations 7 et 179, dans la première partie du projet de guide a été appuyée. Le Groupe de travail a décidé d'ajouter au texte ces recommandations, qui pourraient s'inspirer du modèle suivant.

111. À la suite du paragraphe 22 du commentaire (les alinéas a) à h) de la recommandation reprenant les principaux objectifs énoncés aux paragraphes 12 à 22 du document A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I)):

> "1) Pour établir et élaborer une loi sur l'insolvabilité efficace, il faudrait prendre en compte les principaux objectifs suivants:
>
> a) Sécuriser le marché pour promouvoir la stabilité et la croissance économiques;
>
> b) Maximiser la valeur des actifs;
>
> c) Établir un équilibre entre liquidation et redressement;

d) Garantir le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation;

e) Prévoir le règlement rapide, efficace et impartial de l'insolvabilité;

f) Préserver la masse de l'insolvabilité pour permettre une répartition équitable entre les créanciers;

g) Élaborer une loi sur l'insolvabilité transparente et prévisible qui contienne des mesures d'incitation pour la collecte et la diffusion d'informations; et

h) Reconnaître les droits des créanciers existants et établir des règles claires pour classer les créances prioritaires."

112. À la suite du paragraphe 27 du commentaire:

"2) Les recommandations du Guide législatif ont été conçues pour traiter chacun des principaux objectifs et instaurer entre eux un équilibre approprié."

113. À la suite du paragraphe 30 du commentaire (les alinéas a) à n) de la recommandation reflétant le contenu du paragraphe 28 du document A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I)):

"3) Pour concevoir une loi effective et efficace sur l'insolvabilité, il faudrait prendre en compte les éléments communs suivants:

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 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 actifs du débiteur contre les actions des créanciers, contre le débiteur lui-même et contre le représentant de l'insolvabilité et, lorsque les mesures de protection s'appliquent aux créanciers garantis, manière dont la valeur économique de leurs sûretés réelles sera 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 peuvent être exécutés ou seront protégés, en dépit de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité;

g) Manière dont le représentant de l'insolvabilité peut utiliser les actifs 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;

k) Exécution du plan de redressement;

l) Répartition du produit de la liquidation;

m) En cas de liquidation, décharge du débiteur ou dissolution de son entreprise;

n) Clôture de la procédure."

114. Le Groupe de travail a fermement soutenu une proposition tendant à inclure, dans le projet de guide, le texte de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et le Guide pour son incorporation dans le droit interne, soulignant la nécessité, pour les pays, de se pencher non seulement sur la réforme de la loi interne sur l'insolvabilité, mais aussi sur les questions afférentes à l'insolvabilité internationale. Étant donné la nature différente des deux textes, cependant, il a été convenu que la Loi type devrait peut-être figurer en annexe au projet de guide afin d'éviter toute confusion quant à la façon dont les deux différents types de texte pourraient être utilisés ou adoptés par les États. Il a été noté que ces questions pourraient être traitées dans l'introduction du projet de guide et que celui-ci devrait conserver les renvois appropriés à la Loi type et au Guide pour son incorporation. Il a aussi été proposé que le Guide recommande fermement l'adoption de la Loi type de la CNUDCI.

115. Plusieurs propositions ont été faites en ce qui concerne l'organisation du texte de la première partie: lier plus étroitement l'introduction figurant dans la première partie et le contenu de la deuxième partie en incluant des renvois appropriés; souligner que le Guide s'applique avant tout aux débiteurs menant une activité économique et non aux débiteurs consommateurs; rapprocher les paragraphes 28 à 30 des paragraphes 65 à 69; ajouter un paragraphe d'introduction à la section II de la première partie pour expliquer, en particulier, pourquoi on mentionne les procédures administratives; et ajouter à la section III des informations sur les travaux menés par les organisations internationales pour renforcer l'infrastructure institutionnelle. Il a été noté qu'il faudrait expliciter la référence faite, au paragraphe 46, aux principes directeurs de la Banque d'Angleterre, et que le secrétariat réviserait les paragraphes 58 et 59 en tenant compte des conclusions de l'examen de la section B du chapitre IV et inclurait l'explication révisée de la procédure de redressement accélérée dans la rubrique "Procédure de redressement".

116. Sur le plan rédactionnel, le secrétariat a été prié d'examiner si l'expression "but général" figurant dans la dernière phrase du paragraphe 12 était appropriée et s'il faudrait ajouter au paragraphe 14 la dernière phrase du paragraphe 13; et

d'ajouter un texte du genre "préservant la valeur de l'entreprise" dans la deuxième phrase du paragraphe 14.

D. Glossaire

117. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de réorganiser le glossaire pour faciliter la comparaison entre les différentes langues officielles.

Créances ou dépenses afférentes à l'administration de la procédure

118. Le Groupe de travail est convenu de conserver la définition dans sa rédaction actuelle en supprimant l'adjectif "attendu", qui précisait la manière dont le représentant de l'insolvabilité s'acquittait de ses fonctions. Il a également été proposé de mentionner les obligations légales en plus des obligations contractuelles.

Demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité

119. Le Groupe de travail est convenu de supprimer ce terme du glossaire.

Dispositions d'annulation

120. Le Groupe de travail a examiné la définition révisée ci-après:

> "Dispositions de la loi sur l'insolvabilité permettant d'annuler ou de priver d'effet d'une autre manière des opérations visant à transférer des actifs ou à contracter des obligations avant une procédure d'insolvabilité et de recouvrer l'un quelconque des actifs transférés ou sa valeur dans l'intérêt collectif des créanciers ou de la masse de l'insolvabilité si ces opérations remplissent des critères spécifiés dans la loi sur l'insolvabilité".

121. Le Groupe de travail est convenu d'adopter la définition révisée en supprimant le membre de phrase final "si ces opérations remplissent des critères spécifiés dans la loi sur l'insolvabilité".

Actifs du débiteur

122. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le texte tel que rédigé.

Actifs constituant une charge

123. Il a été convenu de remplacer les mots "par exemple" par "ou" et d'adopter le texte tel que rédigé.

Centre des intérêts principaux

124. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le texte tel que rédigé.

Créance

125. Le Groupe de travail a examiné une proposition tendant à réviser le texte comme suit:

> "Droit à paiement sur la masse du débiteur, qu'il naisse d'une dette, d'un contrat ou d'une autre obligation juridique, qu'il soit d'un montant déterminé

ou indéterminé, échu ou non échu, contesté ou non contesté, garanti ou non garanti, certain ou conditionnel.

Note: Certains pays considèrent la possibilité ou le droit, lorsque la loi applicable le permet, de recouvrer des [actifs] [biens] auprès du débiteur comme une créance."

126. Cette proposition a bénéficié d'un certain appui mais, faute de temps, le Groupe de travail n'a pas pu finir d'examiner ce terme.

Ouverture de la procédure

127. Le Groupe de travail a examiné une proposition tendant à réviser le texte comme suit:

"Événement déterminant la date effective de la procédure d'insolvabilité, qu'il soit défini par la loi ou par une décision de justice".

128. Cette proposition a bénéficié d'un certain appui mais, faute de temps, le Groupe de travail n'a pas pu finir d'examiner ce terme.

Créancier

129. Le Groupe de travail a examiné une proposition tendant à ajouter le texte ci-après:

"Personne physique ou morale qui a contre le débiteur une créance née au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou avant."

130. Bien que certains aient souhaité que ce terme ne soit pas ajouté dans le glossaire, il a été convenu, étant donné qu'il était étroitement lié à la notion de "créance", qu'il faudrait peut-être le revoir lorsque la définition de cette dernière serait arrêtée.

Comité des créanciers

131. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la définition en y ajoutant les mots "des créanciers" pour décrire cet organe représentatif.

Débiteur

132. La suppression du terme "débiteur" a été appuyée.

Décharge

133. Le Groupe de travail a adopté le texte tel que rédigé, en remplaçant le mot "obligations" par "dettes".

Acte de disposition

134. Le Groupe de travail a adopté le texte tel que rédigé.

Actif grevé

135. Le Groupe de travail a adopté le texte dans sa rédaction actuelle, mais a prié le secrétariat de revoir le Guide pour s'assurer de l'emploi cohérent des mots "autres

droits réels", autrement dit les droits détenus par un tiers (par exemple le droit de copropriété), qui étaient plus larges que les sûretés réelles.

Actionnaire

136. Le Groupe de travail a adopté la définition ci-après du terme "actionnaire":

> "Détenteur d'actions émises ou de titres similaires qui représentent un droit de propriété sur une fraction du capital d'une société ou d'une autre entreprise."

Établissement

137. Le Groupe de travail a adopté le texte tel que rédigé, sous réserve de déplacer le passage entre crochets pour l'insérer dans une note de bas de page.

Masse

138. Il a été convenu de supprimer le renvoi au terme "masse de l'insolvabilité".

Contrat financier

139. Le Groupe de travail a adopté le texte dans sa rédaction actuelle, sous réserve d'insérer, dans une note de bas de page, la référence à la source du texte. On a fait observer que ce libellé était délibérément général et ouvert afin d'avoir la souplesse nécessaire pour décrire des instruments ou arrangements en rapide évolution, mais qu'il donnait néanmoins des orientations aux utilisateurs du Guide en indiquant clairement ce que ce terme devait recouvrir. Il a été déclaré que des indications sur l'usage du terme étaient fournies dans le projet de guide pour apporter un élément de certitude quant à l'étendue du domaine à exclure du champ d'application du régime ordinaire de l'insolvabilité, afin d'éviter tout risque systémique pour les marchés financiers. On a estimé que le Guide pourrait indiquer cet objet afin que les utilisateurs soient pleinement conscients de l'intention sous-jacente du projet de guide.

Autorité publique

140. Le Groupe de travail a convenu de supprimer ce terme du glossaire.

Insolvabilité

141. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le texte dans sa rédaction actuelle.

Masse de l'insolvabilité

142. Le Groupe de travail est convenu d'écourter le texte comme suit: "actifs du débiteur qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité".

Pénurie de liquidités

143. Il a été proposé d'ajouter, dans le Guide, le terme "pénurie de liquidités" ou "incapacité de payer ses dettes", celui-ci étant connu de nombreux pays. Après un débat, il a été convenu que le concept sous-jacent était abordé dans la partie du

Guide consacrée aux critères d'ouverture de la procédure d'insolvabilité et qu'un terme supplémentaire était inutile.

Procédure d'insolvabilité

144. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le texte révisé ci-après:

> "Procédure collective, soumise à la supervision d'un tribunal, en vue d'un redressement ou d'une liquidation."

Représentant de l'insolvabilité

145. Le Groupe de travail est convenu d'adopter la définition du "représentant étranger" employée dans la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en y apportant les amendements appropriés, de sorte qu'elle se lirait à peut près comme suit:

> "Personne ou organe, même nommé(e) à titre provisoire, habilité(e) dans une procédure d'insolvabilité à administrer le redressement ou la liquidation des actifs ou des affaires du débiteur."

Liquidation

146. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le texte révisé ci-après:

> "Procédure visant à vendre des actifs et à en disposer afin d'en répartir le produit entre les créanciers conformément à la loi sur l'insolvabilité."

Lex fori concursus

147. Le Groupe de travail est convenu d'ajouter au glossaire le terme suivant:

> "*Lex fori concursus*": loi de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

Lex rei sitae

148. Le Groupe de travail est convenu d'ajouter au glossaire le terme suivant:

> "*Lex rei sitae*": loi de l'État où se trouve l'actif.

Compensation globale

149. Le Groupe de travail a adopté la proposition ci-après pour le libellé de la définition, mais n'est pas parvenu à s'accorder sur le texte final:

> "Compensation d'obligations [réciproques] monétaires ou non monétaires [entre des parties à des] [en vertu de] contrats financiers."

Convention de compensation globale

150. Le Groupe de travail a approuvé le libellé actuel, sous réserve de remplacer le mot "convention" par "forme de contrat financier".

Cours normal des affaires

151. Le texte révisé ci-après a été proposé mais, faute de temps, le Groupe de travail ne l'a pas examiné:

> “Opérations réalisées à la fois i) dans le cadre de l’activité de l’entreprise du débiteur avant la procédure d’insolvabilité; et ii) dans des conditions commerciales normales.”

Pari passu

152. Le Groupe de travail a examiné la proposition ci-après tendant à modifier le texte:

> “Principe suivant lequel les créanciers se trouvant dans la même situation sont traités en proportion de leur créance et sont désintéressés proportionnellement sur les actifs de la masse à répartir entre les créanciers de leur rang.”

153. Le Groupe de travail a adopté le texte sous réserve que les mots “proportionately to their claim” soient supprimés et que les mots “to their claim” soient ajoutés avant “out of the assets” dans la version anglaise.

Partie intéressée

154. Le Groupe de travail est convenu de modifier le texte à peu près comme suit:

> “Toute partie sur les droits, obligations ou intérêts de laquelle une procédure d’insolvabilité ou des aspects particuliers d’une procédure d’insolvabilité ont des incidences, notamment le débiteur, le représentant de l’insolvabilité, un créancier, un actionnaire, un comité des créanciers, une autorité publique ou toute autre personne ainsi concernée. Ne devraient pas être considérées comme des parties intéressées les personnes ayant un intérêt lointain ou diffus sur lequel la procédure d’insolvabilité aurait des incidences.”

Créance postérieure à l’ouverture de la procédure

155. Le libellé a été approuvé quant au fond.

Traitement préférentiel

156. La proposition de révision ci-après a été faite mais le Groupe de travail n’a pas fini de l’examiner:

> “Opération au terme de laquelle un créancier obtient un avantage ou bénéficie d’un paiement irrégulier.”

Priorité

157. Un texte libellé à peu près comme suit a été proposé mais, faute de temps, le Groupe de travail n’a pas fini de l’examiner:

> “Droit d’une personne de primer une autre personne, lorsque ce droit naît par l’effet de la loi.”

Créance prioritaire

158. Le Groupe de travail est convenu de conserver ce terme, sous réserve que les mots “sur les actifs disponibles” soient supprimés.

Règles de priorité

159. Le Groupe de travail a appuyé la suppression de ce terme du glossaire.

Protection de la valeur

160. Bien que la proposition tendant à supprimer ce terme ait reçu un certain soutien, l'opinion qui a prévalu a été qu'il fallait conserver les première et quatrième phrases et supprimer le reste.

Personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur

161. Il a été proposé que le texte indique le contexte dans lequel une partie pouvait avoir des liens privilégiés avec le débiteur aux fins de la loi sur l'insolvabilité (par exemple, annulation et traitement des créances), et que la loi sur l'insolvabilité prenne aussi en compte les définitions de "personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur" données dans d'autres lois, notamment dans le droit des sociétés.

162. Le texte révisé ci-après a été proposé mais n'a pas été discuté faute de temps:

> "Si le débiteur est une personne morale, on entendrait par personne ayant des liens privilégiés avec lui notamment: i) une personne qui a ou a eu un pouvoir de contrôle sur l'entreprise du débiteur, et ii) une société mère, une filiale, une société partenaire ou une société apparentée. Si le débiteur est une personne physique, on entendrait par personne ayant des liens privilégiés avec lui notamment une personne qui lui est liée par le sang ou par alliance."

163. Les définitions modifiées ci-après ont été proposées mais, faute de temps, le Groupe de travail n'a pas pu les examiner:

Créance garantie

> "Créance assortie d'une sûreté réelle constituée en garantie d'une dette et réalisable en cas de défaut de paiement du débiteur, dont le montant est égal à la valeur de la sûreté réelle. Lorsque le montant de la créance dépasse la valeur de l'actif grevé, la fraction excédentaire est une créance chirographaire."

Créancier garanti

> "Créancier détenant une sûreté réelle".

Sûreté réelle

> "Droit réel sur un actif grevé garantissant le paiement d'une créance. Qu'elles soient constituées volontairement par convention ou involontairement par l'effet de la loi, les sûretés réelles incluent généralement – sans nécessairement s'y limiter – l'hypothèque, le gage, la charge et le privilège."

Négociations volontaires de restructuration

> "Négociations qui ne sont pas régies par la loi sur l'insolvabilité et qui consistent généralement en des négociations entre le débiteur et certains ou l'ensemble de ses créanciers aboutissant à la modification conventionnelle des créances des créanciers participants."

164. D'autres définitions ont été proposées mais n'ont pas été discutées faute de temps. Il a été décidé de les conserver entre crochets pour que la Commission les examine.

Débiteur non dessaisi

"[Débiteur qui, dans une procédure de redressement, garde les rênes de son entreprise, en conséquence de quoi le tribunal ne nomme pas de représentant de l'insolvabilité.]"

Transfert frauduleux

"[Opération réalisée par un débiteur qui est insolvable ou qui le devient à sa suite, lorsque celle-ci est effectuée à un prix sous-évalué ou dans le but de faire échouer, de gêner ou de retarder l'action des créanciers.]"

E. Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa trentième session

(A/CN.9/WG.V/WP.70 (première partie)) [Original: Anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

Introduction 1-8

1. Structure et contenu du *Guide* 1-3

2. Glossaire 4-8

A. Notes sur la terminologie 4-8

B. Termes et définitions . . . . .

Première partie

Établir les principaux objectifs et la structure d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective 9-79

I. Introduction 9-30

A. Principaux objectifs d'une loi sur l'insolvabilité effective et efficace 11-22

1. Sécuriser le marché pour promouvoir la stabilité et la croissance économiques 12

2. Maximiser la valeur des actifs 13

3. Établir un équilibre entre liquidation et redressement 14

4. Garantir le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation . . . 15

5. Prévoir le règlement rapide, efficace et impartial de l'insolvabilité 16-17

6. Préserver la masse de l'insolvabilité pour permettre une répartition équitable entre les créanciers 18

7. Élaborer une loi sur l'insolvabilité transparente et prévisible qui contienne des mesures d'incitation pour la collecte et la diffusion d'informations. 19-20

8. Reconnaître les droits des créanciers existants et établir des règles claires pour classer les créances prioritaires 21

9. Établir un cadre pour l'insolvabilité internationale 22

B. Équilibrer les principaux objectifs. 23-27

C. Caractéristiques générales d'une loi sur l'insolvabilité 28-30

II. Mécanismes de règlement des difficultés financières du débiteur. 31-71

A. Négociations volontaires de restructuration 31-46

1. Conditions nécessaires 34

2. Principaux éléments 35-45
a) Engager les négociations 36
b) Coordonner les participants – désigner un créancier chef de file et constituer un comité directeur 37
c) Convenir d'une "trêve". 38
d) Recourir à des conseillers. 39
e) Assurer des liquidités et un flux de trésorerie appropriés 40-41
f) Accès à des informations sur le débiteur. 42
g) Traiter avec les créanciers 43-45
3. Règles et lignes directrices pour une restructuration volontaire 46
B. Procédures d'insolvabilité 47-69
1. Procédure de redressement. 51-57
2. Procédure de redressement accélérée 58-60
3. Liquidation 61-64
4. Structure de la loi sur l'insolvabilité 65-69
C. Procédures administratives. 70-71
III. Cadre institutionnel. 72-79

Introduction

1. Structure et contenu du Guide

1. Le présent *Guide* a pour objet d'aider à la mise en place d'un cadre juridique efficace et effectif permettant de résoudre les difficultés financières des débiteurs. Il est destiné à servir de référence aux autorités nationales et aux organes législatifs lorsqu'ils élaborent de nouvelles lois ou examinent l'adéquation de la législation et réglementation existantes. Les conseils qu'il fournit visent à concilier la nécessité de remédier aux difficultés financières du débiteur aussi rapidement et efficacement que possible avec les intérêts des différentes parties directement concernées par ces difficultés, principalement les créanciers et d'autres parties prenantes dans l'entreprise débitrice, ainsi qu'avec les préoccupations d'ordre public. Le *Guide* aborde un certain nombre de questions essentielles lorsqu'on élabore une loi sur l'insolvabilité efficace et effective, questions qui sont reconnues dans de nombreux systèmes juridiques même si elles sont traitées de manière souvent différente dans les politiques et la législation. Il s'intéresse essentiellement aux procédures d'insolvabilité ouvertes en application de la loi sur l'insolvabilité et menées conformément à celle-ci, et plus particulièrement au redressement, mais examine

aussi l'utilisation et l'importance grandissantes des négociations volontaires de restructuration entre débiteur et créanciers – lesquelles ne sont pas régies par cette loi. Outre un examen des dispositions législatives internes sur l'insolvabilité, on trouvera dans le *Guide* le texte de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale ainsi que le *Guide* pour son incorporation dans le droit interne.

2. Le *Guide* ne fournit pas un ensemble unique de solutions types pour régler les questions essentielles qui se posent lors de l'élaboration d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective mais aide le lecteur à évaluer différentes options possibles et à choisir celle qui convient le mieux dans le contexte national ou local. La première section de chaque chapitre contient un commentaire qui expose les questions essentielles à examiner et analyse les différentes solutions adoptées dans les lois sur l'insolvabilité. La deuxième section contient une série de principes législatifs recommandés. Ceux-ci ont pour objet d'aider à la mise en place d'un cadre législatif pour l'insolvabilité qui soit à la fois efficace et effectif et qui tienne compte des évolutions et tendances récentes dans ce domaine. Il est conseillé de lire conjointement les recommandations et le commentaire, le second donnant des informations détaillées qui permettent de mieux comprendre les premières et examinant également des questions qui ne font pas l'objet de recommandations. Compte tenu de l'importance capitale des créanciers garantis dans la procédure d'insolvabilité et des considérations de politique générale attachées au traitement que leur accorde la loi sur l'insolvabilité, l'utilisateur du présent *Guide* est également encouragé à examiner le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*.

3. Les recommandations formulées dans le présent *Guide* portent sur des questions fondamentales qu'il importe de traiter dans une loi ayant spécifiquement trait à l'insolvabilité. Elles n'abordent pas d'autres domaines du droit, qui, comme le montre le *Guide*, ont un impact tant sur l'élaboration d'une telle loi que sur la procédure d'insolvabilité ouverte en application de cette loi. De plus, l'application efficace d'un régime de l'insolvabilité exige, outre l'établissement d'un cadre législatif approprié, plusieurs éléments, en particulier une infrastructure institutionnelle adéquate, des moyens organisationnels, des compétences professionnelles et techniques ainsi que des ressources humaines et financières suffisantes. Ces questions sont abordées dans le commentaire mais ne le sont généralement pas dans les recommandations, sauf lorsqu'elles ont trait au professionnel de l'insolvabilité nommé pour administrer la masse de l'insolvabilité.

2. Glossaire

A. Notes sur la terminologie

4. Les définitions ci-après visent à fournir des orientations au lecteur. En effet, de nombreux termes employés dans le *Guide*, comme "créancier garanti", "liquidation" ou "redressement", peuvent avoir des sens fondamentalement différents selon les pays. En les définissant ici, on peut faire en sorte que les concepts auxquels ils renvoient soient clairs et généralement compris.

Emploi du terme “tribunal” dans le *Guide*

5. Le *Guide* part du principe qu’un tribunal exerce tout au long de la procédure d’insolvabilité une surveillance qui peut comprendre la faculté d’ouvrir la procédure, de nommer le représentant de l’insolvabilité, de superviser ses activités et de prendre des décisions au cours de la procédure. Bien que ce principe soit valable en règle générale, d’autres solutions peuvent être envisagées lorsque, par exemple, les tribunaux ne sont pas en mesure de traiter les affaires d’insolvabilité (que ce soit par manque de ressources ou d’expérience en la matière) ou que l’on préfère confier cette surveillance à un organe administratif (voir première partie, chapitre III, Cadre institutionnel). Étant donné le caractère spécialisé des actes et des tâches accomplis par un organisme d’assistance dans le cadre des procédures administratives décrites au chapitre II de la première partie, celui-ci ne doit pas nécessairement être considéré comme un tribunal au sens où ce terme est employé dans le *Guide*.

6. 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.

Emploi du mot “loi”

7. Sauf indication contraire, le mot “loi”, dans le *Guide*, désigne la loi sur l’insolvabilité.

Règles d’interprétation

8. Dans le *Guide*, “ou” n’est pas exclusif; le singulier implique le pluriel; les mots “inclure”, “comprendre” et leurs équivalents ne signifient pas que les listes qu’ils introduisent sont exhaustives; le verbe “peut” indique une permission et le verbe “devrait” une instruction; et les formules “tel que” et “par exemple” doivent être interprétées de la même manière que le verbe “inclure” et ses équivalents.

B. Termes et définitions

Acte de disposition	Tout moyen de transférer un actif ou un droit sur un actif ou de s’en défaire, en totalité ou en partie.
Actif grevé	Actif sur lequel une sûreté réelle a été obtenue par un créancier.
Actifs constituant une charge	Actifs qui peuvent être sans valeur ou avoir une valeur insignifiante pour la masse de l’insolvabilité, par exemple lorsque leur maintien dans la masse nécessiterait des dépenses excessives qui excéderaient leur valeur de réalisation ou engendrerait une obligation lourde ou une obligation de paiement.
[Actifs du débiteur	Biens et droits du débiteur, notamment les droits sur des biens, en sa possession ou non, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, y compris les droits sur des actifs grevés d’une sûreté réelle ou sur des actifs

	appartenant à des tiers.]
[Arrêt des poursuites	Mesure qui empêche l'introduction, ou suspend la continuation, des actions individuelles, judiciaires, administratives ou autres visant les biens, les droits ou les obligations du débiteur, y compris les actions visant à rendre opposable ou à réaliser toute sûreté réelle; et qui empêche les mesures d'exécution contre les actifs de la masse de l'insolvabilité, la résiliation d'un contrat conclu avec le débiteur, et le transfert des biens ou droits appartenant à la masse de l'insolvabilité, la constitution de sûretés sur ces biens ou droits ou d'autres actes de disposition de ces biens ou droits.]
[Autorité publique	État ou subdivision d'un État, notamment un ministère, un organe, un organisme ou autre entité le représentant.]
Centre des intérêts principaux	Lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers[1].
Cession en vue de la poursuite de l'activité	Vente ou transfert de la totalité ou d'une grande partie d'une entreprise, par opposition à la vente séparée de ses différents actifs.
Comité des créanciers	Organe représentatif dont les membres sont désignés conformément à la loi sur l'insolvabilité et qui est doté de pouvoirs consultatifs et autres spécifiés dans ladite loi.
[Compensation	Opération dans laquelle une 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 globale	Il peut s'agir, sous une forme, de la compensation (voir ce terme) de choses fongibles non monétaires (comme des valeurs mobilières ou des marchandises livrables le même jour, valant règlement) et, sous une forme plus importante, de la résiliation par un cocontractant de contrats en cours avec le débiteur, suivie d'une compensation des pertes et gains respectifs (compensation avec déchéance du terme).]
[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

[1] Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, considérant (13).

	marchés financiers, et toute combinaison des opérations visées ci-dessus [alinéa k] de l'article 5 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (2002)].]
[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 à l'alinéa ii) de la présente définition au titre de deux conventions de compensation globale, ou plus. [Alinéa l] de l'article 5 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (2002)].]
Cours normal des affaires	Transferts ou opérations réalisés dans le cadre de l'activité de l'entreprise avant une procédure d'insolvabilité.
Créance	Droit de réclamer au débiteur une somme d'argent ou des actifs qui peut résulter d'une dette ou d'un contrat, 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 réelle constituée en garantie d'une dette, réalisable en cas de défaut de paiement du débiteur à l'échéance.]
Créance postérieure à l'ouverture de la procédure	Créance née d'un acte ou d'une omission survenant après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.
[Créance prioritaire	Créance qui est payée sur les actifs disponibles avant le désintéressement de l'ensemble des créanciers chirographaires.]
Créances ou dépenses afférentes à l'administration de la procédure	Créances qui comprennent les frais et dépenses engendrés par la procédure, tels que la rémunération du représentant de l'insolvabilité et de tous professionnels qu'il emploie, les dépenses pour la poursuite de l'activité du débiteur, les dettes découlant de l'exercice attendu des fonctions et des attributions du représentant de l'insolvabilité et les frais découlant de la continuation

	des obligations contractuelles.
[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 réelle constituée sur la totalité ou une partie des actifs du débiteur, soit une sûreté réelle sur un actif déterminé lui conférant une priorité sur les autres créanciers relativement à l'actif grevé.]
Débiteur	Personne physique ou morale exerçant une activité commerciale qui satisfait aux critères d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.
Décharge	Libération d'un débiteur des obligations qui étaient visées ou auraient pu être visées par la procédure d'insolvabilité.
Demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité	Demande pouvant être présentée, notamment, par le débiteur, les créanciers ou une autorité publique en vue d'obtenir l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.
Dispositions d'annulation	Dispositions permettant d'annuler ou de priver d'effet d'une autre manière des opérations intervenues avant une procédure d'insolvabilité dans l'intérêt collectif des créanciers ou de la masse de l'insolvabilité pour des motifs liés à l'insolvabilité.
[Entreprise publique	[*à compléter*]]
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 généralement dans l'incapacité d'acquitter ses dettes à leur échéance ou situation dans laquelle son passif excède la valeur de ses actifs.
Liquidation	Procédure visant à regrouper et à réaliser les actifs du débiteur afin de répartir les sommes obtenues conformément à la loi sur l'insolvabilité.
Masse	Voir Masse de l'insolvabilité.
Masse de l'insolvabilité	Biens et droits du débiteur sur lesquels le représentant de l'insolvabilité exerce un contrôle ou une supervision et qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité.
Négociations volontaires de restructuration	Négociations qui ne sont pas régies par la loi sur l'insolvabilité et auxquelles participent généralement le débiteur et certains ou l'ensemble de ses créanciers.

Ouverture de la procédure	Événement déterminant la date à partir de laquelle les effets de l'insolvabilité sont applicables ou décision judiciaire ouvrant la procédure d'insolvabilité, qu'il s'agisse ou non d'une décision définitive.
Pari passu	Principe suivant lequel les créanciers se trouvant dans la même situation sont traités en proportion de leur créance et sont désintéressés proportionnellement sur les actifs de la masse.
Partie intéressée	Le débiteur, le représentant de l'insolvabilité, un créancier, un actionnaire, un comité des créanciers, une autorité publique ou toute autre personne sur les droits, obligations ou intérêts de laquelle une procédure d'insolvabilité a des incidences[2].
[Passif garanti	[Montant global des créances garanties] ou [créances des créanciers garantis].]
[Passif non garanti	Montant global des créances non assorties d'une sûreté.]
[Période suspecte	Période servant de référence pour l'annulation éventuelle de certaines opérations. Elle est en général calculée rétroactivement à partir de la date de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou de la date d'ouverture de cette procédure.]
[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 personne morale, un actionnaire ou un membre de cette personne morale, un membre du conseil d'administration ou de la direction ou un actionnaire d'une personne morale liée au débiteur; 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 déroulement du processus, 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

[2] Ne sont pas censées entrer dans cette définition les personnes ayant un intérêt lointain ou diffus sur lequel la loi sur l'insolvabilité ou la procédure d'insolvabilité aurait des incidences.

	cours, notamment des contrats de travail.]
[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 des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international].]
Procédure d'insolvabilité	Procédure collective, judiciaire ou administrative, ayant pour but le redressement ou la liquidation de l'entreprise du débiteur, menée conformément à la loi sur l'insolvabilité.
[Protection de la valeur des actifs grevés	Mesures visant à maintenir la valeur économique d'une sûreté réelle 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 de l'actif grevé ou même lorsqu'elle lui est inférieure, mais que l'actif 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 ou l'utilisation de l'actif grevé dans la procédure d'insolvabilité peuvent influer sur une telle diminution de valeur. Une protection 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. Lorsque la valeur de l'actif grevé dépasse celle de la créance garantie et ne risque pas de diminuer, la protection n'est sans doute pas 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 créances en prises de participation et la cession totale ou partielle de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité.]
[Règles de priorité	Règles déterminant l'ordre dans lequel le produit de la réalisation des actifs est réparti entre les créanciers et les actionnaires.]
Remise de dettes	Voir Décharge.

Représentant de l'insolvabilité	Personne ou organe responsable de l'administration de la masse de l'insolvabilité.
[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 réelle	Droit réel consenti par une partie engageant cette dernière à s'acquitter d'un paiement ou d'une obligation. Qu'elles soient constituées volontairement par convention, ou involontairement par l'effet de la loi, les sûretés réelles incluent généralement – sans nécessairement s'y limiter – l'hypothèque, le gage, la charge et le privilège.]
Traitement préférentiel	Traitement qu'un débiteur insolvable accorde à un créancier en réalisant une opération dans laquelle ce dernier reçoit une part des actifs du débiteur supérieure à la proportion qui lui revient, ou en obtient le bénéfice.

Première partie
Établir les principaux objectifs et la structure d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective

I. Introduction

9. 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). Ce mécanisme juridique doit prendre en considération différents éléments: en premier lieu les parties, à savoir le débiteur, les propriétaires et les dirigeants 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, mais également les institutions juridiques et les pratiques commerciales et sociales qui ont un rapport avec la conception de la loi sur l'insolvabilité, y compris le cadre institutionnel nécessaire à son application. En général, ce mécanisme doit concilier non seulement les différents intérêts de ces parties prenantes, mais aussi ces intérêts et les considérations pertinentes d'ordre social, politique et autre qui ont une incidence sur les objectifs économiques et juridiques de l'insolvabilité.

10. 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 revêtent différentes formes pour lesquelles la terminologie employée n'est pas toujours uniforme, et peuvent comporter des éléments que l'on pourrait qualifier de "judiciaires" et d'"informels". Les procédures judiciaires d'insolvabilité sont des procédures ouvertes en vertu de la loi sur l'insolvabilité et régies par celle-ci. Elles comprennent en général une procédure de liquidation et une procédure de redressement. Les procédures informelles d'insolvabilité ne sont pas régies par la loi sur l'insolvabilité et prévoient en général des négociations volontaires entre le débiteur et certains ou l'ensemble de ses créanciers. Ce type de négociations ont souvent été élaborées par l'intermédiaire des secteurs bancaire et commercial et prévoient normalement une forme quelconque de redressement du débiteur insolvable. Même si elles ne sont pas régies 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'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective

11. Bien que les approches des pays diffèrent, il est largement admis que des régimes de l'insolvabilité efficaces et effectifs devraient viser les principaux objectifs définis ci-dessous. Quelle que soit la façon dont une loi sur l'insolvabilité sera structurée pour atteindre ces objectifs, elle devra être complémentaire des valeurs juridiques et sociales sur lesquelles elle se fonde et qu'elle doit finalement

conforter, et être compatible avec elles. Bien que la loi sur l'insolvabilité constitue en général un régime distinct, elle ne devrait pas aboutir à des résultats fondamentalement contradictoires avec les principes sur lesquels se fonde le droit commun. Lorsqu'elle cherche effectivement à produire un résultat 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 ce résultat soit le fruit d'une réflexion approfondie et d'une politique délibérée.

1. Sécuriser le marché pour promouvoir la stabilité et la croissance économiques

12. Les lois et les institutions traitant de l'insolvabilité sont indispensables pour permettre aux pays de tirer avantage - en évitant les inconvénients- de l'intégration des systèmes financiers nationaux dans le système financier international. Elles devraient promouvoir la restructuration des entreprises viables ainsi que la liquidation et le transfert efficaces des actifs des entreprises en faillite, faciliter l'apport d'un financement pour la création et le redressement d'entreprises et permettre d'évaluer le risque de crédit, au niveau tant interne qu'international. Les principaux objectifs d'une loi sur l'insolvabilité définis ci-après devraient être réalisés dans un but général de sécurisation du marché et de promotion de la stabilité et de la croissance économiques.

2. Maximiser la valeur des actifs

13. Les participants à la procédure d'insolvabilité devraient être fortement incités à maximiser la valeur des actifs, 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. Par exemple, la manière dont sont traitées les opérations antérieures à l'ouverture de la procédure peut garantir un traitement équitable des créanciers et augmenter la valeur des actifs du débiteur grâce à la récupération de valeur au profit de tous les créanciers. Mais en même temps, le traitement accordé 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 actifs 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 superviser l'exercice de ce pouvoir pour assurer le bon déroulement du processus.

3. Établir un équilibre entre liquidation et redressement

14. Le premier objectif qu'est la maximisation de la valeur est étroitement lié à l'équilibre à établir entre liquidation et redressement dans la loi sur l'insolvabilité. Une loi sur l'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. 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 éléments essentiels 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 à la procédure d'insolvabilité et garantir la possibilité d'opter pour la méthode la mieux à même de résoudre les difficultés financières du débiteur, une loi sur l'insolvabilité devrait également prévoir la conversion entre les différents types de procédures quand les circonstances le justifient.

4. Garantir le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation

15. 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 de priorité et de leurs droits réels. 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 lorsque aucun contrat créant une obligation spécifique de paiement n'a été conclu 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 modifié par la politique sociale relative à la priorité des créances et devrait céder le pas aux prérogatives conférées aux détenteurs de créances ou de droits réels nés, notamment, de l'effet de la loi, ce principe garde son importance en garantissant que la priorité accordée aux créances d'une même catégorie s'applique de la même manière à tous les créanciers de cette catégorie. Le principe du traitement équitable se retrouve dans de nombreux aspects d'une loi sur l'insolvabilité, notamment dans l'application de l'arrêt 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. Une loi sur 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.

5. Prévoir le règlement rapide, efficace et impartial de l'insolvabilité

16. Il faudrait traiter et 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 actifs, tandis que l'impartialité

favorisera un traitement équitable. Tout le processus doit être soigneusement pensé afin de garantir une efficacité maximum 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.

17. La résolution rapide et ordonnée des difficultés financières d'un débiteur peut être favorisée par une loi sur l'insolvabilité qui facilite l'accès aux procédures d'insolvabilité en fonction de 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 de la procédure (à savoir à la fois les professionnels et les institutions concernées) et aboutit finalement à l'extinction effective des obligations financières du débiteur.

6. Préserver la masse de l'insolvabilité pour permettre une répartition équitable entre les créanciers

18. Une loi sur l'insolvabilité devrait préserver la masse de l'insolvabilité et prévenir le démembrement prématuré des actifs du débiteur par les créanciers engageant des poursuites individuelles pour recouvrer leurs créances. Ces actions réduisent souvent la valeur totale des actifs disponibles pour payer toutes les créances opposables au débiteur et peuvent empêcher le redressement de l'entreprise ou sa cession en vue de la poursuite de l'activité. Un arrêt 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'un arrêt des poursuites ne porte atteinte aux droits des créanciers garantis.

7. Élaborer une loi sur l'insolvabilité transparente et prévisible qui contienne des mesures d'incitation pour la collecte et la diffusion d'informations

19. Une loi sur l'insolvabilité devrait être transparente et prévisible. Cela permettra aux créanciers et prêteurs potentiels de comprendre le déroulement de la procédure d'insolvabilité 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, préviendront les conflits en offrant un cadre dans lequel pourront être déterminés les droits et risques relatifs et aideront à définir les limites de tout pouvoir discrétionnaire. Une application imprévisible de la loi sur l'insolvabilité risque par contre, 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. 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, droit du travail; droit commercial et droit des contrats; droit fiscal; lois relatives aux devises, aux compensations et aux compensations globales, à la conversion de créances en prises de participation, voire droit de la famille et droit matrimonial).

20. Une loi sur l'insolvabilité devrait assurer l'accès à des informations suffisantes sur la situation du débiteur, en prévoyant des mesures d'incitation pour encourager

celui-ci à divulguer ses positions ou, au besoin, des sanctions s'il ne le fait pas. 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.

8. Reconnaître les droits des créanciers existants et établir des règles claires pour classer les créances prioritaires

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 sécurisera 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 pour que les prêteurs sachent à quoi s'en tenir mais aussi pour que ces règles soient appliquées de façon cohérente, que le processus inspire confiance et que tous les participants puissent adopter des mesures appropriées pour gérer le risque. Dans toute la mesure possible, ce classement devrait être établi 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.

9. Établir un cadre pour l'insolvabilité internationale

22. Pour favoriser la coordination entre les pays et faciliter la fourniture d'une aide dans l'administration d'une procédure d'insolvabilité ouverte à l'étranger, les lois sur l'insolvabilité devraient contenir des règles sur l'insolvabilité internationale, notamment sur la reconnaissance des procédures étrangères, en incorporant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale[3].

B. Équilibrer les principaux objectifs

23. Étant donné qu'un régime de l'insolvabilité ne peut protéger entièrement les intérêts de toutes les parties, certains des choix fondamentaux à faire lorsqu'on élabore une loi sur l'insolvabilité ont trait à la définition des buts généraux de ladite loi (sauver les entreprises en proie à des difficultés financières, préserver l'emploi, protéger les intérêts des créanciers, encourager le développement d'une classe d'entrepreneurs) et à la réalisation de l'équilibre souhaité entre les objectifs précis 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.

24. La première tâche d'une loi sur l'insolvabilité consiste à établir un cadre de principes qui détermine la manière dont la masse de l'insolvabilité doit être administrée au profit de toutes les parties concernées. La création de ce cadre et son

---

[3] Voir chapitre VII.

incorporation dans le système juridique général sont indispensables pour maintenir l'ordre et la stabilité dans la société. Toutes les parties doivent être en mesure de prévoir ce qu'il adviendra de 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 de paiement du débiteur et, par voie de conséquence, évaluer leurs risques. Ces questions sont traitées en détail dans le *Guide*.

25. Il n'existe pas de formule universelle pour élaborer une loi sur 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 réelles[4], les droits réels et contractuels et les procédures de recours et de recouvrement. Cela étant, la plupart des lois sur l'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 aux créanciers") privilégient la reconnaissance et l'exécution des droits des créanciers et des accords commerciaux en cas d'insolvabilité et donnent aux créanciers plus de pouvoir qu'au débiteur dans la procédure d'insolvabilité, d'autres (qualifiées de régimes "favorables au débiteur") tendent au contraire à laisser davantage de pouvoir au débiteur. D'autres encore essaient de trouver un juste milieu. 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 et, partant, augmenter 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[5]. Certaines lois accordent une importance particulière à la protection des salariés et au maintien de l'emploi dans l'insolvabilité tandis que d'autres autorisent la réduction des effectifs et protègent très peu les salariés.

26. Cependant, il ne faudrait pas que l'adoption d'une approche favorable au redressement ait pour effet d'offrir 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

---

[4] Des mesures ont été prises ces dernières années afin d'harmoniser le droit des sûretés réelles, notamment avec l'adoption de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (2001) et de la Convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles ainsi qu'avec les travaux menés actuellement par la CNUDCI en vue d'élaborer un guide législatif sur les opérations garanties.

[5] Il n'y a pas nécessairement de corrélation directe entre le fait qu'un régime de l'insolvabilité soit favorable au débiteur ou au créancier, le fait 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 de l'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 leur succès moins fréquent dans ces régimes que dans ceux qui sont favorables au débiteur.

mécanismes en dehors de la loi sur l'insolvabilité peut être une meilleure solution que la prise en compte de ces intérêts dans le régime de l'insolvabilité. Ainsi, lorsque pour des raisons de politique générale, il est décidé d'accorder un rang moins élevé aux salariés qu'aux créanciers garantis et prioritaires dans l'insolvabilité, des mécanismes d'assurance peuvent être utilisés pour protéger les droits de ces salariés.

27. Parce que la société évolue sans cesse, la loi sur l'insolvabilité ne peut être statique, il faut au contraire la réexaminer à intervalles réguliers pour s'assurer qu'elle 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 transposées dans les régimes nationaux d'insolvabilité, compte tenu des réalités du système et des ressources humaines et matérielles disponibles.

C. Caractéristiques générales d'une loi sur l'insolvabilité

28. Pour élaborer une loi sur l'insolvabilité efficace et effective, 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 requis (pour exécuter ces droits et obligations). Les questions de fond, qui sont examinées en détail dans la deuxième partie du présent *Guide*, sont notamment 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 *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 actifs 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 économique de leurs sûretés réelles sera 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 peuvent être exécutés ou seront protégés, en dépit de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité;

g) manière dont le représentant de l'insolvabilité peut utiliser les actifs 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;

k) exécution du plan de redressement;

l) répartition du produit de la liquidation;

m) en cas de liquidation, décharge du débiteur ou dissolution de son entreprise; et

n) clôture de la procédure.

29. Outre ces questions spécifiques, il faut examiner de façon plus générale comment la loi sur l'insolvabilité s'articulera avec d'autres règles de droit matériel et si elle obligera à les modifier. Ces règles peuvent être notamment 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 pouvant avoir une incidence sur le contenu du plan de redressement (voir contrats de travail et salariés, chapitres II.E et V.B de la deuxième partie; compensation et compensation globale, chapitres G et H de la deuxième partie; et contenu du plan de redressement, chapitre IV de la deuxième partie).

30. Bien que le présent *Guide* n'examine pas en détail le cadre institutionnel, certaines de ces questions sont abordées brièvement ci après. Nonobstant la diversité des questions de fond à résoudre, les lois sur l'insolvabilité revêtent un caractère très procédural. Les règles de procédure sont essentielles pour déterminer comment les rôles doivent se répartir entre les divers participants et en particulier qui prend les décisions. Dans la mesure où la loi sur l'insolvabilité confère en grande partie à l'infrastructure institutionnelle la responsabilité de prendre les décisions essentielles, il est indispensable que cette infrastructure soit suffisamment développée pour s'acquitter des fonctions qui lui incombent.

II. Mécanismes de règlement des difficultés financières du débiteur

A. Négociations volontaires de restructuration

31. Les négociations volontaires de restructuration ont été imaginées il y a quelques années par le secteur bancaire comme alternative aux procédures judiciaires de redressement menées conformément à la loi sur l'insolvabilité.

Conduit et influencé par des banques et des organismes financiers opérant internationalement, ce type de négociation s'est progressivement étendu, bien qu'à des degrés divers, à un nombre considérable de pays – si certains disent y recourir rarement, dans d'autres la plupart des redressements seraient opérés par ce moyen. 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 ce type de négociation est susceptible de réussir, même si sur le plan formel il est dépourvu de certaines caractéristiques de la procédure régie par la loi sur l'insolvabilité, telles que l'arrêt des poursuites.

32. Le recours aux négociations volontaires de restructuration s'est généralement limité aux sociétés en situation financière difficile ou insolvables ayant des dettes importantes envers des banques et des bailleurs de fonds. L'objectif est de parvenir à un accord contractuel à la fois entre les prêteurs eux-mêmes et entre ceux-ci et le débiteur en vue de la restructuration de l'entreprise débitrice, avec ou sans réorganisation du financement. Ce type de négociation peut être un moyen de conférer de la souplesse à un régime d'insolvabilité en réduisant la charge des tribunaux, en incitant les créanciers à réagir plus rapidement qu'ils ne pourraient le faire normalement dans le cadre de procédures judiciaires d'insolvabilité et en évitant l'opprobre qui est souvent associée à l'insolvabilité. Le succès de négociations volontaires, bien qu'elles ne se fondent pas sur les dispositions de la loi sur l'insolvabilité, dépend dans une très large mesure de l'existence d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective reposant sur un cadre institutionnel[6] et prévoyant des sanctions susceptibles d'y contribuer. Si le débiteur et ses créanciers bancaires et financiers n'en profitent pas pour se réunir et entamer volontairement ces négociations, ils peuvent invoquer la loi sur l'insolvabilité, avec les inconvénients que cela peut comporter pour l'un comme pour les autres en termes de retards, de coût et de résultat.

33. 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 la loi sur l'insolvabilité mais pourra 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 les accords ou arrangements visant à restructurer l'entreprise débitrice et ses dettes par voie extrajudiciaire ou en dehors du cadre de la loi sur l'insolvabilité. Certaines lois considéreraient les mesures associées à de telles négociations volontaires comme 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 judiciaire d'insolvabilité dans un certain délai après la survenue d'un certain événement caractéristique de l'insolvabilité, limitent le recours aux négociations volontaires 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.

---

[6] Pour un examen du cadre institutionnel, voir section III ci-dessous.

1. Conditions nécessaires

34. Un certain nombre de conditions bien définies doivent être réunies au départ pour assurer l'efficacité des négociations volontaires de restructuration. Ces conditions peuvent être notamment les suivantes:

a) sommes importantes dues à un certain nombre de grandes banques ou autres institutions financières;

b) incapacité actuelle du débiteur de payer ces sommes;

c) acceptation de l'idée qu'il peut être préférable de négocier un accord entre le débiteur et les prêteurs mais aussi entre les prêteurs eux-mêmes afin de résoudre les difficultés financières du débiteur;

d) recours éventuel au refinancement, aux sûretés et à d'autres techniques commerciales relativement complexes pour modifier, réaménager ou restructurer les dettes ou l'entreprise débitrice elle-même;

e) possibilité d'appliquer rapidement et effectivement la loi sur l'insolvabilité si le processus de négociation ne peut être engagé ou échoue;

f) perspective d'une solution plus avantageuse pour toutes les parties 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'une remise de ses dettes commerciales ou des avantages d'une procédure judiciaire d'insolvabilité, tels que l'arrêt automatique des poursuites ou la possibilité de rejeter des dettes 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.

2. Principaux éléments

35. Pour que des négociations volontaires de restructuration soient efficaces, il faut suivre un certain nombre d'étapes et faire appel à diverses compétences. Les principaux éléments de ce processus sont examinés ci-dessous.

a) Engager les négociations

36. Les négociations volontaires consistent 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 organisme d'assistance pour engager, imposer ou favoriser les négociations). Un débiteur pourrait 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 des négociations collectives. C'est alors que peuvent être invoquées la possibilité et l'efficacité de recours individuels par les créanciers ou d'une procédure judiciaire d'insolvabilité pour encourager la mise en route et la progression de ces négociations. En effet, un débiteur qui reste réticent à participer à ce processus peut faire l'objet de procédures individuelles de recouvrement de créances ou de réalisation 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 judiciaire d'insolvabilité 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 de créer un cadre dans lequel le débiteur et ses créanciers peuvent ensemble rechercher et négocier un accord de règlement des difficultés financières du premier.

b) Coordonner les participants – désigner un créancier chef de file et constituer un comité directeur

37. Les négociations volontaires devraient faire intervenir toutes les parties principales; en général, la participation du groupe des prêteurs et parfois des principaux créanciers qui peuvent être concernés par un accord volontaire de restructuration est essentielle pour les négociations. Pour mieux coordonner ces dernières, on charge souvent un créancier principal 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 de tous les créanciers (comité directeur) et peut apporter une aide et répercuter les propositions concernant le débiteur.

c) Convenir d'une "trêve"

38. Pour permettre la poursuite de l'activité du débiteur, disposer de suffisamment de temps pour obtenir et analyser les informations sur sa situation ainsi que 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 devrait porter en général sur une période définie, le plus souvent courte, à moins que cela ne convienne pas dans un cas particulier.

d) Recourir à des conseillers

39. Une restructuration volontaire se déroule rarement, sinon jamais, sans l'intervention d'experts et de conseillers indépendants de divers domaines (par exemple, 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 le succès des négociations.

e) Assurer des liquidités et un flux de trésorerie appropriés

40. Un débiteur qui devient candidat à des négociations volontaires de restructuration 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 les négociations échouent. 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 chapitre II.D de la deuxième partie), elle

ne s'étendra généralement pas à un accord conclu dans le cadre de négociations volontaires.

41. Les créanciers qui participent à ces négociations peuvent néanmoins convenir entre eux que si l'un ou plusieurs d'entre eux octroient de nouveaux crédits, les autres céderont leur rang afin que les nouveaux crédits soient remboursés avant leurs propres créances. Ainsi, si les négociations de restructuration aboutissent, il y aura entre ces créanciers un accord contractuel pour le remboursement du nouveau financement apporté. Mais si elles échouent 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.

f) Accès à des informations sur le débiteur

42. L'accès à des informations complètes et exactes sur le débiteur est essentiel pour permettre une évaluation correcte de la situation financière de ce dernier et la soumission de propositions aux créanciers concernés. Les informations sur l'actif, le passif et les affaires du débiteur devront êtres mises à la disposition de tous les créanciers concernés, mais devront peut-être rester confidentielles, sauf si elles sont déjà publiques.

g) Traiter avec les créanciers

43. La complexité des intérêts des créanciers pose souvent des problèmes délicats dans les négociations volontaires. 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 aux négociations que si celles-ci ont des chances d'aboutir à un meilleur résultat ou si la menace d'une procédure judiciaire d'insolvabilité dissuade les créanciers de faire valoir leurs droits individuellement.

44. Dans de nombreux cas, cependant, il sera impossible (voire inutile) de faire participer tous les créanciers aux négociations, soit en raison de leur nombre et de leurs intérêts divergents, soit parce qu'il sera contre-productif d'associer auxdites négociations des créanciers auxquels le débiteur ne doit que de petites sommes ou qui n'ont ni les compétences ni les connaissances commerciales nécessaires pour y prendre une part active ou encore qui ne souhaitent pas participer. 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.

45. Dans un accord volontaire de restructuration, 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 restructuration qui servira ensuite de base pour une procédure de redressement sous le contrôle d'une juridiction à laquelle participeront d'autres créanciers (on parle parfois à ce propos de plan

"préétabli" et, dans le présent *Guide*, de procédure de redressement accélérée – voir chapitre IV.B. de la deuxième partie). Ce plan peut ensuite lier les autres créanciers. Mais sans un régime judiciaire de l'insolvabilité efficace, ce résultat ne pourrait être obtenu dans de telles circonstances.

3. Règles et lignes directrices pour une restructuration volontaire

46. Pour faciliter la conduite de négociations volontaires de restructuration 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 des accords de cession de rang facilitent l'octroi d'un financement provisoire et les banques et les autres créanciers essaient de s'entendre pour décider collectivement s'il faudrait sauver financièrement l'entreprise débitrice et, dans l'affirmative, à quelles conditions. Des lignes directrices analogues ont été élaborées par les banques centrales d'autres pays. Une des organisations internationales ayant entrepris des travaux dans ce domaine est INSOL (International Federation of Insolvency Professionals), *qui a élaboré des principes pour une approche globale des accords de règlement amiable faisant intervenir plusieurs créanciers* (Principles for a global approach to multi-creditor workouts). Ces *Principes* ont pour but d'accélérer les négociations volontaires de restructuration 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.

B. Procédures d'insolvabilité

47. Deux principaux types de procédures se retrouvent dans la plupart des lois sur l'insolvabilité – le redressement et la liquidation.

48. La séparation ou distinction traditionnelle entre ces deux types de procédures peut être quelque peu artificielle et risque de créer une polarisation et une rigidité inutiles. Elle ne tient pas compte, par exemple, des cas qu'il est difficile de ranger dans l'un ou l'autre type, c'est-à-dire ceux dans lesquels un mode souple de règlement 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. Ainsi, on qualifie parfois de "redressement" un mode particulier de préservation et éventuellement d'augmentation de la valeur de la masse dans le cadre d'une procédure de liquidation, notamment lorsque la loi prévoit que la liquidation s'opère par cession de l'entreprise à un repreneur en vue de la poursuite de l'activité. Dans ce cas, le terme "redressement" désigne simplement une technique autre que la liquidation traditionnelle (c'est-à-dire la vente ou réalisation pure et simple et séparée des actifs) utilisée pour tirer de la masse de l'insolvabilité la valeur la plus élevée possible. Aux fins de cette vente ou réalisation, la loi sur l'insolvabilité devra peut-

être ménager une certaine souplesse, dont sont généralement dépourvues les lois qui définissent la liquidation comme une vente aussi rapide que possible des actifs et autorisent le maintien de l'entreprise uniquement dans ce but. Certaines lois, par exemple, permettent effectivement au représentant de l'insolvabilité de vendre ou de réaliser les actifs du débiteur à des conditions plus avantageuses que dans la liquidation. De même, le redressement peut exiger la vente d'éléments importants de l'entreprise du débiteur ou déboucher sur la liquidation ou la vente de l'entreprise à une nouvelle société et sur la dissolution de l'entreprise débitrice existante.

49. Pour ces raisons, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité ne se contente pas de donner le choix entre un seul type de redressement étroitement défini et une procédure de liquidation strictement traditionnelle. 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 facilite des arrangements qui permettront de créer davantage de valeur pour les créanciers que la liquidation de l'entreprise débitrice.

50. Dans son analyse des dispositions essentielles d'un régime efficace et effectif de l'insolvabilité, le présent Guide se focalise sur la procédure de redressement, d'une part, et sur la procédure de liquidation, d'autre part. Ce faisant, il ne cherche pas à indiquer une préférence pour des types particuliers de procédures ou pour la façon dont les différentes procédures devraient être intégrées dans une loi sur l'insolvabilité. mais plutôt à 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 et non sur des types de procédures strictement définis. Le législateur peut atteindre cet objectif en incorporant dans la loi sur l'insolvabilité les éléments judiciaires traditionnels d'une façon qui assure le maximum de souplesse.

1. Procédure de redressement

51. Un moyen de résoudre les difficultés financières d'un débiteur est le redressement, qui vise à sauver une société ou, à défaut, une activité. Ce mécanisme peut revêtir plusieurs formes et est sans doute moins universel dans sa conception, son acceptation et son application que la liquidation. Par souci de simplicité, le terme "redressement" est employé dans le *Guide* dans un sens large pour désigner le type de procédure dont l'objectif ultime est de permettre au débiteur de surmonter ses difficultés financières et de reprendre ou de poursuivre ses activités commerciales normales (même si elle peut, dans certains cas, déboucher sur une réduction des activités de l'entreprise, sa cession en vue de la poursuite de l'activité ou sa liquidation).

52. Toutes les entreprises débitrices qui donnent des signes de faiblesse ou connaissent de graves difficultés financières sur un marché concurrentiel ne devraient pas nécessairement être liquidées; une entreprise débitrice qui a des perspectives raisonnables de survie (par exemple, qui exerce une activité potentiellement rentable) devrait se voir donner 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 ensemble son activité essentielle et d'autres de ses composantes. Les procédures de redressement visent à accorder un répit au débiteur 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 aura généralement la préférence des créanciers si la valeur tirée de la poursuite des activités de l'entreprise débitrice augmente celle 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 les dirigeants 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.

53. Parmi les autres facteurs qui justifient le recours au redressement figure le fait que l'économie moderne a considérablement réduit la mesure dans laquelle la valeur des actifs 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 agir avant que leurs difficultés financières ne deviennent 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.

54. Un redressement peut prendre différentes formes. Il peut s'agir d'un simple accord concernant les créances (appelé 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. Le débiteur voit ainsi ses dettes réduites et, redevenu solvable, il 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); la possibilité de convertir une partie des créances en prises de participation moyennant une réduction (ou même la disparition) des participations existantes; la possibilité de vendre les actifs non essentiels; et l'arrêt des 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.

55. Bien que le redressement ne soit pas aussi répandu dans les lois sur l'insolvabilité que la liquidation et ne puisse pas de ce fait suivre un modèle commun, un certain nombre d'éléments clefs ou essentiels peuvent être dégagés:

a) soumission du débiteur à la procédure (de son plein gré ou à la demande des créanciers), qui peut comporter ou non un contrôle ou une surveillance judiciaire;

b) interdiction ou suspension automatique et obligatoire des actions et des poursuites de tous les créanciers contre les actifs du débiteur pendant une durée 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, vote et acceptation du plan par les créanciers;

f) éventuellement, homologation ou confirmation judiciaire du plan accepté; et

g) exécution du plan.

56. Les avantages du redressement sont de plus en plus acceptés, et de nombreuses lois sur l'insolvabilité contiennent des dispositions relatives aux procédures judiciaires de redressement. La mesure dans laquelle on a recours, pour atteindre les objectifs du redressement, à une procédure judiciaire plutôt qu'à une forme ou une autre de négociations volontaires, varie selon les pays. En tout état de cause, il est généralement reconnu que l'existence d'une procédure de liquidation dans la loi sur l'insolvabilité peut faciliter le redressement d'une entreprise débitrice en incitant à la fois les créanciers et les débiteurs à trouver un accord approprié dans le cadre d'un plan de redressement.

57. 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 probable que le débiteur pourra négocier avec elle un accord volontaire de restructuration et résoudre ses difficultés sans faire intervenir ses créanciers commerciaux et sans qu'il soit nécessaire d'ouvrir une procédure dans le cadre de la loi sur l'insolvabilité. 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 différents de ces créanciers puisque les accords volontaires de restructuration doivent être adoptés à l'unanimité des parties impliquées. Une procédure de redressement peut aider à atteindre l'objectif souhaité lorsqu'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 des négociations extrajudiciaires. Dans certains cas, les procédures conduites conformément à la loi sur l'insolvabilité sont efficaces précisément parce qu'elles sont régies par cette loi, tandis que dans d'autres cas, les négociations volontaires réussissent parce qu'elles ne sont pas réglementées.

2. Procédure de redressement accélérée

58. Certains pays ont adopté ce que l'on peut décrire comme des procédures "antérieures à l'insolvabilité" ou "préétablies" (appelées dans le *Guide* "procédures de redressement accélérées"), qui sont en fait une combinaison de négociations volontaires de restructuration et de procédures de redressement régies par la loi sur l'insolvabilité. Une loi sur l'insolvabilité, par exemple, permet l'ouverture d'une

procédure pour obtenir du tribunal l'homologation formelle d'un plan de redressement négocié volontairement et approuvé par les créanciers par un vote qui a eu lieu antérieurement à l'ouverture. De telles procédures visent à réduire au minimum les frais et la lenteur associés au redressement judiciaire et constituent un moyen de faire approuver un plan de redressement négocié volontairement même sans l'appui unanime des créanciers. Elles permettent d'utiliser l'approbation du plan de restructuration obtenue dans le cadre des négociations volontaires pour mener à bien un redressement qui liera tous les créanciers, tout en apportant aux créanciers concernés les protections prévues par la loi sur l'insolvabilité.

59. Une autre loi sur l'insolvabilité 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 pouvoirs particuliers, mais il peut demander au tribunal d'imposer un arrêt des voies d'exécution à tous les créanciers s'il estime qu'une telle mesure faciliterait la conclusion d'un accord de règlement. Pendant la durée de l'arrêt, le débiteur ne peut faire aucun paiement pour s'acquitter de dettes existantes (à l'exception des salaires) ni disposer d'aucun actif en dehors du cours normal des affaires. La procédure se termine lorsqu'un accord est conclu soit avec tous les créanciers soit (sous réserve de l'homologation du tribunal) avec les principaux d'entre eux; dans ce dernier cas, le tribunal peut maintenir l'arrêt pour tous les créanciers non participants en accordant au débiteur un délai de grâce allant jusqu'à deux ans.

60. Ces types de procédures sont examinés plus en détail au chapitre IV.B. de la deuxième partie.

3. Liquidation

61. Le type de procédure appelé "liquidation" est régi par la loi sur l'insolvabilité et prévoit habituellement la prise en charge des actifs du débiteur par une autorité publique (généralement, mais pas nécessairement, un tribunal judiciaire 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 ensuite le produit de la vente ou de la réalisation des actifs proportionnellement entre les créanciers. Les lois sur l'insolvabilité exigent généralement que les actifs soient vendus ou réalisés séparément aussi rapidement que possible. Certaines autorisent cependant que l'entreprise soit cédée par unités de production ou en vue de la poursuite de son activité, ce qui dans d'autres lois n'est permis que dans le redressement. La liquidation aboutit habituellement à la dissolution ou à la disparition de l'entreprise débitrice en tant que personne morale commerciale.

62. Les procédures de liquidation sont souvent très similaires dans leur conception, leur acceptation et leur application, 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 les créanciers;

b) décision ou jugement prononçant la liquidation de l'entreprise du débiteur;

c) nomination d'une personne indépendante chargée de conduire et d'administrer la liquidation;

d) cessation de l'activité de l'entreprise du débiteur si celle ci ne peut être cédée à un repreneur, et dessaisissement des propriétaires et des dirigeants et licenciement des salariés;

e) vente ou réalisation des actifs du débiteur, séparément ou en vue de la poursuite de l'activité;

f) décisions sur les créances des créanciers;

g) répartition des fonds disponibles entre les créanciers (suivant un certain ordre de priorité); et

h) dissolution de l'entreprise du débiteur, lorsqu'il s'agit d'une société ou d'un autre type de personne morale, ou décharge du débiteur, dans le cas d'une personne physique.

63. 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 dettes 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 tout intérêt à prendre des dispositions pour recouvrer 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 permet de 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 pour assurer un traitement équitable aux créanciers, en traitant de la même manière les créanciers se trouvant dans une situation similaire, et pour maximiser la valeur des actifs du débiteur dans l'intérêt de tous les créanciers. On parvient normalement à ce résultat en imposant un arrêt des poursuites qui empêche les 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 répartition entre les créanciers.

64. Un mécanisme ordonné et relativement prévisible d'exécution des droits collectifs des créanciers peut également apporter à ces derniers 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 ne signifie pas qu'une loi sur l'insolvabilité devrait faire fonction de mécanisme d'exécution des droits de chaque créancier, encore qu'il y ait un lien manifeste et important entre exécution et mécanismes d'insolvabilité. L'efficacité et l'effectivité des procédures d'exécution individuelle des droits des créanciers éviteront à ces derniers d'avoir à recourir à la

procédure d'insolvabilité dans ce but, 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, une procédure d'insolvabilité efficace garantira qu'en cas d'échec des mécanismes de recouvrement des créances, les créanciers disposeront d'une ultime voie de recours susceptible d'inciter effectivement un débiteur récalcitrant à payer tel ou tel créancier.

4. Structure de la loi sur l'insolvabilité

65. La structure du processus conduisant au choix de l'une de ces procédures varie considérablement d'une loi à l'autre. Certaines lois sur l'insolvabilité 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 ses propres conditions d'accès et d'ouverture, ainsi que différentes possibilités de conversion de l'une en l'autre. Les lois qui traitent la liquidation et le redressement comme deux procédures distinctes se fondent sur diverses considérations de principe en matière sociale et commerciale. 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 ci après dans la deuxième partie.

66. Le choix de la procédure qui sera utilisée devrait dépendre, au moins en théorie, 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 la procédure de redressement ou de liquidation, d'évaluer de manière définitive la viabilité financière de l'entreprise. Cette approche risque, entre autres inconvénients, de susciter une polarisation excessive entre liquidation et redressement et d'entraîner des retards, une augmentation des coûts et un manque d'efficacité, en particulier lorsque le redressement échoue et qu'une nouvelle demande distincte doit être formée pour la liquidation. On peut pallier ce manque d'efficacité, dans une certaine mesure, 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.

67. 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 après avoir été assigné en liquidation par un créancier, il devrait, logiquement, être statué d'abord sur la demande de redressement. Pour protéger les créanciers, cependant, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient 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 moyen de protéger les

créanciers serait de fixer la durée maximale pendant laquelle une procédure de redressement peut être menée contre le gré des créanciers.

68. 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 partent du principe 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 (voir chapitre IV de la deuxième partie). 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.

69. La difficulté de décider d'emblée si le débiteur devrait faire l'objet d'une procédure de liquidation plutôt que de redressement a conduit certains pays à revoir leur loi sur l'insolvabilité et à remplacer les procédures distinctes par une procédure "unitaire"[7]. Dans la conception "unitaire", la loi prévoit une période initiale (généralement appelée "période d'observation" qui, dans certaines lois en vigueur, peut durer jusqu'à trois mois) pendant laquelle on ne préjuge pas du sort final – redressement ou liquidation – de l'entreprise. Le choix entre l'une ou l'autre issue n'intervient qu'une fois que la situation financière du débiteur a été évaluée et qu'il a été décidé si le redressement est vraiment possible. Cette solution a principalement l'avantage d'être simple sur le plan procédural, souple et potentiellement économique. Une procédure unitaire simple peut également encourager les débiteurs connaissant des difficultés financières à y recourir rapidement, augmentant ainsi les chances de succès d'un redressement. Elle peut toutefois avoir un inconvénient, à savoir qu'entre le moment de la décision d'ouverture et celui du choix de la procédure s'écoule un laps de temps susceptible d'avoir des incidences sur l'activité du débiteur et la valeur de ses actifs. Quelle que soit la façon dont la loi sur l'insolvabilité est structurée en ce qui concerne la liquidation et le redressement, elle devrait garantir 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.

C. Procédures administratives

70. Ces dernières années, un certain nombre de pays touchés par la crise ont mis au point des formes "structurées" semi-officielles de procédures d'insolvabilité,

---

[7] Si l'on opte pour un système unitaire, certaines modifications devront être apportées aux différents éléments essentiels de la loi sur l'insolvabilité.

largement inspirées par les banques étatiques ou centrales, pour traiter les problèmes financiers systémiques au sein du système bancaire. Ces procédures ont été conçues selon un modèle similaire. Premièrement, dans chaque cas, un organisme d'assistance est chargé d'encourager et, en partie, de coordonner et d'administrer la procédure afin de fournir l'incitation et la motivation nécessaires à son déroulement. Deuxièmement, chaque procédure s'appuie sur un accord entre banques commerciales dans lequel les participants conviennent de suivre une série de "règles" concernant les sociétés débitrices qui ont des dettes envers une ou plusieurs des banques et qui peuvent participer à la procédure. Les règles indiquent les actes à accomplir et les conditions à imposer en cas de tentative de redressement de la société. Dans certains des pays, une société débitrice qui cherche à négocier un redressement dans le cadre d'une telle procédure est tenue d'accepter l'application de ces règles. 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 de l'ouverture d'une procédure de redressement conformément à la loi sur l'insolvabilité. De plus, un pays a créé un organisme spécial auquel la loi confère 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 société débitrice défaillante, y compris un redressement forcé ou imposé.

71. Ces procédures ne sont pas examinées dans le *Guide* car, d'une part, elles sont relativement complexes et supposent l'élaboration de règles et de règlements spéciaux et, d'autre part, elles concernent des cas particuliers d'échec systémique.

III. Cadre institutionnel

72. La loi sur 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 loi sur 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 institutionnels font défaut, il est très souhaitable que la réforme de la loi sur 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 efficace et effectif qui inspire confiance au public. Si le *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.

73. Dans la plupart des pays, la procédure d'insolvabilité est administrée par un organe judiciaire, à savoir généralement par des tribunaux de commerce ou des tribunaux de droit commun ou, plus rarement, par des tribunaux spécialisés dans la faillite. Dans certains pays, les juges sont spécialisés dans les questions d'insolvabilité, dont ils s'occupent exclusivement, alors que dans d'autres, ces questions ne sont qu'un aspect de leur travail. Dans quelques pays, des organes non

judiciaires ou quasi judiciaires remplissent la même fonction que les tribunaux dans d'autres pays.

74. Lorsqu'on élabore une loi sur 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 différents 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 loi sur l'insolvabilité fait obligation aux juges de trancher rapidement des questions d'insolvabilité 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.

75. Afin de limiter le rôle du tribunal, la loi sur 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 actifs grevés sans valeur pour la masse, la vente d'actifs 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. Cette solution n'est possible que s'il existe un corps de professionnels suffisamment qualifiés pour s'acquitter des fonctions de représentant de l'insolvabilité. La loi 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 d'actifs 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 loi sur l'insolvabilité peut indiquer les actes devant être soumis à l'approbation du tribunal, tels que l'octroi d'un droit de priorité par rapport aux créanciers garantis existants pour l'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure.

76. Pour qu'un tribunal puisse traiter les questions commerciales souvent complexes se posant dans les affaires d'insolvabilité, il ne lui suffit généralement 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 mises à jour. S'agissant des compétences des organes judiciaires, 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.

77. 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 équilibre, dans la loi sur 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 loi sur l'insolvabilité prévoit la confirmation 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 du processus d'approbation et d'autres points précis. Lorsqu'une loi sur 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.

78. L'adéquation 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 loi sur 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 loi 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 bien conçues 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 actifs 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.

79. 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 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 peuvent 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.

(A/CN.9/WG.V/WP.70 (deuxième partie)) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

Deuxième partie

Dispositions essentielles d'une loi efficace et effective sur l'insolvabilité 80-669

I. Demande d'ouverture et ouverture 82-152

A. Admissibilité et compétence 82-99

1. Admissibilité: débiteurs auxquels doit s'appliquer une loi sur l'insolvabilité 82-91

a) Personnes physiques exerçant une activité commerciale 84-87

b) Entreprises publiques 88-90

c) Débiteurs exigeant un traitement particulier 91

2. Compétence 92-99

a) Centre des intérêts principaux 93-94

b) Établissement 95-96

c) Présence d'actifs 97-98

d) Tribunaux compétents 99

Recommandations 1) à 6) . . . . .

B. Ouverture de la procédure 100-152

1. Introduction 100-102

2. Critères d'ouverture 103-111

a) Critère de la liquidité, du flux de trésorerie ou de la cessation générale des paiements 103-104

b) Critère du bilan 105-106

c) Définition du critère d'ouverture 107-111

3. Liquidation 112-122

a) Parties pouvant présenter une demande 112

b) Demande présentée par le débiteur 113-115

c) Demande présentée par les créanciers 116-119

d) Demande présentée par une autorité publique 120-122

4. Redressement 123-131

a) Parties pouvant présenter une demande 123

b) Demande présentée par le débiteur 124-125

c) Demande présentée par les créanciers 126-131

5. Questions procédurales 132-146
a) Dépôt d'une demande d'ouverture de la procédure 132
b) Décision d'ouvrir une procédure d'insolvabilité. 133-135
c) Fixation d'un délai pour la décision d'ouverture 136-137
d) Rejet de la demande d'ouverture 138-140
e) Notification de demande d'ouverture et d'ouverture 141-146
6. Débiteurs dont les actifs sont insuffisants 147-149
7. Droits à acquitter pour la procédure d'insolvabilité 150-151
8. Abandon de la procédure après ouverture 152
Recommandations 7) à 23) . . . . .
II. Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité 153-360
A. Actifs constituant la masse de l'insolvabilité. 153-175
1. Introduction 153-155
2. Actifs entrant dans la masse de l'insolvabilité 156-168
a) Définition générale de la masse de l'insolvabilité 156-158
b) Actifs grevés 159-161
c) Actifs appartenant à des tiers 162-164
d) Actifs étrangers 165-166
e) Actifs récupérés. 167-168
3. Actifs exclus de la masse de l'insolvabilité. 169-172
a) Exclusions générales. 169
b) Lorsque le débiteur est une personne physique. 170-172
4. Date de constitution de la masse de l'insolvabilité et regroupement des actifs 173-175
Recommandations 24) à 26) . . . . .
B. Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité 176-219
1. Introduction 176
2. Protection de la masse grâce à l'arrêt des poursuites 177-180
3. Portée de l'arrêt des poursuites. 181-189
a) Poursuites arrêtées. 181-183
b) Poursuites auxquelles ne s'applique pas l'arrêt. 184
c) Créanciers garantis 185-189
4. Application discrétionnaire ou automatique de l'arrêt des poursuites. 190

5. Moment à partir duquel s'applique l'arrêt des poursuites 191-200

a) Spécification du moment exact à partir duquel l'arrêt des poursuites prend effet 192

b) Application de l'arrêt des poursuites à partir du dépôt d'une demande d'ouverture 193

c) Application de l'arrêt des poursuites à partir de l'ouverture de la procédure 194-200

6. Durée de l'arrêt des poursuites 201-204

a) Créanciers chirographaires 201-202

b) Créanciers garantis 203-204

7. Prorogation de l'arrêt des poursuites 205

8. Protection des créanciers garantis 206-215

a) Aménagement de l'arrêt des poursuites 207-209

b) Protection de la valeur 210-215

9. Restrictions à la disposition des actifs par le débiteur 216-219

Recommandations 27) à 39) .....

C. Utilisation et disposition des actifs 220-239

1. Introduction 220

2. Actifs de la masse de l'insolvabilité 221-235

a) Cours normal des affaires 221-224

b) Méthodes de vente 225-228

c) Utilisation ou disposition d'actifs grevés 229-230

d) Faculté donnée au représentant de l'insolvabilité de vendre les actifs libres de tout droit réel 231-232

e) Actifs communs 233

f) Actifs constituant une charge, actifs sans valeur et actifs difficilement réalisables 234

g) Créances de sommes d'argent 235

3. Actifs appartenant à des tiers 236-237

4. Traitement du produit en espèces 238-239

Recommandations 40) à 48) .....

D. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure 240-253

1. Besoin de financement postérieur à l'ouverture de la procédure 240-244

2. Sources du financement postérieur à l'ouverture de la procédure 245

3. Attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure – octroi d'une sûreté ou d'une priorité 246-250
a) Constitution d'une sûreté 247
b) Établissement d'une priorité 248-250
4. Autorisation d'un financement postérieur à l'ouverture 251-252
5. Effets de la conversion 253
Recommandations 49) à 54) . . . . .
E. Traitement des contrats 254-294
1. Introduction 254-259
2. Clauses de résiliation automatique 260-265
3. Continuation ou rejet des contrats 266-283
a) Procédure pour la continuation ou le rejet des contrats 266-273
b) Date et notification de la continuation et du rejet 274-275
c) Continuation de contrats en cas de défaut d'exécution du débiteur 276
d) Effets de la continuation ou du rejet sur le cocontractant 277-282
e) Modification des contrats poursuivis 283
4. Contrats de location de terrains et de locaux 284-285
5. Cession 286-289
6. Exceptions générales au pouvoir de poursuivre, de rejeter et de céder des contrats 290-293
a) Contrats de travail 291
b) Contrats de services non substituables et de services personnels 292-293
7. Contrats postérieurs à l'ouverture de la procédure 294
Recommandations 55) à 72) . . . . .
F. Procédure d'annulation 295-348
1. Introduction 295-302
2. Critères d'annulation 303-313
a) Critères objectifs 304
b) Critères subjectifs 305
c) Combinaison des éléments 306-307
d) Cours normal des affaires 308-312
e) Moyens de défense 313
3. Types d'opérations susceptibles d'annulation 314-328

a) Opérations visant à faire échouer, entraver ou retarder le recouvrement des créances . . . 316-317
b) Opérations à un prix sous-évalué . . . 318-320
c) Opérations préférentielles . . . 321-323
d) Sûretés . . . 324-325
e) Opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur . . . 326-328
4. Opérations exemptées d'actions en annulation . . . 329
5. Effet de l'annulation – opérations nulles ou annulables . . . 330-331
6. Établissement de la période suspecte . . . 332-335
7. Conduite de la procédure d'annulation . . . 336-346
a) Parties habilitées à ouvrir la procédure . . . 336-339
b) Financement de la procédure d'annulation . . . 340
c) Délai fixé pour l'ouverture de la procédure . . . 341
d) Respect des critères d'annulation . . . 342-346
8. Responsabilité des autres parties à une opération annulée . . . 347
9. Conversion d'une procédure de redressement en procédure de liquidation . . . 348
Recommandations 73) à 84) . . .
G. Droits de compensation . . . 349-352
Recommandation 85) . . .
H. Contrats financiers et compensation globale . . . 353-360
Recommandations 86) à 92) . . .
III. Participants . . . 361-480
A. Débiteur . . . 361-393
1. Introduction . . . 361
2. Poursuite de l'exploitation de l'entreprise débitrice et rôle du débiteur . . . 362-377
a) Liquidation . . . 362-363
b) Redressement . . . 364-377
3. Droits du débiteur . . . 378-380
4. Obligations du débiteur . . . 381-392
a) Coopération et assistance . . . 382
b) Communication de renseignements . . . 383-386
c) Confidentialité . . . 387

d) Obligations secondaires 388
e) Recours à des professionnels pour aider le débiteur 390
f) Inexécution des obligations 391-392
5. Responsabilité du débiteur 393
Recommandations 93) à 98) . . . . .
B. Représentant de l'insolvabilité 394-433
1. Introduction 394
2. Qualifications 395-402
a) Représentant provisoire de l'insolvabilité 397
b) Connaissances et expérience 398
c) Faire en sorte que le représentant de l'insolvabilité ait les qualifications appropriées 399
d) Qualités personnelles 400
e) Conflits d'intérêts 401-402
3. Sélection et nomination du représentant de l'insolvabilité 403-406
a) Sélection et nomination par le tribunal 404
b) Autorités de nomination indépendantes 405
c) Rôle des créanciers 406
4. Supervision du représentant de l'insolvabilité 407
5. Obligations et fonctions du représentant de l'insolvabilité 408
6. Confidentialité 411
7. Rémunération du représentant de l'insolvabilité 412-418
a) Détermination du montant de la valeur du service rendu 412-416
b) Moyen de paiement 417
c) Révision de la rémunération 418
8. Responsabilité du représentant de l'insolvabilité 419-424
9. Mandataires et employés du représentant de l'insolvabilité 425-427
a) Responsabilité pour actes ou omissions 426
b) Rémunération 427
10. Contestation des actes d' administration du représentant de l'insolvabilité . . 428-431
11. Révocation du représentant de l'insolvabilité 432
12. Remplacement du représentant de l'insolvabilité 433
Recommandations 99) à 109) . . . . .

C. Créanciers – participation à la procédure d'insolvabilité 434-475
1. Introduction 434
2. Degré de participation des créanciers au processus de décision 436-444
a) Degrés de participation 436-437
b) Participation à la liquidation et au redressement 438
c) Mécanismes pour faciliter la participation 439-441
d) Encourager la participation des créanciers 442
e) Nécessité d'informer et d'aviser les créanciers 443
f) Créanciers garantis 444
3. Fonctions devant être exercées par les créanciers 445-450
4. Réunions des créanciers 451-454
5. Comité des créanciers 455-470
a) Créanciers pouvant être nommés à un comité 457-462
b) Constitution d'un comité des créanciers 463-465
c) Fonctions d'un comité des créanciers 466-468
d) Responsabilité du comité des créanciers 469
e) Révocation et remplacement des membres du comité 470
6. Questions devant être soumises au vote des créanciers 471-474
7. Confidentialité 475
Recommandations 110) à 120) . . . . .
D. Droit des parties intéressées d'être entendues et de faire appel 476-480
1. Droit d'être entendu 476
2. Procédures de recours 477-479
3. Droit de faire appel 480
Recommandations 121) et 122) . . . . .
IV. Redressement 481-565
A. Le plan de redressement 481-550
1. Introduction 481-482
2. Nature ou forme du plan 483-485
3. Proposition d'un plan de redressement 486-496
a) Choix du moment pour la proposition 487
b) Parties autorisées à proposer le plan 488-494
c) Délais de proposition d'un plan 495-496

4. Le plan 497-505
a) Contenu du plan 498-502
b) Informations devant accompagner le plan 503-505
5. Approbation du plan 506-529
a) Procédures d'approbation 509-511
b) Approbation par les créanciers garantis et les créanciers prioritaires . . . 512-517
c) Approbation par les créanciers chirographaires ordinaires 518-521
d) Approbation par les actionnaires 522-523
e) Personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur 524
f) Conditions exigées pour l'approbation du plan 525-529
6. Lorsque le plan proposé ne peut être approuvé 530-531
a) Modification du plan proposé 530
b) Échec de l'approbation du plan 531
7. Lier les catégories de créanciers opposantes 532
8. Homologation du plan par le tribunal 533-539
a) Contestation de l'approbation du plan 534-536
b) Mesures nécessaires pour l'homologation par le tribunal 537-539
9. Effets d'un plan approuvé [et homologué] 540
10. Contestation d'un plan après son homologation par le tribunal 541
11. Modification d'un plan après approbation par les créanciers 542-544
12. Exécution d'un plan 545
13. Échec de l'exécution 546-547
14. Conversion en liquidation 548-550
Recommandations 123) à 145) . . . . .
B. Procédure de redressement accélérée 551-565
1. Introduction 551-553
2. Créanciers participant généralement aux négociations volontaires de redressement 554-555
3. Procédure d'exécution d'un accord volontaire de redressement 556-565
a) Débiteurs pouvant bénéficier de la procédure 557-558
b) Obligations visées 559
c) Application de la loi sur l'insolvabilité 560-562
d) Accélération de la procédure 563-565

Recommandations 146) à 153) . . . . . .

V. Administration de la procédure 566-652

A. Le traitement des créances. 566-612

1. Introduction 566

2. Déclaration des créances 567-589

a) Créanciers qui peuvent être tenus de déclarer leurs créances 567-570

b) Restrictions en ce qui concerne les créances qui peuvent être déclarées 571-576

c) Procédure de déclaration des créances. 577-585

d) Défaut de déclaration des créances 586-589

3. Vérification et admission des créances 590-611

a) Liste des créances déclarées 590

b) Procédure de vérification et d'admission 591-602

c) Créances contestées. 603-604

d) Effet de l'admission d'une créance 605

e) Compensation des créances réciproques 606

f) Créances appelant un traitement spécial 607-611

4. Créances non admises 612

Recommandations 154) à 169) . . . . . .

B. Priorités et répartition [du produit de la liquidation]. 613-642

1. Priorités 613-640

a) Introduction 613-616

b) Déclassement des créances 617-623

c) Classement des créances 624-640

2. Répartition 641-642

a) Liquidation. 641

b) Redressement 642

Recommandations 170) à 178) . . . . . .

C. Traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité 643-652

1. Introduction 643-645

2. Responsabilité du groupe pour les dettes externes 646-651

3. Dettes intragroupe 652

D. Loi applicable régissant la procédure d'insolvabilité . . . . . .
Recommandations 179) à 183) . . . . . .
VI. Clôture de la procédure 653-669
A. Décharge 653-666
1. Décharge du débiteur dans la procédure de liquidation 653-664
2. Remise des dettes dans la procédure de redressement 665-666
Recommandations 184) et 185) . . . . . .
B. Clôture de la procédure 667-669
1. Liquidation 668
2. Redressement 669
Recommandations 186) et 187) . . . . . .

Deuxième partie
Dispositions essentielles d'une loi efficace et effective sur l'insolvabilité

80. La deuxième partie du Guide s'attache au contenu de la loi sur l'insolvabilité et sur les éléments essentiels qui sont considérés comme nécessaires pour que la procédure d'insolvabilité menée en vertu de cette loi soit efficace et effective. Dans la mesure du possible, le Guide traite de ces éléments dans un ordre qui suit le déroulement de la procédure.

81. Le chapitre premier analyse les critères de demande d'ouverture et d'ouverture. Le chapitre II étudie les effets de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité sur le débiteur et ses actifs, y compris la constitution d'une masse de l'insolvabilité, la protection et la préservation de cette masse, l'utilisation et la disposition des actifs, le financement postérieur à l'ouverture, le traitement des contrats, l'exercice de clauses d'annulation, les droits à compensation, les contrats financiers et la compensation globale. Le chapitre III examine les rôles du débiteur et du représentant de l'insolvabilité et leurs diverses obligations et fonctions, ainsi que les mécanismes destinés à faciliter la participation des créanciers. Bien que les questions liées au redressement soient abordées tout au long du Guide, le chapitre IV examine, en particulier, celles qui sont liées au plan de redressement et aux procédures de redressement accélérées. Le chapitre V est consacré aux différentes catégories de créances des créanciers et à leur traitement, ainsi qu'à l'établissement de priorités pour la répartition. Le chapitre VI traite des questions liées au règlement de la procédure d'insolvabilité, y compris à la décharge et à la clôture. [Le chapitre VII présente la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et le guide pour son incorporation.]

I. Demande d'ouverture et ouverture

A. Admissibilité et compétence

1. Admissibilité: débiteurs auxquels doit s'appliquer une loi sur l'insolvabilité

82. Avant d'élaborer une loi visant les débiteurs engagés dans des activités commerciales (avec ou sans but lucratif), 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. L'élaboration de dispositions sur l'admissibilité, pour une loi sur l'insolvabilité, soulève deux questions fondamentales. Il faut d'une part déterminer si cette loi devrait établir une distinction entre les débiteurs qui sont des personnes physiques et les débiteurs prenant la forme d'entreprises ou de sociétés avec responsabilité limitée des associés ou d'autres personnes morales, 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 de personnes morales ou physiques) devront éventuellement être exclues.

83. Les pays adoptent différentes approches quant au champ d'application de leur loi sur l'insolvabilité. Certains choisissent d'appliquer la même loi 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 personnes morales et personnes physiques selon qu'elles ont une activité de commerce ou de consommation. Parmi ces derniers, certains ont une loi 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 loi 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

84. Les politiques applicables à l'endettement et à 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 les créanciers.

85. Les intérêts des personnes physiques exerçant une activité commerciale (y compris, par exemple, les sociétés en participation et les entreprises individuelles) 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 lui appliquer en cas d'insolvabilité. Pour faciliter la distinction, on peut se fonder sur différents critères par exemple sur la nature de l'activité exercée, le montant des dettes et le lien entre ces dernières et l'activité commerciale. Certains éléments dénotent une activité commerciale, comme par exemple l'immatriculation en tant que commerçant ou autre forme d'entité commerciale; le type de personne morale conformément à la législation commerciale; la nature des activités habituelles; et les informations concernant le chiffre d'affaires ainsi que l'actif et le passif.

86. De nombreux pays appliquent leur loi 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, il est souvent préférable de les soumettre au régime de l'insolvabilité des personnes physiques car, en définitive, le dirigeant d'une entreprise individuelle exercera son activité sans aucune limitation de responsabilité, ce qui le laissera 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 – voir chap. VI), 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 l'insolvabilité personnelle, qu'elle ait ou non un rapport avec une activité commerciale. Il est donc souhaitable, lors de l'élaboration d'une loi traitant de l'insolvabilité commerciale, de prendre ces différents points en considération, en tenant compte de la manière dont l'activité commerciale est généralement exercée dans un pays donné, ainsi que de l'existence et de l'efficacité des lois sur l'insolvabilité traitant des personnes physiques. Dans de nombreux pays, par exemple, l'activité commerciale est exercée presque exclusivement par des personnes physiques, et les exclure de la loi sur l'insolvabilité limiterait considérablement le fonctionnement et l'efficacité de cette dernière. Dans d'autres pays, c'est la loi sur l'insolvabilité personnelle qui traite spécifiquement de l'insolvabilité des personnes physiques exerçant une activité commerciale, qui sont exclues du régime commercial.

87. Le présent Guide se concentre sur la conduite d'activités commerciales[1], exercées par des personnes tant morales que physiques, quel que soit le cadre

---

[1] Il n'est pas prévu de définir dans le *Guide* les termes "activités commerciales". Toutefois, si une définition était nécessaire, d'autres textes de la CNUDCI dans laquelle ils apparaissent ont adopté une définition large de manière à couvrir les questions découlant de toutes les relations de nature commerciale, qu'elles soient ou non contractuelles. Les relations de nature commerciale comprennent, sans s'y limiter, les transactions suivantes: fourniture ou échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage,

juridique choisi à cette fin, et que ce soit avec ou sans but lucratif[2]. Il indique les cas dans lesquels des dispositions supplémentaires ou différentes seront nécessaires si la loi sur l'insolvabilité doit s'appliquer aux personnes physiques.

b) Entreprises publiques

88. Une loi sur l'insolvabilité peut s'appliquer à toutes les catégories de débiteurs exerçant une activité commerciale, qu'ils relèvent du droit privé ou du droit public, en particulier aux entreprises publiques qui mènent sur le marché des opérations commerciales distinctes et ont par ailleurs les mêmes intérêts commerciaux et économiques que les entreprises privées. Ne sont pas visés ici les États, les collectivités territoriales, communes et autres organisations ou autorités publiques analogues, sauf s'il s'agit d'entreprises publiques fonctionnant comme des entreprises commerciales.

89. Le fait qu'une entreprise appartient à l'État ne saurait en soi être un motif suffisant pour justifier son exclusion du champ d'application de la loi 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 aussi en tant que prêteur et principal créancier, les incitations commerciales 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.

90. Des exceptions à la règle générale consistant à appliquer une loi générale sur l'insolvabilité à de telles entreprises sont parfois nécessaires lorsque l'État a adopté une politique visant à garantir explicitement les engagements de ces entreprises, 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 ou lorsque des entreprises publiques interviennent dans des secteurs sensibles de l'économie, comme la fourniture de services clés ou de fournitures essentielles (telles que l'eau et l'électricité). Dans ces cas, une loi 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 loi.

c) Débiteurs exigeant un traitement particulier

91. Bien qu'il puisse être souhaitable d'étendre la protection et la discipline d'une loi sur l'insolvabilité au plus grand nombre possible de débiteurs, un traitement distinct peut être accordé à certains d'entre eux qui ont un caractère spécialisé, comme les banques et les compagnies d'assurance, les entreprises de distribution de fournitures essentielles et les sociétés de courtage en valeurs mobilières ou en

---

crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs, ingénierie; licence; investissement; financement; opération bancaire; assurance, accord d'exploitation ou concession; coentreprise et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de voyageurs par voie aérienne ou maritime, par chemin de fer ou par route.

[2] Seraient incluses, par exemple, les activités commerciales menées à des fins charitables.

produits de base. Ces catégories de débiteurs font très fréquemment l'objet, dans les lois sur l'insolvabilité, d'exceptions qui se justifient généralement par la réglementation détaillée à laquelle ces entreprises sont souvent soumises en dehors du contexte de l'insolvabilité. Pour traiter de l'insolvabilité de ces débiteurs, les régimes réglementaires peuvent contenir des dispositions particulières pour le type d'entreprise réglementée, ou des règles spéciales peuvent être incluses dans la loi générale sur l'insolvabilité. Le Guide n'examine pas expressément les considérations particulières associées à l'insolvabilité de ces débiteurs ni à celle des consommateurs.

2. Compétence

92. Le débiteur doit non seulement avoir les attributs d'un commerçant, mais aussi un lien suffisant avec l'État pour être soumis à sa loi sur l'insolvabilité. La plupart du temps le problème de l'applicabilité de celle-ci 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 structure juridique immatriculée ou incorporée sur son territoire. Mais lorsque le lien entre le débiteur et l'État doit être établi, les lois sur l'insolvabilité prévoient différents critères, dont la présence, sur le territoire, du centre des intérêts principaux d'un établissement ou d'actifs du débiteur.

a) Centre des intérêts principaux

93. Bien que certaines lois 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 la "Loi type de la CNUDCI"), celui de "centre des intérêts principaux" du débiteur pour déterminer où doit avoir lieu l'ouverture de la "procédure principale" pour ce débiteur. Ce critère est aussi employé dans le règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (ci-après le "règlement de la CE"). La Loi type de la CNUDCI ne définit pas le terme; 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 être le centre de ses intérêts principaux. Un débiteur ayant le centre de ses intérêts principaux dans un État devrait être soumis à la loi sur l'insolvabilité de cet État.

94. Nonobstant l'adoption du critère du "centre des intérêts principaux", il peut arriver qu'un débiteur ayant des actifs dans plus d'un État satisfasse aux conditions requises pour être soumis à la loi 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 loi fondée sur la Loi type de la CNUDCI pour régler les questions de coordination et de coopération[3]. Pour ce qui est de l'application des différents critères, la Loi type met l'accent sur la primauté du centre des intérêts principaux et de la procédure principale, mais reconnaît que d'autres critères, tels

---

[3] La Loi type et le *Guide* pour son incorporation dans le droit interne sont reproduits au chapitre VII du *Guide*.

que la présence d'actifs, peuvent être retenus pour commencer une procédure "non principale" afin de traiter des actifs locaux lorsque la procédure concernant les actifs étrangers a été reconnue[4].

b) Établissement

95. 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. 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 un régime d'insolvabilité national et le traitement des actifs de ce débiteur dans un État particulier.

96. Le règlement de la CE dispose également qu'une procédure d'insolvabilité (dite "procédure secondaire") peut être ouverte dans un État où le débiteur a un établissement. En règle générale, cette procédure se limitera à la liquidation des actifs du débiteur qui sont situés sur le territoire de cet État. Selon la nature de l'activité du débiteur et les actifs concernés, l'établissement pourrait, dans un nombre limité de cas, servir de critère pour l'ouverture d'une procédure de redressement.

c) Présence d'actifs

97. Certaines lois prévoient qu'une procédure d'insolvabilité peut être ouverte par ou contre un débiteur qui a ou a eu des actifs sur le territoire d'un 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, mais elle prévoit l'ouverture d'une procédure locale fondée sur la présence d'actifs dans un État reconnaissant la procédure étrangère principale pour les actifs en question[5].

98. 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 actifs; si la présence d'actifs peut être un motif approprié pour ouvrir une procédure de liquidation de certains actifs 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 ou que les actifs en question sont limités. S'il est vrai qu'un pays prévoit

---

[4] Loi type de la CNUDCI, article 28.

[5] Loi type de la CNUDCI, article 28 et *Guide* pour son incorporation, par. 184 à 187; voir chap. VII.

effectivement que la présence d'actifs est un motif suffisant pour ouvrir une procédure de redressement (applicable aux actifs du débiteur où qu'ils se trouvent), cette option n'est pas souvent disponible. Si une procédure est ouverte en raison de la présence d'actifs contre un débiteur multinational, une coordination sera généralement 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 d'actifs risque par conséquent de poser des problèmes de conflit de juridictions, notamment l'éventualité de 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.

d) Tribunaux compétents

99. Une question supplémentaire, en ce qui concerne la compétence, est de savoir quel tribunal est compétent pour ouvrir une procédure d'insolvabilité et régler les questions qui surgissent dans le cours de cette procédure. Il se peut que le même tribunal d'un État donné soit compétent pour ces deux aspects ou que des tribunaux différents soient compétents pour différentes questions. Pour accroître la transparence et faciliter le recours à la loi sur l'insolvabilité dans l'intérêt des débiteurs, les créanciers et les tiers (en particulier lorsqu'ils sont d'un pays étranger), il faudrait indiquer clairement dans la loi quels tribunaux sont compétents pour quelles fonctions. Bien que la loi sur l'insolvabilité ne comporte peut-être pas toujours de dispositions précisant quels tribunaux sont compétents pour les procédures d'insolvabilité, il pourrait être utile d'y faire figurer une référence aux dispositions d'une autre loi spécifiant la compétence des tribunaux.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant l'admissibilité et la compétence est de déterminer:

a) les catégories de débiteurs qui sont soumis à la loi;

b) les catégories de débiteurs qui peuvent être exclus de la loi;

c) les débiteurs qui ont un lien suffisant avec un État pour être soumis à la loi; et

d) les tribunaux compétents pour connaître de l'ouverture et de la conduite de la procédure d'insolvabilité.

Contenu des dispositions législatives

Admissibilité

1) La législation sur l'insolvabilité devrait régir les procédures d'insolvabilité contre tous les débiteurs, personnes physiques ou morales, y compris les entreprises publiques[6], exerçant une activité commerciale, avec ou sans but lucratif.

---

[6] Le Guide législatif n'est pas censé s'appliquer aux États, aux collectivités territoriales et autres entités analogues, sauf dans la mesure où ce sont des "entreprises publiques".

2) Les exclusions du champ d'application de la loi devraient être limitées et clairement indiquées dans cette dernière[7].

Compétence

3) La loi devrait spécifier quels débiteurs ont un lien suffisant avec un État pour être soumis à son application. Différentes approches peuvent être adoptées quant aux facteurs de rattachement à appliquer, mais les motifs pour lesquels un débiteur peut être soumis à la loi devraient être les suivants"[8]:

a) le centre de ses intérêts principaux est situé dans cet État; ou

b) il a un établissement dans cet État.

4) La loi devrait établir la présomption 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.

5) La loi 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"[9].

6) La loi devrait indiquer clairement (ou inclure une référence à la loi applicable qui détermine) quel tribunal est compétent pour ouvrir et conduire de la procédure d'insolvabilité, y compris pour connaître des questions liées au déroulement de celle-ci.

B. Ouverture de la procédure

1. Introduction

100. Le critère d'ouverture tient une place centrale dans l'élaboration d'une loi sur l'insolvabilité. Du fait qu'il indique sur quelle base une procédure d'insolvabilité peut être ouverte, il permet de déterminer à quels débiteurs peuvent s'appliquer les mécanismes de protection et de discipline de la loi et qui – débiteur, créanciers ou autres parties – peut former une demande d'ouverture.

101. En principe, il est souhaitable que le critère d'ouverture soit transparent et certain, qu'il rende l'accès à la procédure d'insolvabilité commode, économique et rapide, pour inciter les entreprises en difficulté financière ou insolvables à l'engager volontairement. Il est également souhaitable d'assurer une certaine souplesse en

---

[7] Il se peut que des organisations 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 loi générale sur l'insolvabilité. Certaines entreprises publiques, comme celles qui interviennent dans des secteurs sensibles, pourraient également être exclues.

[8] La présente recommandation est censée indiquer les motifs minimums et non exclusifs de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Il peut être fait état d'autres motifs, tels que la présence d'actifs, dans certaines pays: voir l'analyse au chapitre I.A.2 c) et aux paragraphes 184 à 187 du *Guide* pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, figurant au chapitre VII.

[9] Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, art. 2 f).

proposant différents types de procédures (redressement et liquidation), en facilitant l'accès à la procédure la plus adaptée à un débiteur particulier et en permettant la conversion entre les différentes procédures. Un accès restrictif peut décourager tant les débiteurs que les créanciers, tandis qu'un retard peut avoir un effet préjudiciable sur la valeur des actifs et les chances de succès de la procédure d'insolvabilité, en particulier dans les cas de redressement. La facilité d'accès doit être contrebalancée par des mesures appropriées visant à prévenir tout abus de la procédure. Comme exemples d'abus on peut citer les demandes présentées par des débiteurs qui n'ont pas de difficultés financières mais cherchent 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, et les demandes présentées par des créanciers concurrents du débiteur, dans le but de déstabiliser l'entreprise de ce dernier et d'obtenir ainsi un avantage compétitif[10].

102. Le critère spécifique à remplir avant qu'une procédure d'insolvabilité puisse être ouverte diffère selon les lois. Un certain nombre d'entre elles en prévoient plusieurs 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 d'ouverture

a) Critère de la liquidité, du flux de trésorerie ou de la cessation générale des paiements

103. Un critère fréquemment retenu pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est le critère de la liquidité, du flux de trésorerie ou de la 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. Les indicateurs de la cessation générale des paiements d'un débiteur peuvent être le fait qu'il ne paie pas son loyer, ses taxes, les salaires, les avantages sociaux, les comptes fournisseurs et autres dépenses essentielles de l'entreprise. En tant que tel, ce critère met les facteurs déterminants à la portée des créanciers. Il vise à déclencher la procédure d'insolvabilité à un stade suffisamment précoce des difficultés financières du débiteur pour limiter autant que possible la dispersion de ses actifs et éviter une course aux actifs 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 lorsque le débiteur peut apporter la preuve d'une insolvabilité sur la base du bilan (ce lui-ci faisant apparaître un passif supérieur à l'actif – voir ci-dessous), ne fera que retarder l'inévitable et diminuer les sommes recouvrées.

104. A propos du critère de la cessation générale des paiements, il faut se demander si l'incapacité de payer des dettes à leur échéance n'est pas due simplement à un problème passager de trésorerie ou de liquidités dans une entreprise par ailleurs viable. Sur les marchés compétitifs actuels, la concurrence peut contraindre les intervenants à accepter temporairement des bénéfices toujours plus bas, voire des pertes, pour devenir plus compétitifs et conserver ou gagner des parts de marché. Il faudra dans chaque cas examiner les faits, mais il serait souhaitable qu'une loi sur

---

[10] Ce point est examiné plus avant dans la partie consacrée au rejet de la demande d'ouverture et à l'abandon de la procédure, chap. I.B.5 d) et 8.

l'insolvabilité donne des orientations au tribunal pour l'aider à déterminer si le critère d'ouverture a ou non été rempli, de manière à éviter un constat prématuré d'insolvabilité.

b) Critère du bilan

105. Un autre critère que celui de la cessation générale des paiements serait le critère du bilan, un excédent du passif sur l'actif étant le signe de difficultés financières. Mais ce critère a un inconvénient pratique: comme il repose sur des informations détenues par le débiteur, les autres parties peuvent rarement établir la situation financière réelle de ce dernier avant que ces difficultés ne soient devenues bien réelles et souvent insurmontables. Aussi les créanciers ne peuvent-ils pas y recourir aisément pour former leur demande. En outre, cette méthode peut donner une idée inexacte de la situation financière du débiteur, car elle met l'accent sur un aspect essentiellement comptable de la manière dont les actifs devraient être évalués (par exemple valeur de liquidation par opposition à valeur d'exploitation) et conduit à se demander si le bilan du débiteur est fiable et s'il donne une indication exacte de l'aptitude de ce dernier à payer, en particulier lorsque les normes comptables et les techniques d'évaluation aboutissent à des résultats qui ne reflètent pas la juste valeur marchande[11] des actifs du débiteur ou lorsque les marchés ne sont pas suffisamment développés ou stables pour établir cette valeur – le même problème pouvant se poser en particulier avec les entreprises de service qui, selon cette méthode, peuvent paraître techniquement insolvables en raison d'une insuffisance d'actifs, même si en fait elles sont viables. Inversement, une entreprise peut avoir un bilan positif sans disposer du flux de trésorerie nécessaire pour son exploitation.

106. Ce critère 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[12] pour déterminer la juste valeur marchande de l'entité, ce qui sera particulièrement difficile lorsque la comptabilité n'est pas dûment tenue ou facilement accessible. Le critère du bilan conduit donc souvent à

---

[11] 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 actifs 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 d'actifs comparables ou à partir d'un multiple de la capacité bénéficiaire des entreprises. Lorsque les actifs ne peuvent être facilement vendus, faute de marché ou en raison de la saturation du marché existant, cette valeur est difficile à déterminer.

[12] La valeur comptable d'un actif est le montant qui lui est attribué à des fins comptables. Elle est généralement calculée à partir de la valeur d'acquisition ajustée en fonction de différents facteurs (dépréciation, l'amortissement réévaluation à la baisse pour tenir compte du prix courant du marché ou, éventuellement, à la hausse conformément aux principes comptables). Bien qu'il existe des Principes comptables généralement reconnus ("PCGR") exposés par l'International Accounting Standards Board, il est important de noter qu'il n'y a pas de lignes directrices comptables universellement acceptées indiquant sur quelle base les actifs devraient être évalués à des fins comptables. En outre, il se peut que la valeur comptable des actifs aux fins de la comptabilité de gestion diffère de la valeur figurant dans les états financiers vérifiés de fin d'exercice. Autrement dit, la valeur comptable des actifs peut n'avoir que peu de rapport ou être sans rapport avec la valeur pour laquelle ils pourraient être réalisés pour satisfaire les créanciers.

ouvrir une procédure une fois qu'un redressement n'est plus possible et peut priver le débiteur de la possibilité qu'il aurait de désintéresser collectivement ses créanciers s'il poursuivait son activité, ce qui peut compromettre l'objectif de maximisation de la valeur des actifs. Il ne sera donc peut-être pas suffisamment fiable pour la définir à elle seule, et il peut être souhaitable de l'appliquer en même temps que le critère de la cessation des paiements. Dans ce cas, il peut aider à définir l'insolvabilité en mettant l'accent sur le point de savoir si les actifs, quelle que soit la manière dont ils sont évalués, seront suffisants pour honorer les engagements du débiteurs, y compris les obligations qui ne sont pas encore venues à échéance.

c) Définition du critère d'ouverture

107. Les lois sur l'insolvabilité combinent de différentes manières le critère de la cessation générale des paiements et le critère du bilan pour établir un critère d'ouverture. Certaines appliquent le critère de la cessation générale des paiements pur et simple, à savoir l'incapacité du débiteur d'honorer ses obligations à leur échéance. D'autres y ajoutent des exigences supplémentaires: 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. Plus les éléments ajoutés au critère d'ouverture sont nombreux, plus il sera difficile d'y satisfaire, en particulier lorsqu'il s'agit d'éléments subjectifs. Le risque est que des demandes soient contestées, entraînent des retards, des incertitudes et des dépenses. De leur côté, les critères qui sont relativement simples et directs peuvent avoir tendance à inclure des cas plus nombreux, mais cela peut être compensé par la facilité accrue de la demande qu'ils permettent.

108. Une autre approche combine le critère de la cessation des paiements et le critère du bilan. Une loi, par exemple, exige non seulement que le débiteur doit avoir cessé de payer, mais aussi qu'il soit surendetté, le surendettement étant déterminé, par exemple, par son incapacité à rembourser ses dettes à échéance du fait que son passif est supérieur à son actif. Une approche combinant les deux critères peut militer en faveur de l'ouverture lorsque l'on manque d'informations quant à l'existence d'une défaillance générale et donner un tableau plus complet de la situation actuelle et future du débiteur. Par exemple, le critère du bilan peut faciliter la prise en considération des dettes non échues, que le critère de la cessation des paiements ne prendrait pas en compte, alors qu'elles jouent un rôle très important, par exemple, pour les chances de succès d'un redressement.

109. Une loi sur l'insolvabilité peut adopter un critère unique pour l'insolvabilité, auquel cas le critère de la cessation des paiements est efficace pour l'accès à la procédure d'insolvabilité; le critère du bilan, ainsi qu'il a été noté plus haut, présente un certain nombre d'inconvénients et ne devrait pas être adopté comme critère unique. Une loi sur l'insolvabilité peut aussi combiner ces deux critères. La procédure peut alors être ouverte si l'un ou l'autre des deux est rempli.

i) Insolvabilité imminente (pénurie prévisible de liquidités)

110. Certaines lois qui retiennent uniquement un 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 sera dans l'incapacité de payer les dommages-intérêts demandés.

ii) Types de procédures pouvant être ouverts

111. Un deuxième aspect du critère d'ouverture est le type de procédure susceptible d'être ouvert (voir aussi première partie, chap. II). Dans certaines lois, le critère d'ouverture retenu, qu'il s'agisse de la cessation générale des paiements ou du critère du bilan, est le point de départ d'une procédure, soit de liquidation, soit de redressement. Lorsque la procédure de liquidation est demandée par un créancier, la loi sur l'insolvabilité peut autoriser le débiteur à demander qu'elle soit convertie en 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 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

112. Les lois sur l'insolvabilité permettent généralement qu'une procédure de liquidation soit demandée par le débiteur, par un ou plusieurs créanciers, 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.

b) Demande présentée par le débiteur

113. De nombreuses lois sur l'insolvabilité appliquent un critère de cessation générale des paiements à la demande de liquidation formée par le débiteur. Du fait que, dans la pratique, un débiteur présentera généralement une demande en dernier recours en cas de difficultés financières graves, 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 loi sur l'insolvabilité dispense le débiteur de présenter une déclaration de sa situation financière. Dans de pareils cas, quelle que soit la charge de la preuve incombant au débiteur, la loi sur l'insolvabilité devrait distinguer et prévoir, d'une part, les situations dans lesquelles l'acceptation de la déclaration de la situation financière du débiteur peut être présumée à condition que les créanciers ne soulèvent pas d'objections et, d'autre part, les situations dans lesquelles il faudrait interroger le débiteur sur sa situation financière parce que celle-ci suscite des doutes ou que les créanciers ont soulevé des objections. Dans une certaine mesure, ces questions peuvent être examinées à ce moment-là. Lorsque le tribunal est tenu de prendre la

décision d'ouverture, par exemple, il aura la possibilité d'examiner la demande, et les créanciers pourront élever des objections à l'occasion de cette audition. Lorsque la demande a pour effet d'entraîner l'ouverture automatique de la procédure, les créanciers et les autres parties intéressées auront encore la possibilité d'élever des objections, mais après l'ouverture de la procédure (voir plus loin, points 5 b) et 8). Dans un cas comme dans l'autre, les tentatives de faire un usage abusif de la procédure peuvent être examinées.

i) Imposition au débiteur de l'obligation de présenter une demande

114. 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 comportent des dispositions obligeant le débiteur à présenter une demande dans un certain délai (allant 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 actifs 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 à la suite de l'imposition d'une telle obligation.

115. 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 serait peut-être plus approprié dans certains cas[13]. 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 chap. II.B) peut être un moyen plus efficace d'encourager les débiteurs à engager rapidement une procédure

---

[13] Cette question est examinée plus avant dans le contexte des procédures de redressement accélérées et des critères d'ouverture applicables, voir deuxième partie, chap. IV.B.

que l'imposition de sanctions pour défaut d'exécution de l'obligation de présenter une demande.

c) Demande présentée par les créanciers

116. De nombreuses lois sur l'insolvabilité adoptent également un critère de cessation des paiements aux demandes de liquidation d'une entreprise débitrice présentées par les créanciers, mais exigent souvent aussi qu'une fraction importante de la dette ne soit pas contestée ni susceptible de compensation. Quelques-unes prévoient que la dette doit être établie par une décision judiciaire. L'application d'un 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 individuels 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 contiennent des dispositions dans ce sens, le délai allant, dans les cas où une demande formelle est exigée, de 8 jours à 24 semaines. 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. Lorsque des délais doivent être indiqués dans la loi, il peut être souhaitable, pour satisfaire aux objectifs clés de rapidité d'accès à la procédure d'insolvabilité et de préservation de la valeur, de spécifier des périodes relativement courtes.

117. 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 l'obligation concernée le moment venu. Une solution pourrait être de prévoir dans la loi sur l'insolvabilité que le non-remboursement d'une échéance, dans le cas d'une dette à long terme, pourrait justifier une demande d'ouverture de la part d'un créancier. Néanmoins, l'établissement d'un critère qui permettrait de présenter une demande d'ouverture dans de telles circonstances peut poser de difficiles problèmes de preuves, en particulier pour établir un lien entre le non-paiement d'une seule échéance et la situation financière du débiteur. Si une loi sur l'insolvabilité devait autoriser les créanciers détenant des créances non échues à demander l'ouverture d'une procédure, il faudrait trouver un compromis entre ces problèmes de preuve et la nécessité d'assurer un accès commode, économique et rapide à la procédure d'insolvabilité. Pour s'attaquer à ces problèmes, on pourrait appliquer un critère combinant ceux de la cessation des paiements et du bilan.

118. 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).

119. Ces exigences sont souvent motivées par le 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, ou de la part d'un petit nombre de créanciers dont la dette ne représente qu'une fraction de la dette totale du débiteur. Mais il faudra peut-être concilier les arguments en faveur d'une telle approche avec la nécessité d'assurer un accès rapide et commode à la procédure. Pour répondre aux préoccupations concernant le risque d'abus, on pourrait tenir 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 exigeant que le débiteur fournisse au tribunal des informations permettant à ce dernier d'établir si le défaut de paiement résulte d'un litige avec un créancier particulier ou est la preuve d'une pénurie de liquidités. On pourrait aussi mettre l'accent sur des mesures visant à décourager l'abus au lieu d'élaborer un critère complexe d'ouverture qui pourrait jouer contre tous les créanciers habilités à présenter une demande, et prévoir 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.

d) Demande présentée par une autorité publique

120. Lorsque l'État est un des créanciers, il devrait avoir le même droit que n'importe quel autre créancier d'engager une procédure de liquidation. Ce droit est généralement accordé à une autorité publique particulière (normalement le ministère public ou l'équivalent) ou à une autre autorité de contrôle, et l'on devrait généralement appliquer le même critère d'ouverture que dans le cas de demandes présentées par d'autres créanciers.

121. Certains pays octroient à l'État ou à d'autres autorités de contrôle un droit supplémentaire plus large d'utiliser le régime d'insolvabilité pour fermer une entreprise dans des cas où l'autorité n'est pas nécessairement un créancier mais où la fermeture de l'entreprise est jugée d'intérêt général. Dans ce cas, la preuve de la pénurie de liquidités n'est pas toujours nécessaire, ce qui permet à l'État de mettre fin à l'activité d'entreprises qui se sont livrées à certaines opérations, généralement de nature frauduleuse ou criminelle ou comportant de graves manquements à des obligations réglementaires ou une combinaison de ces éléments. Étant donné le risque d'abus d'un tel droit dans des circonstances sans rapport avec l'insolvabilité et d'une définition très large des motifs d'intérêt général, il est éminemment souhaitable que de tels pouvoirs ne soient disponibles que dans des cas très limités et qu'ils soient exercés uniquement en dernier ressort, lorsque aucune mesure appropriée n'est prévue dans d'autres lois. Ces cas limités peuvent comprendre

l'utilisation de ce droit concurremment avec l'application des lois, par exemple celles qui concernent le blanchiment d'argent ou la réglementation des valeurs mobilières, lorsqu'il n'est peut-être pas nécessaire de prouver l'insolvabilité. Il peut s'agir aussi de cas dans lesquels il y a des indices réels d'insolvabilité, par exemple lorsque l'autorité agit dans l'intérêt d'un grand nombre de petits créanciers, dont aucun n'a une dette suffisamment importante pour justifier une demande de procédure, mais qui sont néanmoins lésés par les activités du débiteur.

122. Certaines mesures de protection peuvent également être exigées lorsque le régime d'insolvabilité doit être utilisé ainsi. Par exemple, il se peut qu'un examen préliminaire des affaires du débiteur soit exigé et que des mesures provisoires, telles que l'arrêt des poursuites et la nomination d'un représentant provisoire de l'insolvabilité, soient prises pour empêcher la possibilité d'abus en attendant que le tribunal décide quelles mesures supplémentaires devraient être prises à l'égard de l'entreprise. En règle générale, les pouvoirs supplémentaires dont il a été question ci-dessus ne seraient conférés que pour engager une procédure de liquidation, bien que, dans des cas exceptionnels, cette dernière puisse être convertie en procédure de redressement, sous certaines conditions, par exemple que l'activité commerciale soit licite et que la gestion de l'entreprise du débiteur soit reprise par un représentant de l'insolvabilité ou un organisme public.

4. Redressement

a) Parties pouvant présenter une demande

123. Dans une plus large mesure que pour les demandes d'ouverture d'une procédure de liquidation, les lois sur l'insolvabilité adoptent des approches différentes quant à la qualité du demandeur de l'ouverture d'une procédure de redressement, et un certain nombre d'entre elles ne permettent que les demandes émanant du débiteur.

b) Demande présentée par le débiteur

124. 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 de façon à permettre à l'entreprise de poursuivre son activité dans l'intérêt du débiteur aussi bien que des créanciers. Dans cette optique, il faudrait peut-être établir un critère d'ouverture qui soit plus souple que celui qui s'applique à la liquidation et qui n'oblige pas le débiteur à attendre d'être en cessation générale des paiements pour présenter une demande, mais l'autorise à le faire lorsque sa situation financière est telle qu'il deviendra insolvable 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 adoptent une approche unitaire (voir première partie, chap. II.D), 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.

125. On pourrait penser que l'assouplissement du critère d'ouverture risque d'inciter les débiteurs à abuser de la procédure d'insolvabilité. 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. Il faudrait distinguer cette situation de celles dans lesquelles le débiteur serait encouragé à présenter une demande parce que, par exemple, le paiement de dettes échues a entraîné des difficultés financières risquant de conduire à l'insolvabilité et qu'il satisferait à un critère d'insolvabilité imminente ou de pénurie prévisible de liquidités (voir chap. I.B.2 c) i) ci-dessus), même s'il n'était pas insolvable au moment de la présentation de la demande. En d'autres termes, la demande est justifiée pour des raisons financières. Le risque de tels abus dépend de la manière dont sont conçus les éléments de la procédure de redressement, comme le critère 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. Comme il a été indiqué plus haut, il peut être souhaitable que la loi sur l'insolvabilité s'attache à décourager l'abus au lieu de rendre l'ouverture plus difficile et de risquer ainsi de porter préjudice à tous ceux qui sont habiliter à présenter une demande. Pour se prémunir contre le risque d'abus de la part du débiteur, on pourrait par exemple 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.

c) Demande présentée par les créanciers

126. 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 et, comme cela a été indiqué, un certain nombre de lois n'accordent cette possibilité qu'au débiteur. Étant donné qu'une telle procédure a notamment pour objectif d'accroître la valeur des actifs et, ce faisant, le taux de recouvrement des créances par les créanciers grâce à la poursuite de l'activité et au redressement de l'entreprise du débiteur, il est souhaitable de ne pas donner au seul débiteur le pouvoir de l'engager. Une autre raison d'autoriser les créanciers à faire une demande est qu'il y aura des cas dans lesquels le débiteur ne présentera pas de demande d'ouverture ou ne pourra pas le faire parce que, par exemple, la direction aura démissionné. La possibilité pour les créanciers de prendre l'initiative est également étroitement liée à la question de savoir s'ils peuvent proposer un plan de redressement (voir chap. IV). 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 eux aussi présenter une demande d'ouverture d'une procédure de redressement.

127. Dans les lois sur l'insolvabilité qui autorisent les créanciers à demander le redressement d'une entreprise débitrice, les approches diffèrent quant au critère d'ouverture. Ainsi, certaines lois sur l'insolvabilité appliquent le même critère, y

compris la pénurie prévisible de liquidités, que pour les demandes de redressement émanant des débiteurs. Selon une autre approche, l'adoption du même critère est difficile à justifier, car non seulement les créanciers auront du mal à prouver que le débiteur 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.

128. Pour régler les questions liées à l'ouverture par les créanciers d'une procédure de redressement, certaines lois adoptent un critère d'ouverture exigeant que les créanciers apportent la preuve de certains éléments en plus de l'insolvabilité. Par exemple, que des liquidités seront disponibles pour financer la gestion de l'entreprise au jour le jour, que la valeur des actifs 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 inconvénient manifeste des solutions de ce type est qu'elles obligent les créanciers à procéder, ou à être en mesure de procéder, à une évaluation approfondie de l'entreprise avant de présenter leur demande. Cette évaluation peut dépendre à son tour de l'obtention auprès du débiteur d'informations pertinentes et suffisamment fiables pour faciliter l'opération. Afin de remédier aux difficultés que cela peut poser, il peut être prévu, par exemple, que lorsqu'une demande est présentée par les créanciers, la situation financière du débiteur sera évaluée par un organisme indépendant. Une telle disposition aurait peut-être l'avantage de garantir qu'une procédure ne sera ouverte que dans les cas appropriés. Il faudra peut-être toutefois veiller à ce que ces exigences supplémentaires n'aient pas pour effet de compliquer la procédure de demande, de dissuader les créanciers de proposer un redressement, et de promouvoir la liquidation comme solution plus facile ou de retarder l'ouverture de la procédure, ce qui compromettrait la maximisation de la valeur des actifs et les chances de succès du redressement. Il faudrait veiller également à ce qu'un concurrent du débiteur ne profite pas du contexte de l'insolvabilité pour obtenir des informations sensibles ou confidentielles sur le plan commercial ou désorganiser son entreprise en imposant des exigences injustifiables en ce qui concerne l'évaluation de sa position financière.

129. Certaines lois sur l'insolvabilité appliquent une variante du critère de la 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[14]. On pourrait dire que ces exigences présentent les mêmes inconvénients que ceux qui ont été indiqués plus haut pour celles selon lesquelles il faudrait des moyens suffisants pour qu'un redressement soit mené avec succès.

130. 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. Dans les lois sur l'insolvabilité qui appliquent automatiquement un arrêt des poursuites

---

[14] Cette somme peut également servir à financer la rémunération du représentant de l'insolvabilité (voir deuxième partie, chap. III.B, ainsi que les développements sur le coût de la procédure d'insolvabilité, deuxième partie, chap. I.B.6).

lors de l'ouverture, par exemple, 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.

131. Pour les raisons mentionnées dans les paragraphes ci-dessus, 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, un critère de cessation générale des paiements). Ce critère semblerait convenir aussi bien dans les cas de dualité des procédures que de procédure unitaire (voir première partie, chap. II.D), 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 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 une cessation générale des paiements, mais la constatation qu'un redressement ne peut être mené à bien.

5. Questions procédurales

a) Dépôt d'une demande d'ouverture de la procédure

132. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les modalités d'ouverture d'une demande d'insolvabilité. 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. Un autre droit que le droit de l'insolvabilité peut aussi influer sur la manière dont la procédure d'insolvabilité est ouverte, telle que le droit constitutionnel (par exemple pour le rôle des tribunaux et des organes administratifs, ainsi que les questions de compétence), le droit procédural (y compris les règles de pratique) ou le droit des sociétés.

b) Décision d'ouvrir une procédure d'insolvabilité

133. 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 ou le tribunal 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 approuver une demande et pour que la procédure soit ouverte. 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 ou un autre organisme de la demande en simplifiant les choses et, le cas échéant, 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. De telles conditions sont également

moins susceptibles de peser sur les systèmes qui peuvent ne pas avoir la capacité institutionnelle ou la compétence nécessaires pour entreprendre des enquêtes complexes exigeant une vaste expertise dans le domaine du commerce et des affaires. La question des coûts et des frais associés à l'accès à la procédure d'insolvabilité peut revêtir une importance particulière dans le cas des petites et moyennes entreprises. Un autre élément à noter en ce qui concerne la procédure d'ouverture est une tendance récente, dans plusieurs lois sur l'insolvabilité, a reconnaître que le débiteur a un droit fondamental à être entendu par le tribunal ou l'organisme qui se prononcerait sur une demande d'ouverture de la procédure, que cette demande ait été présentée par un débiteur ou par un créancier.

134. Dans les conditions à remplir pour l'ouverture d'une procédure, plusieurs lois sur l'insolvabilité font une distinction entre demande présentée par un débiteur et demande présentée par un créancier. Selon certaines, une demande 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 loi sur l'insolvabilité, alors que si la demande émane d'un créancier, un tribunal est tenu d'examiner si les critères d'ouverture ont été respectés avant de prendre une décision. L'une des principales raisons de cette différence est d'éviter les abus de la part des créanciers ou d'autres parties intéressées. Dans d'autres lois, le tribunal est tenu, que la demande émane d'un débiteur ou d'un créancier, 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.

135. Si l'évaluation que doit effectuer le tribunal est complexe, il y a un risque, non seulement qu'un certain laps de temps s'écoule entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure, mais aussi 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 actifs soient dissipés par les créanciers. Lorsque le tribunal est tenu d'évaluer diverses question avant que la procédure puisse s'ouvrir, 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 loi sur l'insolvabilité devra peut-être énoncer des règles claires concernant l'application de la suspension (voir chap. II.B), l'ordre de remboursement des créances nées (voir chap. V.C.1 b)) et le droit du débiteur de disposer d'actifs durant cette période (voir chap. II.A.2), ainsi que le traitement des opérations non autorisées effectuées à ce moment-là (voir chap. II.F).

c) Fixation d'un délai pour la décision d'ouverture

136. 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. Cela sera particulièrement important dans le cas d'un redressement, pour éviter que les actifs continuent de diminuer et pour améliorer les chances de réussite du redressement. 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 souvent une distinction entre les demandes, selon qu'elles émanent du débiteur

ou d'un créancier, la décision concernant les premières ayant tendance à être prise plus rapidement. Des délais supplémentaires sont prévus pour les secondes afin que le débiteur puisse être avisé rapidement et ait la possibilité de répondre à la demande.

137. 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 des conséquences appropriées 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 loi sur l'insolvabilité adopte une approche souple insistant sur les avantages d'une décision rapide et donnant des indications sur ce qui est raisonnable, tout en reconnaissant les contraintes et les priorités locales.

d) Rejet de la demande d'ouverture

138. Les paragraphes qui précèdent indiquent un certain nombre de cas – comportant à la fois des demandes émanant du débiteur et de créanciers – où il sera souhaitable, lorsque le tribunal est tenu de prendre la décision d'ouverture, qu'il ait le pouvoir de rejeter la demande d'ouverture, soit pour des questions d'abus de la loi sur l'insolvabilité, soit pour des raisons techniques liées au respect du critère d'ouverture. Les principaux motifs de rejet pour des raisons techniques pourraient être les suivants: le débiteur ne satisfait pas au critère d'ouverture; la dette fait l'objet d'une contestation légitime ou d'un droit à compensation d'un montant supérieur ou égal; la procédure sera inutile parce que, par exemple, le montant de la dette garantie est supérieur à la valeur des actifs; et le débiteur n'a pas suffisamment d'actifs pour payer l'administration de l'insolvabilité et la loi ne comporte pas d'autres dispositions pour l'administration de la masse en pareil cas.

139. Comme exemples d'abus de la procédure on pourraient citer notamment les cas dans lesquels le débiteur utilise une demande d'insolvabilité pour temporiser et priver de manière injustifiée les créanciers du paiement rapide de leurs créances ou pour être libéré d'obligations onéreuses, comme celles découlant des contrats de travail. S'agissant des demandes émanant des créanciers, on pourrait citer notamment les cas dans lesquels un créancier utilise abusivement la procédure d'insolvabilité au lieu d'une procédure de recouvrement de créances (ce type de procédure n'étant peut-être pas très développé); pour tenter d'exclure une entreprise viable du marché; ou pour essayer d'obtenir des paiements préférentiels en contraignant le débiteur (lorsque de tels paiement préférentiels ont été effectués et que le débiteur est insolvable, l'enquête jouerait un rôle clé dans la procédure d'insolvabilité).

140. Ainsi qu'il a été noté plus haut, s'il est prouvé que le débiteur ou des créanciers ont abusé de la procédure d'insolvabilité, la loi sur l'insolvabilité peut prévoir, outre le rejet de la demande, des sanctions à l'encontre de la partie qui abuse de la procédure ou lui imposer l'obligation de payer des frais et éventuellement des dommages-intérêts à l'autre partie pour tout préjudice causé. Des mesures peuvent également être prévues dans d'autres lois.

e) Notification de demande d'ouverture et d'ouverture

141. La notification d'une demande d'ouverture et 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 de toutes les parties concernées – les créanciers en cas de demande émanant du débiteur, et le débiteur en cas de demande émanant de créanciers.

i) Demandes émanant du débiteur – notification aux créanciers

142. Dans le cas d'une demande émanant d'un débiteur –, les créanciers et 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 (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 à la position commerciale du débiteur lorsque la demande, en définitive, est rejetée, ou que les créanciers ne soient tentés de prendre des mesures de dernière minute pour recouvrer leurs créances. Pour répondre à ces préoccupations, on pourrait prévoir d'une façon générale que les créanciers seront avisés uniquement de l'ouverture de la procédure. Un autre motif d'inquiétude pourrait être lié aux conséquences pour les créanciers d'un retard entre le moment où la demande est déposée par un débiteur et l'ouverture de la procédure lorsqu'ils sont avisés de l'ouverture uniquement. Pendant cette période intérimaire, les créanciers auront intérêt à être avisés de la demande afin de pouvoir prendre une décision motivée concernant la poursuite de la fourniture de biens et de services au débiteur, de manière à éviter que viennent s'ajouter d'autres dettes. Bien qu'il soit possible d'adopter une disposition souple qui permettrait, en de telles circonstances, au tribunal d'adresser une notification, il serait peut-être préférable de faire référence dans la loi sur l'insolvabilité au moment de la décision d'ouverture et à la nécessité d'éviter des retards.

ii) Demandes émanant de créanciers – notification au débiteur

143. Dans le cas d'une demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité émanant d'un créancier, il est de plus en plus reconnu que le débiteur devrait avoir le droit fondamental d'être avisé immédiatement et d'avoir la possibilité d'être entendu et de contester les allégations des demandeurs quant à sa situation financière (voir chap. III.A.3). Lorsque le débiteur a disparu ou évite de recevoir une notification personnelle, il peut suffire de satisfaire aux exigences d'une signification publique, ou la notification pourrait être faite à la dernière adresse connue du débiteur. Il peut toutefois y avoir des circonstances exceptionnelles dans

lesquelles il peut être prévu, avec l'accord du tribunal, de se passer de notification personnelle au débiteur au motif qu'elle risquerait d'aller à l'encontre de l'objet d'une demande particulière. Ces circonstances peuvent notamment être les cas où une notification risque d'inciter le débiteur à mettre ses actifs hors de portée des créanciers ou du représentant de l'insolvabilité. Le contre-argument est que lorsque le débiteur n'est pas avisé, il pourrait sans le savoir continuer d'agir en portant atteinte à la valeur de ses actifs et par conséquent en causant un préjudice aux créanciers. Il est peut-être préférable de répondre à cette préoccupation en prenant des mesures provisoires telles que l'imposition d'un arrêt des poursuites qu'en se passant de notification. Toutefois, lorsque la loi permet au tribunal de ne pas notifier la demande, le débiteur devrait néanmoins être avisé aussi rapidement que possible de l'ouverture de la procédure.

iii) Notification d'ouverture aux parties autres que les créanciers

144. 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 la loi exige que le courrier destiné au débiteur doive être remis au représentant de l'insolvabilité), l'administration fiscale, les services de sécurité sociale et les organismes de réglementation des entreprises.

iv) Modalités de la notification

145. Outre la question du moment auquel doit être faite la notification, il peut être nécessaire, pour assurer son efficacité, qu'une loi sur l'insolvabilité traite de ses modalités et des informations à y faire figurer. 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 d'ouverture) et sur la manière dont les informations peuvent être communiquées, la considération la plus importante étant la remise ou la publication sous une forme généralement susceptible d'attirer l'attention des parties intéressées. Par exemple, s'il est possible d'adresser directement une notification individuelle aux créanciers connus[15] (même si, dans certains cas, l'efficacité de cette méthode dépende de l'état des dossiers du débiteur), la nécessité d'informer les créanciers non connus a conduit le législateur à adopter des exigences générales, comme la parution dans une publication officielle de l'État ou dans un journal à caractère commercial ou à grand tirage. Il peut s'agir d'un journal régional, national ou local (par référence à l'emplacement de l'entreprise du débiteur), selon les circonstances de l'espère et ce qui se révélera le plus économique. il n'est peut-être pas toujours nécessaire, par exemple, d'exiger la publication, moyennant un coût très élevé, dans un journal national lorsque l'entreprise du débiteur a son siège et est gérée localement. Pour éviter que le processus de notification ne devienne trop lourd et n'exige dans chaque cas que l'on étudie quel sera le moyen le plus efficace de donner notification, l'obligation devrait faire référence à des formalités types, avec une certaine souplesse pour tenir compte des conditions locales. Les autres moyens possibles d'assurer une notification efficace peuvent comprendre diverses formes de communication électronique et l'utilisation des registres publics appropriés.

---

[15] Grâce à la liste des créanciers que doit fournir le débiteur en coopération avec le représentant de l'insolvabilité; voir chapitres III.A.4 b) et III.B.4. Voir également l'article 14 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

v) Contenu de la notification

146. 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 l'arrêt des poursuites, voir chap. II); 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 chap. V.A); les conséquences d'un défaut de déclaration ou d'une déclaration non faite conformément aux prescriptions; et des informations concernant la vérification des déclarations et les réunions de créanciers.

6. Débiteurs dont les actifs sont insuffisants

147. Nombre de débiteurs qui satisferaient aux critères d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ne font jamais l'objet d'une liquidation formelle, soit parce que les créanciers répugnent à engager une procédure lorsqu'il apparaît que le débiteur n'a pas d'actifs, ou n'en a pas assez, pour financer l'administration d'une procédure d'insolvabilité, soit parce qu'ils font rarement eux-mêmes le nécessaire, lorsqu'ils se trouvent dans cette situation, pour demander l'ouverture d'une procédure. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que lorsqu'une demande d'ouverture est faite dans ces circonstances, elle sera rejetée si le tribunal constate l'insuffisance d'actifs, tandis que d'autres prévoient un mécanisme de nomination et de rémunération d'un représentant de l'insolvabilité (voir chap. III.B.3). D'autres encore prévoient l'imposition de frais supplémentaires aux créanciers pour le financement de l'administration de la masse (voir Frais ci-dessous).

148. La conception d'un mécanisme permettant d'administrer, dans le cadre d'une procédure formelle, des entreprises débitrices qui, apparemment, ont peu d'actifs ou n'en ont pas, se justifie pour plusieurs raisons, notamment d'intérêt général. Lorsqu'elle ne prévoit pas d'enquête sur les sociétés insolvables qui ont peu d'actifs ou n'en ont pas, une loi 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 actifs 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, constituer un moyen d'enquêter sur le comportement des dirigeants de telles entreprises débitrices et encourager l'activité entrepreneuriale et une prise de risque économique responsable en accordant une décharge aux entrepreneurs et autres personnes exerçant une activité commerciale et en leur permettant de prendre un nouveau départ – les aspects répressifs et dissuasifs des lois sur l'insolvabilité seront moins de mise lorsque le débiteur est honnête.

149. Les mécanismes permettant de continuer à administrer de telles entreprises 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; la nomination, d'après une liste, d'un professionnel

de l'insolvabilité choisi sur une liste ou par roulement, ceci afin d'assurer une répartition équitable et ordonnée de toutes les affaires d'insolvabilité, qu'il y ait ou non des actifs insuffisants, 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 (puisque, lorsqu'il s'agit d'un professionnel, ses tarifs peuvent être adaptés compte tenu du travail non rémunérateur – méthode qui ne peut être retenue lorsque le représentant de l'insolvabilité est un agent public). Lorsqu'un mécanisme de ce type est prévu dans une loi 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 d'actifs non grevés et aucune source régulière de revenus permettant normalement de procéder à la liquidation.

7. Droits à acquitter pour la procédure d'insolvabilité

150. Le coût constitue, à côté de la rapidité et de 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 dépenses trop lourdes qui dissuaderont les créanciers, décourageront l'ouverture 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 d'actifs ou a contracté une dette importante auprès de plusieurs petits créanciers dont les créances respectives ne suffiront probablement pas à financer les frais de demande.

151. 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. Toutefois, lorsque ce montant est trop élevé, il peut avoir un effet dissuasif et aller à l'encontre de l'objectif de l'accès commode, économique 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 actifs 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 d'actifs non grevés pour couvrir les frais. S'il n'y en a pas suffisamment, la loi sur l'insolvabilité prévoit généralement que la demande sera rejetée ou traitée conformément aux dispositions applicables aux cas où les actifs sont peu nombreux ou inexistants (voir ci-dessus). Dans une autre approche, les droits qui peuvent être prélevés représentent un pourcentage fixe de la valeur des actifs entrant dans la masse. Dans les affaires importantes, cela peut aboutir au paiement de droits élevés par la masse, ce qui décourage les demandes émanant tant de créanciers que du débiteur.

8. Abandon de la procédure après ouverture

152. Outre les cas dans lesquelles la demande d'ouverture d'une procédure peut être rejetée, ainsi qu'on l'a vu plus haut (chap. II.B.5 d)), il y aura aussi des cas où une loi sur l'insolvabilité devrait permettre l'abandon d'une procédure déjà ouverte, et ce, indépendamment du fait qu'une demande émanant du débiteur ait pour effet d'ouvrir automatiquement la procédure et qu'elle ne puisse être contestée par les créanciers et d'autres parties intéressées au moment de ladite ouverture, ou que la décision d'ouverture soit prise par le tribunal. Les motifs d'abandon seront pour l'essentiel les mêmes les motifs de rejet, à savoir: abus de la loi sur l'insolvabilité, par le débiteur ou par des créanciers, ou bien non respect par le débiteur des critères d'ouvertures au moment de l'ouverture.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est:

a) de faciliter l'accès des débiteurs et des créanciers aux mesures prévues par la loi;

b) d'établir des critères d'ouverture qui soient transparents et sûrs;

c) de permettre aux demandes de procédure d'insolvabilité d'être déposées et traitées de manière rapide, efficace et économique;

d) d'établir des garanties pour protéger aussi bien les débiteurs que les créanciers contre un recours abusif à la procédure de demande d'ouverture;

e) d'établir des conditions pour la notification effective de l'ouverture d'une procédure.

Contenu des dispositions législatives

7) La loi devrait comprendre des dispositions concernant à la fois le redressement et la liquidation d'une entreprise débitrice.

Critère d'ouverture

– *Personnes autorisées à déposer une demande d'ouverture*

8) La loi devrait spécifier quelles parties sont autorisées à déposer une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité – à savoir, entre autres, le débiteur et l'un quelconque de ses créanciers[16].

– *Demandes émanant du débiteur*

9) La loi devrait spécifier qu'une procédure d'insolvabilité peut être ouverte sur demande émanant d'un débiteur si ce dernier peut démontrer:

---

[16] Y compris un organisme public qui est créancier du débiteur.

a) qu'il est ou sera de façon générale dans l'incapacité de payer ses dettes à leur échéance; ou

b) que son passif dépasse la valeur de son actif[17].

– *Demandes émanant de créanciers*

10) La loi devrait spécifier qu'une procédure d'insolvabilité peut être ouverte sur demande émanant d'un créancier s'il peut être démontré:

a) que le débiteur est de façon générale dans l'incapacité de payer ses dettes à leur échéance; ou

b) que le passif du débiteur dépasse la valeur de son actif.

Présomption de l'incapacité de payer du débiteur

11) La loi peut établir une présomption que, s'il ne paie pas une ou plusieurs de ses dettes échues et si la totalité de la dette ne fait pas l'objet d'une contestation légitime ou d'un droit à compensation d'un montant supérieur ou égal au montant de la dette réclamée, le débiteur est de façon générale dans l'incapacité de payer ses dettes[18].

Ouverture sur demande émanant du débiteur

12) Lorsque la demande d'ouverture émane du débiteur, la loi devrait spécifier:

a) que la procédure d'insolvabilité sera automatiquement ouverte par la demande; ou

b) que le tribunal se prononcera sans retard sur sa compétence et déterminera si le débiteur remplit les conditions requises et si le critère d'ouverture a été rempli, et dans l'affirmative, ouvrira une procédure d'insolvabilité.

Ouverture sur demande émanant d'un créancier

13) Lorsque la demande d'ouverture émane d'un créancier, la loi devrait spécifier:

a) qu'elle est notifiée sans retard au débiteur[19];

b) que la possibilité est au débiteur d'y répondre; et

---

[17] L'objet de cette recommandation et de la recommandation relative aux demandes présentées par des créanciers est de permettre au législateur d'avoir une certaine souplesse, en adoptant une approche fondée elle-même sur un ou sur deux critères. Lorsque la loi adopte un seul critère, celui-ci devrait être fondé sur l'incapacité du débiteur de payer ses dettes échues (critère de la cessation des paiements). Lorsqu'elle contient les deux critères (critère de la cessation des paiement et critère du bilan), la procédure peut être ouverte si l'un des deux critères est rempli.

[18] 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. 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

[19] Lorsque l'on ignore où se trouve le débiteur et qu'il ne peut être contacté, le droit général peut prévoir des règles appropriées pour lui donner notification en de telles circonstances.

c) que le tribunal se prononce sans retard sur sa compétence et détermine si le débiteur remplit les conditions requises et si le critère d'ouverture est rempli et, dans l'affirmative, ouvre une procédure d'insolvabilité[20].

Rejet d'une demande d'ouverture

14) La loi devrait spécifier que, lorsque la décision d'ouvrir une procédure est prise par le tribunal, celui-ci peut rejeter la demande d'ouverture et, le cas échéant, imposer des frais ou des sanctions au demandeur, s'il détermine:

a) qu'il n'est pas compétent, que le débiteur ne remplit pas les conditions requises ou ne satisfait pas au critère d'ouverture; ou

b) que la demande représente un recours abusif à la loi.

15) Lorsque la demande a été présentée par un créancier, la loi devrait spécifier que le débiteur doit être avisé sans tarder de la décision de rejet.

Notification de l'ouverture d'une procédure

16) La loi devrait prévoir une procédure de notification de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

– *Notification générale*

17) La loi devrait spécifier que les moyens de notifier l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité doivent être appropriés[21] pour garantir que l'information a des chances de retenir l'attention des parties intéressées[22]. La loi devrait spécifier quelle partie est chargée de cette notification.

– *Notification aux créanciers*

18) La loi devrait spécifier que la notification de l'ouverture de la procédure doit être adressée aux créanciers individuellement, sauf si le tribunal considère qu'en l'espèce une autre forme de notification serait plus appropriée[23].

– *Contenu de la notification*

19) La loi devrait spécifier que la notification de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité doit comprendre:

a) des informations concernant la déclaration des créances, notamment le moment et le lieu de la déclaration;

---

[20] Pour déterminer si le critère d'ouverture est rempli, le tribunal peut examiner si la dette fait l'objet d'une contestation légitime ou d'un droit à compensation d'un montant supérieur ou égal au montant de la dette réclamée (voir aussi chap. II.B.5 d)).

[21] La question de savoir ce qui est approprié dans un cas particulier impliquera également des considérations d'efficacité par rapport au coût et la loi sur l'insolvabilité ne devrait pas exiger, par exemple, une publication coûteuse dans un journal national quand la publication dans un journal local serait suffisante.

[22] La notification générale consistera le plus souvent à porter l'information à la connaissance du grand public par une publication telle qu'un journal officiel ou un journal national, régional ou local largement diffusé, par des moyens électroniques, ou par l'intermédiaire des registres publics pertinents.

[23] L'obligation d'établir la liste des créanciers auxquels la notification doit être adressée est traitée dans le cadre des obligations du représentant de l'insolvabilité et du débiteur (voir chap. III).

b) la procédure et les conditions de forme à observer pour la déclaration de créances;

c) les conséquences d'un défaut de déclaration conformément aux paragraphes a) et b); et

d) des informations concernant la vérification des créances, l'application de l'arrêt des poursuites et ses effets, et les réunions des créanciers.

Débiteurs ayant des actifs insuffisants

20) La loi devrait spécifier le traitement des débiteurs dont les actifs et les sources régulière de revenus. sont insuffisants pour couvrir les coûts d'administration de la procédure d'insolvabilité. Différentes approches peuvent être adoptées, telles que:

a) le rejet de la demande, sauf si le débiteur est une personne physique qui pourrait prétendre à une remise de dettes; ou

b) l'ouverture de la procédure, auquel cas différents mécanismes de nomination et de rémunération de ce représentant peuvent être prévus[24].

Abandon d'une procédure d'insolvabilité

21) La loi devrait permettre au tribunal d'abandonner une procédure si, après l'ouverture, il détermine, par exemple:

a) que la procédure représente un recours abusif à la loi sur l'insolvabilité; ou

b) que le débiteur ne remplissait pas les conditions requises ou ne satisfaisait pas au critère d'ouverture au moment de l'ouverture.

22) La loi devrait spécifier que lorsque la procédure est abandonnée, le tribunal peut imposer des frais ou des sanctions, le cas échéant, au demandeur de l'ouverture de la procédure.

23) La loi devrait exiger qu'une décision d'abandonner la procédure donne lieu à notification.

II. Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

A. Actifs constituant la masse de l'insolvabilité

1. Introduction

153. Une étape fondamentale dans la procédure d'insolvabilité est l'identification, le recouvrement, la préservation et la disposition des actifs appartenant au débiteur. De nombreux systèmes d'insolvabilité soumettent ces actifs à un régime spécial, parfois appelé "masse de l'insolvabilité", sur laquelle le représentant de l'insolvabilité aura des pouvoirs biens définis, sous réserve de certaines exceptions.

---

[24] Voir chap. III.B.

154. Dans le présent *Guide*, le terme “masse” est employé dans son sens fonctionnel pour désigner les actifs du débiteur qui sont placés sous le contrôle du représentant de l’insolvabilité et soumis à la procédure d’insolvabilité. La constitution de la masse de l’insolvabilité a des conséquences très différentes selon les pays. Dans certains, la loi sur l’insolvabilité prévoit que la propriété légale des actifs est transférée à la personne désignée pour administrer la procédure (généralement le représentant de l’insolvabilité). Dans d’autres, le débiteur reste propriétaire en droit, mais ses pouvoirs d’administration et de disposition sont limités, parce que le représentant de l’insolvabilité contrôlera entièrement les actifs ou que le débiteur ne pourra s’en servir que dans le cours normal des affaires et que l’utilisation ou la disposition des actifs en dehors de ce cours normal, y compris la constitution de sûretés réelles, sera soumise à l’approbation du représentant de l’insolvabilité ou, dans certains cas, du tribunal.

155. Quelle que soit la tradition juridique applicable, une loi sur l’insolvabilité devra désigner clairement les actifs qui seront soumis à la procédure d’insolvabilité et, partant, inclus dans la “masse” et indiquer quelles seront sur eux les incidences de cette procédure; elle devra notamment préciser les pouvoirs des divers participants. Le type d’actifs visés et leur traitement détermineront la portée et la conduite de la procédure et, en particulier dans un redressement, influeront considérablement sur les chances de succès de ce dernier. L’insertion dans une loi sur l’insolvabilité de dispositions claires et détaillées sur ces questions assurera transparence et prévisibilité à la fois aux créanciers et au débiteur.

2. Actifs entrant dans la masse de l’insolvabilité

a) Définition générale de la masse de l’insolvabilité

156. La masse devrait en principe comprendre tous les actifs du débiteur, notamment ses divers droits sur des biens, quel que soit leur lieu de situation et qu’ils soient ou non en sa possession au moment de l’ouverture, ainsi que tous les actifs corporels (meubles ou immeubles) et incorporels. Elle comprendrait également les divers droits du débiteur sur des actifs grevés d’une sûreté réelle et sur des actifs appartenant à des tiers (auquel cas leur utilisation continue par la masse peut être soumise à d’autres dispositions de la loi sur l’insolvabilité (voir chap. II.C)). En général, les actifs acquis après l’ouverture de la procédure d’insolvabilité par le débiteur ou par le représentant de l’insolvabilité (sous réserve de certaines exceptions qui s’appliqueraient dans le cas des débiteurs personnes physiques (voir ci-dessous)) et les actifs récupérés par voie d’actions notamment en annulation seraient également inclus. Certains de ces actifs peuvent être vendus ou échangés librement tandis que d’autres peuvent faire l’objet de restrictions découlant du droit des contrats notamment (par exemple, une licence non cessible accordée par les pouvoirs publics ou une liste de clients soumise à des règles de confidentialité) ou exiger de régler certains problèmes susceptibles de se poser avec d’autres droits qui leur sont attachés. En dépit de ces restrictions, il est souhaitable que ces actifs entrent dans la masse.

157. Les actifs corporels, tels que la caisse, le matériel, les stocks, l’encours, les comptes bancaires, les comptes clients et les biens immobiliers, devraient être aisément identifiés sur le bilan du débiteur. Les actifs incorporels, quant à eux, varieront d’un État à l’autre, en fonction de la législation interne, mais peuvent comprendre les droits de propriété intellectuelle, les valeurs mobilières et les

instruments financiers, les polices d'assurance, les droits contractuels (y compris ceux portant sur des actifs appartenant à des tiers) et les droits d'action en réparation d'une faute non contractuelle[25] si cela est dans l'intérêt du débiteur. L'inclusion de certains actifs incorporels dans la masse peut créer des conflits avec d'autres lois, telles que les lois restreignant la transférabilité ou les lois relatives à la protection de la vie privée. Dans le cas des personnes physiques, la masse peut également comprendre, par exemple, les droits successoraux qui reviennent au débiteur ou auxquels le débiteur peut prétendre à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ou encore qui naissent pendant cette procédure, ainsi que les droits du débiteur sur des actifs dont il partage la propriété avec une autre personne, notamment son conjoint.

158. S'il est souhaitable que la masse soit définie de manière large, l'inclusion de certains types d'actifs peut prêter à controverse. Certains actifs peuvent entrer dans la masse sans difficulté, tels que les actifs non grevés appartenant au débiteur, les actifs qui ne sont pas revendiqués par un tiers et les actifs récupérés par le représentant de l'insolvabilité, au moyen d'actions contre un tiers ou d'actions en annulation. D'autres actifs peuvent être exclus de la masse sans problème, tels que les actifs appartenant à un tiers sur lesquels le débiteur n'a aucun droit et les actifs appartenant en pleine propriété au conjoint du débiteur. En revanche, des actifs tels que les actifs grevés, les actifs communs, les actifs se trouvant à l'étranger, certains actifs incorporels et les actifs appartenant à des tiers sur lesquels le débiteur a un droit, peuvent créer des difficultés. Ils sont examinés ci-après.

b) Actifs grevés

159. Une question importante est de savoir si la loi sur l'insolvabilité considère les actifs grevés comme faisant partie de la masse. Le traitement accordé aux actifs grevés de sûretés réelles diffère d'une loi à l'autre. De nombreuses lois prévoient que ces actifs entrent dans la masse et que l'ouverture de la procédure produit différents effets. Par exemple, la réalisation des sûretés détenues par des créanciers ou par des tiers sera limitée par l'arrêt des poursuites. L'inclusion des actifs grevés dans la masse et, partant, l'imposition de restrictions aux créanciers garantis dans l'exercice de leurs droits peuvent non seulement contribuer à assurer l'égalité de traitement aux créanciers, mais aussi être déterminantes pour la procédure lorsque l'actif grevé est essentiel à l'entreprise. Par exemple, lorsque du matériel de fabrication ou un bâtiment industriel pris à bail sont indispensables aux activités de l'entreprise du débiteur, cette dernière ne pourra être redressée ou cédée en vue de la poursuite de l'activité que si le matériel ou le bail peuvent être conservés aux fins de la procédure. Le fait d'inclure tous les actifs du débiteur dans la masse de l'insolvabilité dès l'ouverture de la procédure présente des avantages, notamment en cas de redressement et lorsque l'entreprise en liquidation doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité.

---

[25] Lorsque le débiteur est une personne physique, certaines lois excluent les préjudices personnels tels que les dommages pour diffamation, les atteintes au crédit ou à la réputation ou les lésions corporelles, le débiteur conservant personnellement le droit d'agir et de garder les dommages-intérêts accordés, faute de quoi il serait moins enclin à demander réparation. En revanche, il ne sera peut-être pas autorisé à demander réparation pour toute perte de rémunération résultant de ces actions.

160. Lorsqu'ils sont inclus dans la masse, les actifs grevés peuvent aussi faire l'objet de certaines mesures de protection, telles que celles visant à maintenir leur valeur ou la valeur de la fraction garantie de la créance d'un créancier ou celles consistant, dans certaines situations, à les distraire de la masse (voir, par exemple, chap. II.C). Une loi sur l'insolvabilité devrait préciser que l'inclusion des actifs grevés ne privera pas les créanciers garantis de leurs droits réels sur ces actifs, même si l'exercice de ces droits s'en trouvera limité (par exemple, en étant retardé par un arrêt des poursuites).

161. Dans d'autres lois, la procédure d'insolvabilité est sans incidence sur les sûretés et les créanciers garantis peuvent agir pour obtenir l'exécution de leurs droits légaux et contractuels. Reconnaissant que les actifs grevés peuvent dans certains cas être indispensables à la procédure, certaines lois prévoient que, même si l'insolvabilité est sans conséquence pour ces actifs, le débiteur, avec l'assentiment du représentant de l'insolvabilité, peut demander au tribunal d'empêcher la réalisation des sûretés lorsque les actifs sont nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise. Exclure de la masse les actifs grevés peut avoir pour effet d'accroître en général l'offre de crédit, car les créanciers garantis auraient l'assurance que leurs droits réels ne seraient pas lésés par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. On admet toutefois de plus en plus que s'il est généralement avantageux pour l'économie d'exclure les actifs grevés, il est encore plus avantageux de les inclure et de limiter l'exercice des droits des créanciers garantis comme indiqué ci-dessus.

c) Actifs appartenant à des tiers

162. Dans certains pays, les actifs dont un créancier conserve la propriété légale (par exemple, en cas de réserve de propriété ou de contrat de louage) peuvent être distraits de la masse de l'insolvabilité, le principe étant que la loi sur l'insolvabilité devrait respecter le droit de propriété du créancier. Dans quelques-uns de ces pays, la distraction d'un actif peut être soumise aux dispositions de la loi sur l'insolvabilité relatives au traitement des contrats. En règle générale toutefois, la masse comprendra, comme indiqué plus haut dans la définition générale de ce concept, tous droits que le débiteur pourrait avoir sur les actifs appartenant à des tiers. Il arrive que ces actifs, à l'instar des actifs grevés, soient indispensables à la poursuite de l'exploitation de l'entreprise, que ce soit pour son redressement ou pour sa cession dans le cadre d'une liquidation en vue de la poursuite de l'activité. Dans ces cas, il sera avantageux que la loi sur l'insolvabilité prévoie un mécanisme qui permette de soumettre à la procédure d'insolvabilité les actifs appartenant à des tiers, sous réserve de protéger les droits réels du tiers propriétaire et le droit du tiers de contester cette inclusion. Ces questions sont examinées plus en détail au chapitre II.C.

163. S'il ressort des conditions économiques de l'opération que celle-ci est un moyen de financer l'acquisition d'un actif, même si elle prend la forme, par exemple, d'un contrat de louage, certaines lois considèrent cet arrangement comme un prêt assorti d'une sûreté et, en cas d'insolvabilité, le bailleur recevra le même traitement que les autres créanciers garantis. Une opération constituera un moyen de financement lorsqu'à l'expiration du contrat de louage, soit le débiteur pourra conserver l'actif moyennant le versement d'une somme symbolique, soit la valeur résiduelle de l'actif sera négligeable. La loi sur l'insolvabilité peut considérer les

droits du débiteur comme faisant partie de la masse et autoriser le représentant de l'insolvabilité à utiliser l'actif sous certaines conditions, comme décrit au chapitre II.C.

164. Lorsque le droit réel sur des actifs revendiqué par le débiteur est contesté par un tiers, il sera souhaitable que la loi sur l'insolvabilité permette que ces actifs soient provisoirement protégés afin d'en assurer la préservation en attendant que le tribunal détermine qui en est propriétaire. Si celui-ci décide finalement que les actifs n'entrent pas dans la masse, la loi peut aussi traiter la question du préjudice subi par le tiers du fait de la rétention des actifs par le débiteur. Cette question peut également se poser quand un tiers retient des actifs considérés comme entrant dans la masse.

d) Actifs étrangers

165. La question de savoir si les actifs du débiteur situés en dehors du pays où se déroule la procédure entreront ou non dans la masse relève de l'insolvabilité internationale. Elle peut revêtir une importance particulière en cas de redressement, lorsque l'exclusion d'actifs étrangers risque de compromettre sérieusement les chances de réussite de la procédure. Une première approche consiste à considérer qu'il ne devrait 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'appliquerait à tous les actifs du débiteur où qu'ils se situent (approche universelle). L'idée est que l'État appliquant cette approche acceptera une créance déclarée conformément à la loi sur l'insolvabilité d'un autre État. Une autre approche consiste à limiter le champ d'application de la loi sur l'insolvabilité au territoire de l'État qui l'a adoptée (approche territoriale), ce qui oblige à ouvrir autant de procédures qu'il y a de pays où le débiteur a des actifs ou encore des filiales ou des établissements. Une approche un peu différente consiste à déclarer sa propre loi universellement applicable sans toutefois reconnaître le même caractère universel aux lois des autres États.

166. La diversité des approches crée beaucoup d'incertitude et compromet l'efficacité des lois nationales sur l'insolvabilité. Toutefois, à mesure que les différences entre lois sur l'insolvabilité s'estompent et que l'uniformisation progresse, l'approche territoriale se justifie de moins en moins. Il est de plus en plus souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité prévoie l'inclusion dans la masse de tous les actifs du débiteur où qu'ils se trouvent. Or, comme les divergences risquent de subsister pendant quelques temps, la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale établit un régime pour une coopération efficace dans les affaires d'insolvabilité internationale grâce à la reconnaissance des décisions étrangères et à l'accès des représentants étrangers de l'insolvabilité aux procédures judiciaires locales. Le régime a été conçu de façon à être compatible avec tous les systèmes juridiques. Il est examiné plus en détail au chapitre VII.

e) Actifs récupérés

i) Actions en annulation

167. Sera soumis à la procédure un actif ou la valeur d'un actif que le représentant de l'insolvabilité aura récupéré par voie d'action en annulation, lorsque l'opération

a permis à certains créanciers de bénéficier d'un traitement préférentiel, était préjudiciable à la masse de l'insolvabilité ou avait pour objectif d'empêcher des créanciers d'exercer leurs droits collectifs (voir chap. II.F).

ii) Opérations effectuées sans agrément après le dépôt de la demande d'ouverture et après l'ouverture de la procédure

168. De nombreuses lois sur l'insolvabilité contiennent des dispositions qui restreignent la liberté d'un débiteur soumis à une procédure d'insolvabilité de se servir de ses actifs, grevés ou non, sans l'agrément du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité (voir chap. II.B.8 b) et 9). Ces restrictions s'appliqueront généralement après l'ouverture de la procédure mais le peuvent aussi après le dépôt d'une demande d'ouverture, dans les cas où les pouvoirs sur les actifs de la masse sont confiés à un représentant provisoire de l'insolvabilité. Certaines lois sur l'insolvabilité considèrent les opérations non agréées comme nulles et inopposables à la masse de l'insolvabilité et autorisent la récupération des actifs transférés, sauf dans certains cas lorsque le cocontractant a donné une contrepartie ou peut prouver que l'opération n'a pas porté atteinte aux droits des créanciers. D'autres lois sur l'insolvabilité parviennent au même résultat en appliquant des dispositions d'annulation aux contrats non agréés, en fonction de la manière dont est calculée la période suspecte (voir chap. II.F.3).

3. Actifs exclus de la masse de l'insolvabilité

a) Exclusions générales

169. La loi sur l'insolvabilité peut prescrire que certains actifs seront exclus de la masse. Les approches adoptées sur ce point diffèrent suivant les lois. Peuvent être exclus, par exemple, certains actifs appartenant à un tiers qui se trouvent en possession du débiteur à l'ouverture de la procédure, tels que des actifs placés en fiducie et des actifs soumis à un arrangement (contractuel ou autre) qui n'implique pas de transfert de propriété, mais plutôt l'utilisation de ces actifs et leur restitution au propriétaire une fois atteint l'objectif pour lequel ils ont été mis en possession du débiteur[26]. Peuvent aussi être exclus des actifs susceptibles, dans certaines lois, d'être revendiqués, tels que des marchandises qui ont été fournies au débiteur avant l'ouverture de la procédure mais qui n'ont pas été payées et peuvent être récupérées par le fournisseur (sous réserve d'identification et d'autres conditions applicables).

b) Lorsque le débiteur est une personne physique

170. En cas d'insolvabilité d'une personne physique, la loi sur l'insolvabilité peut exclure de la masse certains actifs tels que les gains tirés, postérieurement à la demande d'ouverture, de la prestation de services personnels par le débiteur, les actifs nécessaires au débiteur pour gagner sa vie et les actifs personnels et actifs du ménage, comme le mobilier, les biens d'équipement ménager, la literie, les vêtements et autres actifs nécessaires à la satisfaction des besoins élémentaires du débiteur et de sa famille. De telles exclusions ne seraient généralement pas prévues pour les personnes morales débitrices. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité prévoit des exclusions concernant les actifs d'une personne physique, ceux-ci devraient être clairement identifiés et leur nombre et valeur limités au minimum nécessaire pour

---

[26] Arrangement parfois appelé dépôt ou consignation.

sauvegarder les droits de nature personnelle du débiteur et permettre à celui-ci de mener une vie productive. Pour déterminer ces exclusions, il faudrait probablement prendre en considération les obligations applicables en matière de droits de l'homme, y compris les obligations internationales, qui visent à protéger le débiteur et sa famille et peuvent avoir une incidence sur les exclusions à prévoir[27]. Il faut peut-être aussi tenir compte des effets économiques des exclusions: certaines études montrent que l'exclusion de la totalité ou d'une grande partie des actifs personnels peut favoriser l'entreprenariat et la prise de risque.

Actifs communs

171. Lorsque le débiteur est une personne physique et qu'il est copropriétaire avec son conjoint d'actifs personnels, des approches différentes concernant le traitement de ces actifs sont adoptées par la loi sur l'insolvabilité ou d'autres lois relatives, par exemple, au patrimoine des époux ou à la propriété. Dans certains États fédéraux, cette question peut relever à la fois du droit étatique et du droit fédéral. La relation entre ces autres lois et la loi sur l'insolvabilité peut déterminer la manière dont s'appliqueront certaines dispositions de cette dernière, telles que les dispositions d'annulation.

172. Une approche consiste à exclure totalement les actifs communs de la masse. Une autre consiste, lorsque la procédure est ouverte contre les actifs de l'un des époux, à inclure dans la masse la part des actifs communs appartenant à cet époux si une loi autre que la loi sur l'insolvabilité autorise la division des actifs aux fins d'exécution (dans ce cas, celle-ci ne sera pas régie par la loi sur l'insolvabilité et se fera en dehors de la procédure). Le choix entre l'une ou l'autre approche peut donc dépendre de l'application des lois autres que la loi sur l'insolvabilité et de facteurs tels que la facilité avec laquelle les actifs peuvent être divisés (voir chap. II.C.2).

4. Date de constitution de la masse de l'insolvabilité et regroupement des actifs

173. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier la date à partir de laquelle les actifs 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. Certaines lois prennent comme référence la date d'ouverture de la procédure, d'autres la date de dépôt de la demande d'ouverture ou encore un événement caractéristique de l'insolvabilité motivant la demande. La différence entre ces dates est importante pour le traitement (et surtout la protection) des actifs du débiteur pendant la période comprise entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure. C'est pourquoi, dans certaines lois, la masse est constituée à partir de la date du dépôt de la demande. Dans d'autres, pour des motifs de clarté et de sécurité, elle est constituée à compter de la date d'ouverture, mais le droit du débiteur de disposer de biens pendant la période qui suit le dépôt de la demande est restreint. Les actifs dont le débiteur a disposé pendant cette période peuvent être récupérés par le représentant de l'insolvabilité. Un autre élément à prendre en compte pour la protection des actifs entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure est l'application de dispositions d'annulation et la date à partir de laquelle est calculée la période suspecte (voir chap. II.F.6).

---

[27] En Europe, par exemple, la Convention européenne des droits de l'homme de 1950.

174. Quelle que soit la date choisie, la masse devrait en principe inclure les actifs du débiteur à cette date ainsi que les actifs 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. II.F) ou dans le cours normal des activités de l'entreprise débitrice.

175. Une fois que les actifs devant entrer dans la masse ont été identifiés, il faut les récupérer. La loi sur l'insolvabilité peut, à cette fin, conférer au représentant de l'insolvabilité des pouvoirs lui permettant de prendre le contrôle de ces actifs et imposer l'obligation au débiteur et à d'autres parties intéressées d'aider le représentant de l'insolvabilité et de coopérer avec lui sur ce point. Lorsque les actifs se trouvent à l'étranger, des mesures supplémentaires seront nécessaires, telles que celles prévues dans la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant la masse de l'insolvabilité est:

a) de déterminer les actifs qui seront inclus dans la masse constituée à l'ouverture de la procédure, y compris les droits du débiteur sur les actifs grevés d'une sûreté réelle et sur les actifs appartenant à des tiers;

b) de déterminer les actifs qui seront éventuellement exclus de la masse.

Contenu des dispositions législatives

Actifs constituant la masse

24) La loi devrait indiquer les actifs qui constitueront la masse. Pourraient notamment être inclus:

a) les actifs du débiteur [appartenant[28] au débiteur], y compris les droits du débiteur sur les actifs grevés de sûretés réelles ou sur les actifs appartenant à des tiers [au moment du dépôt de la demande d'ouverture] [à l'ouverture] de la procédure d'insolvabilité;

b) les actifs acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité; et

c) les actifs récupérés au moyen d'une action en annulation ou autre.

25) Dans le cas d'une procédure d'insolvabilité ouverte au lieu du centre des intérêts principaux du débiteur, la loi devrait spécifier que la masse englobe tous les actifs du débiteur où qu'ils se trouvent[29].

---

[28] Le droit de propriété serait déterminé conformément à la loi applicable.

[29] Lorsque la loi suit une approche universelle, comme cela est recommandé dans le présent *Guide*, elle devrait également traiter la question de la reconnaissance des procédures étrangères; voir Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (chap. VII).

Actifs exclus de la masse lorsque le débiteur est une personne physique[30]

26) La loi devrait spécifier les actifs qui sont éventuellement exclus de la masse lorsque le débiteur est une personne physique.

B. Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité

1. Introduction

176. Un objectif essentiel d'un système d'insolvabilité efficace est la mise en place d'un mécanisme de protection garantissant que les actions des diverses parties n'amoindriront pas la valeur de la masse de l'insolvabilité et permettant que la procédure soit 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

177. En ce qui concerne les créanciers, l'un des principes fondamentaux de la loi sur l'insolvabilité est le caractère collectif de la procédure d'insolvabilité, qui exige de protéger les intérêts de tous les créanciers contre l'action individuelle de l'un d'entre eux. De nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient l'imposition d'un mécanisme qui non seulement empêche 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 qui suspend également les actions déjà engagées contre le débiteur et interdit l'introduction de nouvelles actions. 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, pour désigner à la fois une suspension des poursuites et un moratoire visant à retarder l'engagement de poursuites.

i) Liquidation

178. En règle générale, la liquidation consiste essentiellement à vendre tout ou partie des actifs afin que les créanciers puissent être remboursés sur le produit de la réalisation de la masse le plus rapidement possible. La maximisation de la valeur est un objectif prioritaire. L'arrêt des poursuites peut assurer une administration équitable et ordonnée de la procédure de liquidation, 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 actifs à liquider ainsi que la possibilité de voir si l'entreprise peut être cédée en vue de la poursuite de l'activité, les actifs pouvant rapporter davantage s'ils sont vendus collectivement que s'ils le sont séparément. L'arrêt des poursuites permet aussi au représentant de l'insolvabilité de faire le point de la situation du débiteur, notamment des poursuites déjà engagées, et laisse le temps d'examiner pleinement toutes les actions, ce qui augmente les chances d'obtenir un résultat qui ne soit préjudiciable ni pour le débiteur ni pour les créanciers. La difficulté dans une procédure de liquidation est de concilier les intérêts des créanciers garantis, qui détiennent souvent une sûreté sur certains des principaux actifs de l'entreprise, et les intérêts des créanciers chirographaires.

---

[30] Il n'est généralement pas prévu d'exclusions pour les personnes morales débitrices. S'agissant des actifs pouvant être exclus dans le cas de personnes physiques, voir chap. II.3 b).

ii) Redressement

179. Dans une procédure de redressement, l'arrêt des poursuites facilite la continuation de l'exploitation de l'entreprise et 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 d'autres mesures, par exemple, se défaire d'activités non rentables et de contrats onéreux, lorsque cela est nécessaire. Comme dans la liquidation, il permet également d'examiner les actions déjà engagées contre le débiteur. 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 et l'arrêt des poursuites avertissent tous ceux qui traitent avec le débiteur que l'avenir de l'entreprise est incertain, ce qui peut provoquer une crise de confiance et susciter des incertitudes quant aux conséquences que la procédure d'insolvabilité aura pour eux, en tant que fournisseurs, clients et salariés de l'entreprise.

180. Il faudra mettre en balance, d'une part, les avantages immédiats que le débiteur tire d'un arrêt rapide et général des poursuites visant à restreindre les actions des créanciers et, d'autre part, les avantages qu'apporte à plus long terme le fait de limiter l'incidence d'un tel arrêt sur les relations contractuelles entre débiteurs et créanciers, en particulier les créanciers garantis.

3. Portée de l'arrêt des poursuites

a) Poursuites arrêtées

181. 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 actions contre le débiteur et ses actifs, qu'elles soient administratives, judiciaires ou extrajudiciaires, et empêcher les créanciers chirographaires comme les créanciers garantis de faire exécuter leurs droits et les pouvoirs publics d'exercer des droits de priorité. L'arrêt pourrait notamment s'appliquer aux actions ou poursuites contre le débiteur ou en rapport avec ses actifs; aux procédures d'exécution concernant ses actifs, y compris l'exécution d'une décision de justice et les actions visant à rendre opposable ou à réaliser une sûreté réelle; à la récupération, par tout propriétaire ou bailleur, de biens qui sont utilisés par le débiteur, occupés par celui-ci ou en sa possession; au paiement d'une dette contractée par le débiteur avant la date d'ouverture de la procédure ou à la constitution d'une sûreté en garantie de cette dette; au droit du débiteur de transférer des actifs, de les grever ou d'en disposer de toute autre manière (ou éventuellement à l'accomplissement de tels actes en dehors du cours normal des affaires en cas de redressement); au droit d'un cocontractant de mettre fin à un contrat conclu avec le débiteur (sauf lorsque le contrat doit expirer à une date postérieure à celle de l'ouverture)[31]; et à la cessation, à la suspension ou à l'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. VII) 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

---

[31] Afin de laisser au représentant de l'insolvabilité le temps d'évaluer l'importance du contrat pour la procédure et déterminer si celui-ci doit être poursuivi ou rejeté. Voir chap. II.E.

la poursuite desdites actions ou procédures est suspendue" et que "les mesures d'exécution contre les biens du débiteur sont interdites ou suspendues". L'arrêt devrait s'appliquer aux types d'actions individuelles mentionnées ci-dessus, que celles-ci soient engagées devant une juridiction étatique ou un tribunal arbitral[32].

182. La suspension des actions en cours se justifie notamment par le fait que la nécessité pour le représentant de l'insolvabilité de s'impliquer dans ces actions (lorsque le débiteur est dessaisi) risque d'accaparer les ressources dont il a besoin pour administrer la masse. Un jugement par défaut, par exemple, pourrait être rendu contre le débiteur et servir de fondement à un créancier pour faire valoir une créance dans le cadre de la procédure d'insolvabilité, alors que, si le débiteur avait été représenté, l'action aurait pu être abandonnée ou un jugement aurait pu être rendu pour un montant inférieur. Comme la plupart des lois sur l'insolvabilité prévoient un mécanisme de traitement des créances (déclaration, vérification et admission) et de répartition, la plupart des poursuites engagées en rapport avec ces créances en dehors de la procédure d'insolvabilité deviennent superflues. Néanmoins, certaines lois disposent qu'en cas d'arrêt (autrement dit d'interdiction et de suspension) des poursuites contre le débiteur, celles-ci peuvent néanmoins être engagées ou reprises sur décision du tribunal si cela est jugé nécessaire pour préserver une créance ou pour en établir le montant[33].

183. D'autres lois sur l'insolvabilité autorisent l'ouverture ou la reprise des poursuites (sans l'autorisation du tribunal) mais l'application de l'arrêt empêche l'exécution de toute décision en découlant. Certaines lois prévoient que seules certaines actions, comme celles des salariés contre le débiteur, peuvent être engagées ou reprises, mais interdisent toute procédure d'exécution en découlant. Quelques lois font une distinction entre les actions visant à obtenir l'accomplissement ou le non-accomplissement d'un acte (telles que les actions qui visent non pas à obtenir le versement d'une somme d'argent au profit de la masse mais à protéger des intérêts généraux vitaux et urgents ou à empêcher des activités préjudiciables pour l'environnement ou pour la santé et la sécurité publiques) et les actions pécuniaires. Certaines autorisent la poursuite des deux types d'actions, d'autres uniquement la poursuite des premières.

b) Poursuites auxquelles ne s'applique pas l'arrêt

184. À des fins de transparence et de prévisibilité, il est très souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité indique clairement les poursuites qui devront être arrêtées et celles qui ne devront pas l'être, que celles-ci puissent être engagées par des créanciers chirographaires (y compris des créanciers ayant un droit de préférence, 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

---

[32] Il ne sera pas toujours possible, cependant, d'arrêter automatiquement une procédure arbitrale, par exemple lorsque l'arbitrage a lieu dans un autre État et non dans l'État où la procédure d'insolvabilité a été ouverte.

[33] Le paragraphe 3 de l'article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, par exemple, dispose que l'interdiction ou la suspension 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. L'arrêt des poursuites pourrait ne pas s'appliquer notamment: aux droits à compensation et à compensation globale de contrats financiers (voir chap. II.G); aux actions visant à protéger l'intérêt général (par exemple, empêcher la dégradation de l'environnement ou des activités préjudiciables pour la santé et la sécurité publiques); aux actions visant à prévenir les abus, tels que le recours à une procédure d'insolvabilité pour masquer des activités illégales; aux actions intentées pour préserver une créance contre le débiteur; et aux actions contre le débiteur pour préjudice corporel ou aux actions dans le cadre du droit de la famille[34]. Pour ce qui est des actions contre le débiteur pouvant aboutir à l'octroi de dommages-intérêts très élevés, telles que les actions collectives en responsabilité extracontractuelle, il est souhaitable qu'elles soient arrêtées.

c) Créanciers garantis

185. Les droits qui sont touchés par l'arrêt des poursuites varient considérablement selon les lois sur l'insolvabilité. La nécessité de suspendre ou d'interdire les actions des créanciers chirographaires contre le débiteur ou ses actifs 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, respecter le droit de priorité détenu par les créanciers garantis avant la procédure d'insolvabilité sur les actifs grevés; réduire au minimum l'effet de l'arrêt sur la valeur des actifs grevés; et, le cas échéant, faire en sorte que tous les actifs nécessaires au redressement d'une entreprise débitrice viable soient disponibles pour la procédure.

186. 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 l'exécution immédiate par le créancier de ses droits sur l'actif grevé 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 réelles, telle que l'arrêt des poursuites, devra sans doute 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 réelles offrant une protection moindre, il peut être nécessaire d'accroître le prix du crédit pour compenser l'augmentation du risque. Certaines des lois sur l'insolvabilité qui n'appliquent pas l'arrêt des poursuites aux créanciers garantis s'attachent, à la place, à encourager le débiteur et les créanciers à engager des négociations avant l'ouverture de la procédure pour s'entendre sur la marche à suivre.

i) Redressement

187. De plus en plus de lois sur l'insolvabilité reconnaissent toutefois que, dans de nombreux cas, le fait d'autoriser les créanciers garantis à exécuter librement leurs

---

[34] Certaines lois, par exemple, n'appliquent pas l'arrêt des poursuites à l'exécution par le débiteur d'obligations qui sont sans conséquence pour la masse, par exemple l'octroi d'un droit de visite dans une affaire relevant du droit de la famille.

droits contre l'actif grevé peut aller à l'encontre des principaux objectifs de la procédure d'insolvabilité, en particulier en cas de redressement. C'est pourquoi l'arrêt des poursuites s'applique à eux, sous réserve de certaines protections. On notera que l'acceptation de plus en plus fréquente par les banques et d'autres institutions financières de moratoires dans les négociations volontaires de restructuration menées suivant la "méthode de Londres" par exemple (voir première partie, chap. II) peut expliquer en partie le fait que les créanciers garantis acceptent de plus en plus de se soumettre à l'arrêt des poursuites lors de procédures régies par la loi sur l'insolvabilité.

188. Les modalités d'application de l'arrêt des poursuites des créanciers garantis dans la procédure de liquidation varient d'une loi sur l'insolvabilité à l'autre. En règle générale, lorsque le représentant de l'insolvabilité a pour mission de récupérer et de réaliser les actifs et d'en répartir le produit entre les créanciers sous forme de dividende, le créancier garanti peut être autorisé à exécuter librement ses droits sur l'actif grevé pour se rembourser sans nuire à la liquidation des autres actifs. Certaines lois sur l'insolvabilité n'appliquent donc pas l'arrêt des poursuites aux créanciers garantis, au motif que, lorsque les actifs 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 aux créanciers garantis permettrait au représentant de l'insolvabilité d'obtenir davantage de la liquidation et donc de maximiser la valeur des actifs pour l'ensemble des créanciers. Ce sera tout particulièrement le cas lorsque l'entreprise en liquidation peut être cédée en vue de la poursuite de l'activité. Cela peut également être vrai dans certains cas où, même si les actifs 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.

189. Lorsque l'arrêt des poursuites s'étend aux créanciers garantis, une loi sur l'insolvabilité peut comporter des mesures garantissant qu'il ne sera pas porté atteinte à leurs intérêts. Ces mesures peuvent avoir trait à la durée de l'arrêt, à la protection de la valeur des actifs grevés, au paiement d'intérêts et à l'aménagement de l'arrêt lorsque les actifs grevés ne sont pas suffisamment protégés ou qu'ils ne sont pas nécessaires à la cession de la totalité de l'entreprise ou d'une partie de ses unités de production[35].

4. Application discrétionnaire ou automatique de l'arrêt des poursuites

190. 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

---

[35] Lorsqu'un régime s'appliquant aux opérations garanties prévoit un délai de grâce pour l'accomplissement des formalités visant à rendre une sûreté réelle opposable, il faudra aussi examiner si la loi sur l'insolvabilité devrait reconnaître ce délai et ne pas soumettre les créanciers garantis à l'arrêt des poursuites pour qu'ils puissent accomplir lesdites formalités dans les cas applicables (voir Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties).

l'espèce (en ce qui concerne le débiteur, ses actifs et ses créanciers et le moment à partir duquel s'applique l'arrêt) 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 finalement arrêtées; et peut exiger l'application d'un mécanisme, par exemple de mesures provisoires, 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 actifs 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 (au moment soit du dépôt de la demande d'ouverture soit de l'ouverture de la procédure) 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 ordonner de manière discrétionnaire dès la reconnaissance de cette procédure. L'arrêt automatique des poursuites est une caractéristique de nombreuses lois modernes sur l'insolvabilité et peut être combiné avec des dispositions permettant de l'aménager dans des cas spécifiés.

5. Moment à partir duquel s'applique l'arrêt des poursuites

191. 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. Il existe essentiellement deux solutions: arrêter les poursuites à compter du dépôt d'une demande d'ouverture ou les arrêter à compter de l'ouverture de la procédure, des mesures provisoires pouvant dans ce cas être appliquées entre le dépôt de la demande et l'ouverture.

a) Spécification du moment exact à partir duquel l'arrêt des poursuites prend effet

192. Tout d'abord, que les poursuites doivent être arrêtées automatiquement dès le dépôt de la demande ou dès l'ouverture de la procédure, il importe qu'une loi 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. Quelle que soit la solution retenue, la loi sur l'insolvabilité devrait énoncer une règle claire.

b) Application de l'arrêt des poursuites à partir du dépôt d'une demande d'ouverture

193. S'agissant de savoir à partir de quand l'arrêt devrait prendre effet, une 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 fait – 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 loi sur l'insolvabilité prévoie des procédures claires pour obtenir rapidement un aménagement de l'arrêt des poursuites.

c) Application de l'arrêt des poursuites à partir de l'ouverture de la procédure

194. L'approche 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 devrait donc être ouverte.

i) Mesures provisoires

195. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, l'arrêt des poursuites dès l'ouverture de la procédure s'accompagne de mesures provisoires qui s'appliquent entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure pour protéger les actifs du débiteur et les intérêts collectifs des créanciers. Même si la décision d'ouverture est prise rapidement, il se peut que, pendant ce lapse de temps, la situation de l'entreprise débitrice change et que les actifs du débiteur soient dispersés – celui-ci peut être tenté de transférer des actifs hors de l'entreprise et les créanciers, en prenant connaissance de la demande, peuvent intenter une action contre le débiteur pour devancer l'effet de tout arrêt des poursuites susceptible d'être imposé dès l'ouverture de la procédure. L'absence de mesures provisoires dans ces circonstances pourrait compromettre les objectifs de la procédure d'insolvabilité. Ici, comme dans la plupart des cas, les mesures provisoires doivent généralement répondre à un besoin urgent qui doit l'emporter sur le préjudice qu'elles peuvent causer.

196. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité autorise l'octroi de mesures provisoires, elle devra prévoir aussi leur réexamen périodique et, si nécessaire, leur renouvellement par le tribunal et indiquer ce qu'il advient d'elles une fois la procédure d'insolvabilité ouverte. Dans de nombreux cas, il ne sera pas nécessaire de continuer à les appliquer après l'ouverture de la procédure, car les mesures automatiquement applicables dès l'ouverture s'y substitueront. Si, toutefois, ces dernières ne comportent pas de disposition provisoire particulière et que ce type de disposition reste nécessaire après l'ouverture, le tribunal peut dans les cas appropriés proroger les mesures provisoires appliquées avant l'ouverture.

ii) Types de mesures provisoires

197. Des mesures provisoires peuvent être accordées à la demande du débiteur, des créanciers ou de tiers ou être ordonnées d'office par le tribunal. Elles peuvent consister notamment: à nommer un représentant provisoire de l'insolvabilité ou une autre personne (à l'exclusion du débiteur) chargée d'administrer ou de superviser l'entreprise du débiteur et de protéger les actifs et les intérêts des créanciers; à interdire au débiteur de disposer des actifs; à prendre le contrôle de tout ou partie de

ses actifs; à suspendre la réalisation 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 – contre les actifs du débiteur; ou encore à empêcher les créanciers d'engager ou de poursuivre des actions individuelles pour recouvrer leurs créances. Lorsqu'un représentant de l'insolvabilité est nommé à titre de mesure provisoire, il n'aura probablement pas autant de pouvoirs qu'un représentant de l'insolvabilité nommé à l'ouverture de la procédure et sa tâche se limitera sans doute à protéger les actifs et les intérêts des créanciers. Il peut, par exemple, être habilité à utiliser les actifs du débiteur et à en disposer dans le cours normal des affaires et à réaliser tout ou partie des actifs qui, de par leur nature ou d'autres circonstances, sont périssables, susceptibles de se déprécier ou menacés d'une autre manière afin de protéger et de préserver leur valeur. En tout état de cause, on devra peut-être déterminer comment les tâches liées à l'exploitation de l'entreprise se répartissent entre le représentant de l'insolvabilité et le débiteur, en tenant compte du fait qu'à ce stade il n'a pas encore été décidé si une procédure d'insolvabilité devait ou non être ouverte. Lorsque aucune procédure n'est ouverte, il peut en résulter un préjudice énorme pour l'entreprise du débiteur ou les droits des créanciers. En règle générale, le débiteur continuerait d'exploiter son entreprise ainsi que d'utiliser les actifs et d'en disposer dans le cours normal des affaires, sauf restrictions imposées par le tribunal.

iii) Exigences en matière de preuve

198. Du fait que ces mesures sont provisoires par nature et sont accordées avant que le tribunal ait déterminé si les critères d'ouverture ont été satisfaits, la loi peut exiger que le tribunal ait la conviction que le débiteur a des chances de remplir lesdits critères. Lorsque la mesure provisoire est demandée par une partie autre que le débiteur, celle-ci peut être tenue par le tribunal de prouver que la mesure est nécessaire pour préserver la valeur ou éviter la dispersion des actifs du débiteur. En l'espèce, une garantie, sous une forme ou une autre (par exemple sous forme de caution) pour les dépenses, frais ou dommages-intérêts, peut aussi être exigée dans le cas où la procédure ne serait pas ouverte par la suite ou dans celui où la mesure demandée serait préjudiciable à l'entreprise du débiteur. Lorsque les mesures provisoires sont indûment obtenues, il peut être bon d'autoriser le tribunal à imputer les dépenses, frais et dommages-intérêts à la partie ayant demandé les mesures.

iv) Notification de la demande de mesures provisoires et de la décision d'accorder ces mesures

199. La loi sur l'insolvabilité devra peut-être aussi déterminer si une demande de mesures provisoires et une décision d'accorder de telles mesures (y compris le moment auquel ces mesures deviennent applicables) doivent être notifiées et à quelles parties. En règle générale, le débiteur devrait être avisé d'une demande de mesures provisoires et se voir accorder la possibilité de contester cette demande. Ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'il est souhaitable de ne pas aviser le débiteur et d'examiner la demande sans débat contradictoire. De nombreuses lois autorisent l'introduction de demandes de mesures provisoires par voie de requête mais le font généralement à condition que le requérant fournisse une garantie pour les dépenses et dommages-intérêts et qu'il puisse démontrer l'urgence des mesures requises, à savoir qu'un dommage irréparable sera causé si le requérant est tenu de demander lesdites mesures en suivant la procédure habituelle qui exige l'envoi

d'une notification longtemps à l'avance[36]. Cependant, une fois que les mesures provisoires ont été ordonnées sans débat contradictoire, le débiteur aurait généralement le droit d'être avisé de la décision et la possibilité d'être entendu. Compte tenu de la nécessité de ne pas porter inutilement préjudice à un débiteur qui ne fait pas ensuite l'objet d'une procédure d'insolvabilité, une décision d'accorder des mesures provisoires devra sans doute être notifiée uniquement aux parties directement concernées par elle.

v) Aménagement des mesures provisoires

200. Un aménagement des mesures provisoires, par exemple leur modification ou leur mainlevée, peut être nécessaire lorsque les intérêts des personnes auxquelles celles-ci s'appliquent sont lésés. Les cas suivants notamment peuvent exiger un aménagement: marchandises périssables, actions visant à préserver ou à quantifier une créance contre le débiteur et créanciers garantis (voir par. 206 ci-dessous). Cet aménagement ne devra pas pour autant porter préjudice aux intérêts des créanciers dans leur ensemble ou aux actifs du débiteur. Il pourrait être décidé sur demande de la partie lésée ou du représentant de l'insolvabilité ou encore par le tribunal agissant d'office. D'une manière générale, la modification ou la mainlevée des mesures provisoires devrait être notifiée à la personne ou aux personnes concernées et pouvoir être contestée.

6. Durée de l'arrêt des poursuites

a) Créanciers chirographaires

201. De nombreuses lois sur l'insolvabilité appliquent l'arrêt des poursuites aux créanciers chirographaires pendant toute la procédure qu'il s'agisse d'une liquidation ou d'un redressement. En d'autres termes, dans le premier cas, l'arrêt s'appliquerait généralement jusqu'à la liquidation complète des actifs et la clôture de la procédure. Dans le second, certaines lois prévoient l'application de l'arrêt jusqu'à ce que le plan de redressement ait été approuvé et prenne effet, et d'autres jusqu'à complète exécution du plan. Il sera peut-être inutile d'appliquer l'arrêt des poursuites jusqu'à complète exécution du plan car ce dernier devrait prendre en compte les créances des créanciers chirographaires qui seraient liés par lui.

202. Les créanciers chirographaires peuvent bénéficier d'un aménagement de l'arrêt des poursuites dans des cas particuliers, tels que ceux notés plus haut en ce qui concerne la quantification ou la préservation d'une créance (voir chap. II.B.3 a) ci-dessus).

b) Créanciers garantis

i) Redressement

203. Il peut être souhaitable d'appliquer l'arrêt des poursuites aux créanciers garantis pour une durée suffisante afin d'assurer le bon déroulement du redressement sans que les actifs puissent être dissociés avant la fin de la procédure. Pour éviter les retards et favoriser une conclusion rapide de la procédure, il peut être avantageux de limiter l'application de l'arrêt à la durée qui serait raisonnablement

---

[36] Voir les travaux de la CNUDCI sur les mesures provisoires ordonnées à l'appui d'un arbitrage: document A/CN.9/WG.II/WP.119 (Annuaire 2001, Deuxième partie).

nécessaire pour qu'un plan de redressement prenne effet de manière à ne pas arrêter les poursuites pour une période indéterminée ou inutilement longue, à condition que celles-ci ne puissent être arrêtées pendant des années sans qu'un plan ne soit proposé et approuvé. 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 et au traitement de ces droits dans le plan. Une autre possibilité serait de spécifier une période fixe, ce qui a toutefois un inconvénient: cette période ne sera peut-être pas toujours suffisamment longue, selon l'importance et la complexité du redressement et du plan requis, et risque d'être difficile à appliquer. Il y a plusieurs solutions, notamment: fixer une durée limite claire, susceptible de prorogation (voir ci-dessous), ou prévoir un aménagement de l'arrêt des poursuites dans certains cas (voir ci-dessous). Il importe que la loi sur l'insolvabilité soit globalement conçue de manière à favoriser le déroulement rapide et efficace de la procédure et à réduire au minimum la durée pendant laquelle l'arrêt des poursuites sera appliqué aux créanciers garantis, en particulier dans un redressement.

ii) Liquidation

204. En ce qui concerne l'application de l'arrêt des poursuites aux créanciers garantis dans la liquidation, les approches diffèrent d'une loi sur l'insolvabilité à l'autre. Parmi les lois qui appliquent l'arrêt des poursuites aux créanciers garantis, certaines appliquent cet arrêt automatiquement dès l'ouverture de la procédure de liquidation, mais seulement pour une courte période, par exemple 30 ou 60 jours, afin que le représentant de l'insolvabilité puisse accomplir ses tâches et évaluer l'actif et le passif de la masse et déterminer le meilleur moyen de liquider les actifs. Lorsque l'actif grevé est essentiel à la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, certaines lois prévoient la possibilité de proroger l'arrêt au-delà de la période spécifiée. En revanche, lorsque l'actif grevé n'est pas nécessaire à la cession de l'entreprise, l'arrêt peut 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 un aménagement lorsqu'il peut être démontré que la valeur de l'actif grevé diminue et ne peut être maintenue.

7. Prorogation de l'arrêt des poursuites

205. Lorsque l'arrêt s'applique pendant une durée spécifiée, la loi peut prévoir sa prorogation. Dans certains pays, la prorogation de l'arrêt a été une pratique courante si bien que les poursuites ont été arrêtées pendant plusieurs années, ce qui a finalement ôté toute raison d'être à la procédure et détruit toute valeur qui aurait pu être disponible au début pour les créanciers. Pour éviter cette situation, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité énonce des règles claires sur les possibilités de prorogation, en limitant les parties autorisées à la demander et les motifs pour lesquels elle devrait être accordée. Une prorogation peut être accordée, par exemple, à la demande du représentant de l'insolvabilité s'il peut être démontré qu'elle est nécessaire pour maximiser la valeur (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 nuire aux intérêts des créanciers garantis. Afin d'offrir une protection supplémentaire et d'éviter que l'arrêt ne soit appliqué pour une période indéterminée ou inutilement longue, il est souhaitable

qu'une loi sur l'insolvabilité limite la durée de la prorogation et, éventuellement, le nombre de fois que l'arrêt peut être prorogé.

8. Protection des créanciers garantis

206. Comme indiqué ci-dessus, lorsque l'arrêt des poursuites s'applique aux créanciers garantis, la loi sur l'insolvabilité peut prévoir certaines mesures pour protéger leurs intérêts, notamment: limiter la durée de l'arrêt, mais aussi prévoir la mainlevée de l'arrêt et faire en sorte, lorsque le montant de la créance garantie est supérieur ou presque égal à la valeur de l'actif grevé, que cette dernière soit protégée contre toute dépréciation due à l'utilisation de l'actif ou à l'application de l'arrêt. Ces mesures étant liées entre elles, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité adopte une approche cohérente. Lorsque l'arrêt des poursuites s'applique pendant une courte durée, par exemple, il ne sera probablement pas nécessaire que la loi exige la protection de la valeur des actifs grevés. Lorsque l'arrêt s'applique pendant une longue durée, en revanche, la mainlevée de cet arrêt sera sans doute un moyen plus économique que la protection de la valeur de l'actif, à condition que ce dernier ne soit pas nécessaire à la procédure. On peut aussi, bien entendu, protéger plus généralement les intérêts des créanciers garantis, en demandant leur avis sur l'utilisation et la vente des actifs grevés; en versant des intérêts dans la mesure où le produit tiré de l'actif le permet; et en reprenant l'actif lorsque sa valeur est inférieure au montant de la créance garantie. Ces mesures sont examinées dans les sections qui suivent. L'opportunité de mesures visant à protéger la valeur de l'actif grevé devra sans doute être mise en balance avec leur complexité et coût potentiels, et la nécessité pour le tribunal d'être capable de prendre des décisions commerciales difficiles à propos de cette protection. Lorsqu'une telle protection est prévue, il peut être souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité énonce des principes directeurs permettant de déterminer quand et comment les créanciers détenant une sûreté réelle sous une forme ou une autre sur les actifs du débiteur seraient fondés à bénéficier des types de mesures décrits ci-dessous.

a) Aménagement de l'arrêt des poursuites

207. Dans la procédure de liquidation comme dans celle de redressement, il peut être indiqué d'aménager l'arrêt des poursuites dans certains cas – notamment lorsque le montant de la créance garantie dépasse la valeur de l'actif grevé; que le créancier garanti n'est pas protégé contre une dépréciation de l'actif grevé; qu'une telle protection n'est pas possible ou serait trop lourde pour la masse; que l'actif 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 faut protéger ou préserver la valeur de certains actifs, comme les marchandises périssables; ou que, dans le cadre d'un redressement, un plan n'est pas approuvé dans tout délai applicable. Le créancier garanti peut être autorisé à demander un tel aménagement au tribunal ou le représentant de l'insolvabilité (sans l'approbation du tribunal) peut être autorisé à libérer l'actif grevé.

208. Lorsqu'un aménagement de l'arrêt des poursuites est accordé, la loi sur l'insolvabilité peut prévoir la remise de l'actif grevé au créancier garanti, auquel cas cet actif ne fera plus partie de la masse et le créancier sera libre d'exercer ses droits. Dans certaines lois, le représentant de l'insolvabilité est parfois tenu de décider si l'actif devrait être remis au créancier garanti ou s'il peut être abandonné. Selon

l'option choisie, le coût n'est pas le même pour la masse. Par exemple, dans le cas d'un gros équipement, sa remise au créancier peut entraîner des frais de transport pour la masse, alors que son abandon oblige le créancier à payer les frais d'enlèvement.

209. Si les dispositions relatives à l'aménagement de l'arrêt des poursuites visent principalement les intérêts des créanciers garantis, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient qu'un créancier chirographaire peut lui aussi en bénéficier. Par exemple, lorsque les marchandises sont périssables et dans les cas où la loi sur l'insolvabilité n'autorise ni l'introduction ni la poursuite d'actions individuelles, il peut être nécessaire d'assouplir 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.

b) Protection de la valeur

210. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient des dispositions visant spécifiquement à remédier à l'effet négatif de l'arrêt des poursuites sur les créanciers garantis en maintenant la valeur économique des créances garanties pendant la durée de l'arrêt (certaines lois parlent de "protection adéquate").

i) Protection de la valeur de l'actif grevé

211. Il y a plusieurs moyens de maintenir la valeur d'actifs grevés. Une méthode consiste à protéger la valeur de l'actif grevé lui-même, étant entendu que, lors de la liquidation, le produit de la vente de cet actif sera réparti directement entre créanciers à hauteur de la fraction garantie de leur créance. Cette méthode peut exiger l'adoption d'un certain nombre de mesures.

212. Pendant la durée de l'arrêt, il est possible que la valeur de l'actif grevé diminue. Étant donné qu'au moment de la répartition finale le créancier garanti n'exercera son droit de priorité que sur la valeur de l'actif grevé, cette diminution risque de nuire à ses intérêts. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que le représentant de l'insolvabilité devrait protéger les créanciers garantis contre toute dépréciation soit en leur offrant des actifs supplémentaires ou des actifs 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 l'actif grevé 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. Certains pays qui préservent la valeur de l'actif grevé 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 l'actif grevé dépasse le montant de la créance garantie, faute de quoi la compensation pour retard risque de réduire les actifs disponibles pour les créanciers chirographaires. Cette solution peut encourager les prêteurs à demander des sûretés qui protègent suffisamment le montant de leurs créances.

Évaluation des actifs grevés

213. Au centre de la protection se trouve le mécanisme d'évaluation des actifs grevés qui permet au tribunal de décider si et dans quelle mesure les créanciers garantis doivent être protégés contre toute dépréciation pendant la procédure. Cet aspect potentiellement complexe soulève un certain nombre de questions: sur quelle base évaluer les actifs (par exemple valeur d'exploitation ou valeur de liquidation), qui doit les évaluer et en référence à quelle date (par exemple, la date d'ouverture), avec la possibilité de les réévaluer en permanence. Selon une première méthode, l'évaluation se fait, du moins dans un premier temps, d'un commun accord entre les parties (le débiteur ou le représentant de l'insolvabilité et le créancier garanti). D'autres lois prévoient différentes méthodes judiciaires. Par exemple, au lieu d'évaluer lui-même les actifs, le tribunal peut indiquer un mode d'évaluation et confier la tâche à des experts compétents. Cette évaluation pourrait s'appuyer sur des principes clairs énoncés dans la loi sur l'insolvabilité. Le tribunal peut aussi, éventuellement après une première estimation du représentant de l'insolvabilité, déterminer la valeur des actifs en se fondant sur certains éléments de preuve (notamment étude des marchés, situation du marché et témoignages d'experts). Certaines lois exigent une évaluation marchande de l'actif par voie de vente, le prix le plus élevé sur le marché étant obtenu par un appel d'offres ou une vente aux enchères. Cette technique d'évaluation s'applique moins à la protection de la valeur de l'actif grevé ou du montant de la créance garantie (voir ci-dessous) qu'à la disposition des actifs de la masse par le représentant de l'insolvabilité. L'évaluation est également utile pour l'opération consistant, à l'ouverture de la procédure, à enregistrer tous les actifs et les passifs et à établir le solde net de la position du débiteur (voir chap. V.A.3 b) iii)).

214. Dans certaines procédures de liquidation, le représentant de l'insolvabilité peut juger nécessaire d'utiliser ou de vendre des actifs grevés (voir 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. De même, dans une procédure de redressement, il peut avoir tout intérêt à vendre des actifs grevés de même nature pour obtenir les fonds de roulement nécessaires. Ainsi, lorsque la valeur de l'actif grevé est préservée pour protéger les créanciers garantis, il peut être souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité donne au représentant de l'insolvabilité la possibilité de fournir au créancier une sûreté de remplacement équivalente, par exemple un privilège sur un autre actif ou sur le produit de la vente de l'actif grevé, ou de verser l'intégralité de la valeur des actifs servant à garantir la créance soit immédiatement soit selon un plan de versement convenu. D'autres approches ont essentiellement trait à l'utilisation du produit de la vente des actifs grevés (voir chap. II.C). Certaines lois prévoient que le tribunal peut interdire au représentant de l'insolvabilité d'utiliser ce produit dans l'immédiat ou dans l'avenir. D'autres lois accordent aux créanciers garantis un aménagement de l'arrêt des poursuites afin qu'ils exercent leurs voies de droit individuelles en ce qui concerne ce produit, ou lorsque le créancier garanti ou le tribunal n'autorise pas l'utilisation du produit, tiennent l'entreprise débitrice, sa direction ou encore le représentant de l'insolvabilité personnellement responsables du montant du produit, ou considèrent ce dernier comme une dette non susceptible de remise.

ii) Protection du montant de la fraction garantie de la créance

215. Un deuxième moyen de protéger les intérêts des créanciers garantis est de protéger le montant de la fraction garantie de la créance. Dès l'ouverture de la procédure, l'actif grevé fait l'objet d'une évaluation, sur la base de laquelle est déterminé le montant de la fraction garantie de la créance du créancier. 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.

9. Restrictions à la disposition des actifs par le débiteur

216. Outre les mesures visant à protéger la masse de l'insolvabilité contre les actions des créanciers et des tiers, les lois sur l'insolvabilité (comme indiqué ci-dessus, voir chap. II.A.2 e)) prévoient généralement des dispositions destinées à limiter le droit du débiteur de se servir des actifs de la masse. Ces dispositions s'appliqueront généralement après l'ouverture de la procédure mais peuvent, dans certains cas, également s'appliquer entre le dépôt d'une demande d'ouverture et l'ouverture elle-même. Par exemple, lorsqu'un représentant provisoire de l'insolvabilité est nommé avant l'ouverture de la procédure à titre de mesure provisoire, le débiteur sera probablement supervisé ou contrôlé par celui-ci et aura généralement des pouvoirs limités sur ses actifs. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, les dispositions ne s'appliqueront entre le dépôt et l'ouverture que lorsque la demande émane des créanciers, car une demande formée par le débiteur entraînera automatiquement l'ouverture de la procédure.

217. 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, soit conservera un pouvoir, quoique limité, d'exploiter son entreprise au jour le jour et ne pourra conclure des opérations que dans le cours normal des affaires. Les opérations n'entrant pas dans cette catégorie, comme la vente d'actifs importants, peuvent être soumises à autorisation du représentant de l'insolvabilité, du tribunal ou, dans certains cas, des créanciers[37].

218. Lorsque le débiteur réalise une opération non agréée entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure ou après l'ouverture, tout bien transféré devrait, en règle générale, être restitué au représentant de l'insolvabilité et toute obligation créée serait inopposable à la masse. Des problèmes peuvent toutefois se poser en ce qui concerne le cocontractant, en particulier lorsque celui-ci a conclu l'opération de bonne foi et a donné une contrepartie en échange de ce qu'il a reçu. C'est pourquoi certaines lois sur l'insolvabilité considèrent ces opérations comme valables dans certains cas, par exemple, lorsqu'un bien immeuble a été transféré avant que l'ouverture de la procédure n'ait été notifiée par inscription sur le registre approprié ou lorsqu'un tiers détenant certains actifs du débiteur les a transférés à une autre partie de bonne foi sans savoir qu'une procédure d'insolvabilité avait été ouverte. Tout en servant à protéger un tiers de bonne foi, une telle disposition aura pour effet de réduire les actifs potentiellement disponibles pour les créanciers. Aussi

---

[37] D'autres aspects de ces opérations sont examinés au chapitre II.A.2 e), C et E.7.

est-il souhaitable que, si une telle disposition est insérée dans une loi sur l'insolvabilité, elle soit étroitement limitée. Le délai entre l'ouverture de la procédure et sa notification pouvant être un facteur déterminant dans la réalisation de tels transferts, il est essentiel que l'obligation de notifier l'ouverture se traduise par une notification rapide et effective (voir chap. I.B).

219. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient des dispositions d'annulation (voir chap. II.F) pour les contrats conclus et les opérations réalisées par le débiteur entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure sans que la loi sur l'insolvabilité, le représentant de l'insolvabilité, le tribunal ou les créanciers (selon le cas) l'y autorisent et appliquent la période suspecte rétroactivement depuis l'ouverture de la procédure.

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant la protection et la préservation de la masse est:

a) d'établir des mesures garantissant que la valeur de la masse ne sera pas réduite par les actions du débiteur, de créanciers ou de tiers;

b) de déterminer la portée de ces mesures et les parties auxquelles elles s'appliquent;

c) d'établir comment, quand et combien de temps ces mesures s'appliqueront;

d) d'établir les motifs justifiant leur aménagement.

Contenu des dispositions législatives

Mesures provisoires[38]

27) La loi devrait spécifier que le tribunal peut prononcer, à la demande du débiteur, de créanciers ou de tiers, des mesures provisoires, lorsque celles-ci sont nécessaires pour protéger et préserver la valeur des actifs du débiteur[39] ou les intérêts des créanciers, ces mesures s'appliquant entre le dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure[40]. Ces mesures peuvent notamment être les suivantes:

a) interdire ou suspendre les mesures d'exécution contre les actifs du débiteur, y compris [les mesures visant à rendre des sûretés réelles opposables aux tiers] ou la réalisation de sûretés réelles;

---

[38] Le présent texte suit les articles correspondants de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, voir l'article 19 de cette loi.

[39] Les actifs visés aux alinéas a) à c) sont uniquement ceux qui entreraient dans la masse de l'insolvabilité.

[40] La loi devrait indiquer à partir de quand prend effet une décision d'accorder des mesures provisoires, par exemple au moment où la décision est rendue, rétroactivement à partir du début du jour où la décision a été rendue ou à un autre moment spécifié.

b) confier l'administration ou la supervision de l'entreprise du débiteur, y compris éventuellement le pouvoir d'utiliser des actifs et d'en disposer dans le cours normal des affaires, à un représentant de l'insolvabilité ou à une autre personne[41] nommée par le tribunal;

c) confier la réalisation de tout ou partie des actifs du débiteur à un représentant de l'insolvabilité ou à une autre personne nommée par le tribunal, afin de protéger et préserver la valeur de ces actifs lorsque, de par leur nature ou en raison d'autres circonstances, ils sont périssables, susceptibles de se déprécier ou autrement menacés; et

d) prononcer toute autre mesure du même type que les mesures applicables automatiquement à l'ouverture de la procédure.

Indemnisation en rapport avec les mesures provisoires

28) La loi peut habiliter le tribunal:

a) à exiger de la personne demandant les mesures provisoires qu'elle verse une indemnité et, s'il y lieu, qu'elle paie les coûts ou frais; ou

b) à imposer des sanctions en rapport avec une demande de mesures provisoires.

Répartition des droits entre le débiteur et le représentant de l'insolvabilité

29) La loi devrait indiquer clairement comment les droits et obligations se répartissent entre le débiteur et tout représentant de l'insolvabilité nommé à titre de mesure provisoire. Entre le dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure, le débiteur est autorisé à continuer d'exploiter son entreprise ainsi qu'à utiliser les actifs et à en disposer dans le cours normal des affaires, sauf restrictions imposées par le tribunal.

Notification

30) La loi devrait spécifier que, sauf si le tribunal en limite ou en exclut la nécessité, une notification appropriée sera adressée aux parties intéressées qui sont concernées:

a) par une demande de mesures provisoires ou une décision judiciaire d'accorder des mesures provisoires (y compris une demande de réexamen et de modification ou de mainlevée); et

b) par une décision judiciaire d'accorder des mesures supplémentaires applicables dès l'ouverture.

31) La loi devrait spécifier que, s'ils ne sont pas avisés de la demande de mesure provisoire, le débiteur ou une autre partie intéressée touchée par cette mesure ont le droit d'être entendus sur le maintien ou non de la mesure [dans un nombre spécifié

---

[41] Les mots "autre personne" figurant aux alinéas b) et c) de la recommandation 27) n'englobent pas le débiteur.

de jours] [s'il ou elle en fait la demande d'urgence] [dans un délai raisonnable] [sans tarder][42].

Modification ou fin des mesures provisoires

32) La loi devrait spécifier que le tribunal, agissant d'office ou à la demande du représentant de l'insolvabilité, du débiteur, d'un créancier ou de toute autre personne touchée par les mesures provisoires, peut réexaminer et modifier ou lever ces mesures.

Fin des mesures provisoires à l'ouverture de la procédure

33) La loi devrait spécifier que les mesures provisoires prennent fin lorsque les mesures applicables à l'ouverture de la procédure prennent effet, sauf si elles sont maintenues par le tribunal.

Mesures applicables à l'ouverture de la procédure

34) La loi devrait spécifier que, à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité[43]:

a) l'ouverture des actions ou des procédures individuelles[44] visant les actifs, les droits ou les obligations du débiteur, est interdite et la poursuite desdites actions ou procédures est suspendue;

b) [les actions visant à rendre des sûretés réelles opposables aux tiers] ou la réalisation de sûretés réelles sont interdites ou suspendues[45];

c) les mesures d'exécution ou autres voies de droit contre les actifs de la masse sont interdites ou suspendues;

d) le droit d'un cocontractant de mettre fin à tout contrat conclu avec le débiteur est suspendu[46]; et

e) le droit de transférer tout actif de la masse, de le grever ou d'en disposer autrement est suspendu[47].

---

42 Tout délai fixé dans la loi devrait être bref pour éviter la dépréciation de l'entreprise débitrice.

43 Ces mesures prendraient généralement effet au moment où est rendue la décision d'ouverture.

44 Voir l'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 34) 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.

45 Lorsque le régime s'appliquant aux opérations garanties prévoit un délai de grâce pour l'accomplissement des formalités visant à rendre une sûreté réelle opposable, il faudra examiner si la loi sur l'insolvabilité devrait reconnaître ce délai et ne pas appliquer l'arrêt des poursuites aux créanciers garantis pour qu'ils puissent accomplir ces formalités dans les cas applicables (voir Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties).

46 Voir chap. II.D 2) a). La présente recommandation ne vise pas à interdire qu'il soit mis fin à un contrat si celui-ci prévoit qu'il doit arriver à expiration à une date postérieure à celle de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

47 S'agissant de la limitation du droit de transférer des actifs de la masse, de les grever ou d'en disposer autrement, une exception peut être prévue dans les cas où le débiteur est autorisé à continuer d'exploiter l'entreprise et peut transférer des actifs, les grever ou en disposer autrement dans le cours normal des affaires.

Exceptions à l'application de l'arrêt des poursuites

35) La loi peut autoriser des exceptions à l'application des interdictions ou suspensions prévues dans la recommandation 34), auquel cas ces exceptions devraient être clairement indiquées. L'alinéa a) de la recommandation 34) ne devrait pas affecter le droit d'engager des actions ou procédures individuelles, dans la mesure où cela est nécessaire pour préserver une créance contre le débiteur[48].

Mesures supplémentaires pouvant être prononcées à l'ouverture de la procédure

36) La loi devrait spécifier que le tribunal peut prononcer des mesures en sus des mesures applicables à l'ouverture de la procédure[49].

Durée des mesures automatiquement applicables à l'ouverture de la procédure

37) La loi devrait spécifier que les mesures applicables à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité auront effet pendant toute la procédure d'insolvabilité:

a) jusqu'au prononcé de leur aménagement par le tribunal[50];

b) dans une procédure de redressement, jusqu'à la prise d'effet d'un plan de redressement[51];

c) s'agissant des créanciers garantis dans une procédure de liquidation, jusqu'à expiration d'une période fixe spécifiée par la loi[52], à moins que le tribunal ne proroge cette période s'il est montré que:

i) une prorogation est nécessaire pour maximiser la valeur des actifs dans l'intérêt des créanciers; et

ii) les créanciers garantis seront protégés contre une dépréciation de l'actif grevé.

Aménagement des mesures applicables à l'ouverture de la procédure

38) La loi devrait spécifier qu'un créancier garanti peut demander au tribunal de prononcer un aménagement des mesures applicables à l'ouverture de la procédure pour certains motifs, dont notamment les suivants:

a) l'actif grevé n'est pas nécessaire à un éventuel redressement ou à une éventuelle cession de l'entreprise débitrice;

---

[48] Voir le paragraphe 3 de l'article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et les paragraphes 151 et 152 du *Guide* pour son incorporation dans le droit interne. En cas de problème concernant la quantification d'une créance, il peut être demandé au tribunal d'examiner si l'arrêt des poursuites peut être aménagé afin qu'une action ou une procédure puisse être engagée pour trancher la question.

[49] Les mesures supplémentaires pouvant être prononcées seront fonction des types de mesures prévues dans une législation particulière et des mesures, en sus de celles applicables à l'ouverture, qui pourraient être appropriées dans une procédure d'insolvabilité donnée.

[50] L' aménagement devrait être prononcé pour les motifs indiqués dans la recommandation 38).

[51] Un plan peut prendre effet dès son approbation par les créanciers ou après sa confirmation par le tribunal, selon les conditions posées par la loi (voir les recommandations du chapitre V.A).

[52] L'arrêt des poursuites ne devrait s'appliquer aux créanciers garantis que pendant une courte période, de l'ordre de 30 à 60 jours, et cette période devrait être clairement spécifiée dans la loi.

b) [lorsque le montant de la créance garantie dépasse la valeur de l'actif grevé,] l'actif grevé se déprécie et le créancier garanti n'est pas protégé contre cette dépréciation;

c) dans le cas d'un redressement, aucun plan n'a été approuvé dans tout délai applicable.

Protection contre la dépréciation de l'actif grevé

39) La loi devrait spécifier qu'un créancier garanti peut demander au tribunal de bénéficier d'une protection. Lorsque la valeur de l'actif grevé n'excède pas le montant de la créance garantie ou sera insuffisante pour rembourser cette créance si celui-ci se déprécie durant l'imposition des mesures applicables à l'ouverture de la procédure, cette protection peut notamment prendre la forme:

a) de versements en espèces effectués par la masse;

b) de la constitution de sûretés supplémentaires; ou

c) d'autres moyens déterminés par le tribunal.

C. Utilisation et disposition des actifs

1. Introduction

220. Bien qu'en règle générale il soit souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité ne lèse pas indûment les droits de propriété des tiers ou les droits réels des créanciers garantis, il sera souvent nécessaire, pour que l'objectif de la procédure puisse être atteint, de continuer à utiliser des actifs de la masse et des actifs en possession du débiteur dont se sert l'entreprise ou à en disposer (y compris en les grevant). Cela vaudra tout particulièrement pour les procédures de redressement, mais aussi pour les procédures de liquidation lorsque l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité ou encore lorsque l'entreprise à liquider doit être maintenue pendant une brève période afin de maximiser la valeur des actifs, même si ceux-ci doivent être vendus séparément. Pour ces raisons, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité contienne des dispositions sur l'utilisation ou la disposition des actifs (y compris grevés) de la masse et des actifs appartenant à des tiers, fixe les conditions d'utilisation ou de disposition de ces actifs et prévoie la protection des intérêts des tiers propriétaires et des créanciers garantis. Il faudra peut-être tenir compte du fait, lorsqu'on élabore de telles dispositions, que d'autres lois peuvent avoir une incidence sur l'utilisation de ces pouvoirs en cas d'insolvabilité. En particulier, les lois qui refusent aux étrangers le droit de propriété dans certains secteurs de l'économie ou limitent ce droit peuvent avoir pour effet de réduire le prix susceptible d'être obtenu de certains actifs et, partant, les sommes à répartir entre créanciers.

2. Actifs de la masse de l'insolvabilité

a) Cours normal des affaires

221. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, les personnes habilitées à utiliser les actifs de la masse et à en disposer et les protections exigées varient selon que l'utilisation et la disposition s'inscrivent ou non dans le cours normal des affaires de

l'entreprise débitrice. Par exemple, les décisions concernant l'utilisation et la disposition de biens dans le cours normal des affaires peuvent être prises par le représentant de l'insolvabilité[53] sans qu'il soit nécessaire d'en aviser les créanciers ou d'en référer au tribunal, alors que l'utilisation et la disposition en dehors du cours normal des affaires peuvent être soumises à l'approbation du tribunal ou des créanciers. Certaines lois accordent le droit d'utilisation et de disposition à un débiteur sous la supervision ou le contrôle d'un représentant de l'insolvabilité ou à un débiteur non dessaisi.

222. Pour traiter tout problème lié à l'exercice par le représentant de l'insolvabilité des pouvoirs d'utilisation et de disposition et parer au risque d'abus ou de détournements, il est possible d'énoncer des critères de désignation et d'exiger le versement d'une caution en garantie, solution que de nombreuses lois sur l'insolvabilité ont adoptée (voir aussi chap. III.B), mais également de prendre d'autres mesures relatives à la responsabilité du représentant de l'insolvabilité.

223. La distinction, dans la loi sur l'insolvabilité, entre les actes de disposition réalisés dans le cours normal des affaires et ceux réalisés en dehors peut faciliter la continuation de l'exploitation de l'entreprise au jour le jour tant dans une procédure de redressement que dans une procédure de liquidation où celle-ci doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité, sans l'inconvénient d'avoir à soumettre la conduite des activités courantes à l'approbation du tribunal. L'obligation de faire approuver les actes de disposition sortant du cadre normal des affaires peut être un moyen de prévenir les abus, tels que les actes de disposition en faveur de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur. La loi sur l'insolvabilité doit toutefois indiquer clairement ce qu'il faut entendre par "opérations dans le cours normal des affaires" pour éviter les litiges et garantir le déroulement rapide et efficace de la procédure (pour un examen de ce qui peut constituer une opération réalisée dans le cours normal des affaires, voir chap. II.F.2).

224. Certaines lois sur l'insolvabilité établissent également une distinction entre divers types d'actifs et prévoient, pour chacun de ces types, des modalités d'utilisation et des conditions différentes. Des dispositions spéciales peuvent s'appliquer, par exemple, aux actifs périssables ou autres actifs qui se déprécieront s'ils ne sont pas vendus rapidement, aux liquidités ou aux biens possédés conjointement par le débiteur et une autre personne ou aux biens grevés d'une sûreté réelle détenus par le débiteur.

b) Méthodes de vente

225. Lorsque des actifs de la masse doivent être vendus, il importe que, indépendamment de la partie qui sera tenue de superviser la vente, la méthode de vente choisie maximise la valeur de la masse et que les créanciers soient dûment avisés de la vente, de sorte qu'ils puissent contester celle-ci devant le tribunal s'il s'y opposent. Différentes approches sont adoptées pour atteindre ces objectifs. De nombreuses lois sur l'insolvabilité exigent que les actifs soient vendus aux enchères,

---

[53] L'exercice de ces droits par le représentant de l'insolvabilité dépend des fonctions que lui confère la loi sur l'insolvabilité et peut être limité, par exemple, lorsque le représentant joue le rôle de fiduciaire ou de superviseur. Il dépend aussi de la façon dont les tâches sont réparties entre le débiteur et le représentant de l'insolvabilité (voir chap. III.A et B) après l'ouverture de la procédure, en particulier de redressement.

certaines laissant au comité des créanciers ou à un autre représentant des créanciers ou encore au représentant de l'insolvabilité la faculté d'approuver une autre méthode de vente, par exemple par contrat de gré à gré, si elle rapporte plus.

226. Comme indiqué plus haut, certaines lois sur l'insolvabilité donnent le pouvoir de vendre les actifs dans le cours normal des affaires 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 lois 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 de gré à gré au lieu d'une vente aux enchères publiques, la loi peut exiger que la vente soit supervisée de manière adéquate par le tribunal ou qu'elle soit expressément approuvée par les créanciers. D'autres lois sur l'insolvabilité attribuent au tribunal un rôle important dans la vente des actifs, 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 lois sur l'insolvabilité traitent aussi de questions telles que la vente d'actifs à un créancier pour compenser sa créance et la vente d'actifs du débiteur se trouvant en la possession d'un tiers à ce tiers, à un prix raisonnable compte tenu du marché. Lorsque les actifs risquent de perdre rapidement leur valeur, par exemple lorsqu'ils sont périssables, susceptibles de dépréciation ou menacés d'une autre manière, il peut s'avérer difficile d'aviser les créanciers ou d'obtenir leur approbation et celle du tribunal dans de brefs délais. Dans ce cas, il peut être souhaitable de prévoir dans la loi que l'approbation préalable n'est pas nécessaire. La vente pourrait être confirmée une fois réalisée mais il ne serait pas possible de l'annuler ou de la modifier (sauf en cas de fraude ou de collusion) en raison de l'insécurité qui en résulterait sur le plan contractuel et de la nature même des actifs qui peut réduire les chances de revente.

227. Même si l'on peut penser qu'une loi sur l'insolvabilité devrait, pour éviter la collusion, expressément interdire une vente à des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, il n'est sans doute pas nécessaire d'interdire absolument ce type de vente, dès lors que celle-ci est convenablement supervisée et soigneusement examinée avant d'être autorisée, pour éviter la fraude et la collusion. Pour cette supervision ou cet examen, il faudra peut-être prévoir des règles plus strictes concernant l'évaluation des actifs et la révélation des relations d'affaires.

228. Lorsqu'il est probable que la vente des actifs dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité rapportera moins que la vente d'actifs similaires aux conditions normales du marché, une loi sur l'insolvabilité peut prévoir un certain nombre de mesures procédurales de protection pour assurer l'équité, la maximisation du prix de vente ainsi que la transparence et une large publicité des actes de disposition. Ces mesures de protection peuvent consister notamment: à aviser les créanciers et les acheteurs potentiels de sorte que l'information ait des chances de parvenir aux parties intéressées; à autoriser les créanciers à soumettre leurs objections ou leurs problèmes (soit au représentant de l'insolvabilité soit au tribunal, selon qu'il convient); à exiger que les actifs soient évalués par des professionnels objectifs et indépendants (en particulier dans le cas de biens immeubles et de biens spécialisés); et, en cas de vente aux enchères, à exiger une présélection des enchérisseurs et des prix minimums, s'il y a lieu, et à prévenir et sanctionner la collusion entre enchérisseurs.

c) Utilisation ou disposition d'actifs grevés

229. Une loi sur l'insolvabilité devra traiter la question de l'utilisation ou de la disposition (autre que par constitution d'une nouvelle sûreté) des actifs grevés et, en particulier, indiquer si c'est le représentant de l'insolvabilité ou le créancier garanti qui sera habilité à vendre ces actifs. Dans une large mesure, l'approche adoptée diffère selon que la loi sur l'insolvabilité inclut ou non les actifs grevés dans la masse de l'insolvabilité: dans la négative, le créancier garanti sera généralement libre de réaliser sa sûreté réelle; dans l'affirmative, l'approche varie d'une loi à l'autre. Dans certains cas, elle dépend de l'application d'autres dispositions de la loi sur l'insolvabilité ainsi que d'autres lois, telles que celles relatives à l'arrêt des poursuites (pendant l'arrêt seul le représentant de l'insolvabilité peut disposer des actifs) et de la possibilité ou non de vendre des actifs grevés libres de tout droit réel. L'approche retenue peut aussi dépendre de la nature de la vente proposée: vente séparée ou vente s'inscrivant dans la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité. Certaines lois sur l'insolvabilité, par exemple, prévoient que seul le représentant de l'insolvabilité sera habilité à disposer des actifs grevés tant en cas de liquidation qu'en cas de redressement. D'autres comportent des dispositions différentes selon qu'il s'agit d'une liquidation ou d'un redressement; le représentant de l'insolvabilité sera habilité à disposer des actifs en cas de redressement, mais en cas de liquidation, ce pouvoir sera limité dans le temps et à l'expiration de la période d'exclusivité du représentant de l'insolvabilité, le créancier garanti pourra exercer ses droits. Quelle que soit l'approche adoptée, une loi sur l'insolvabilité devrait contenir des dispositions exigeant la notification des créanciers garantis et leur donnant la possibilité de contester. Toutefois, lorsque le montant de la créance est supérieur à la valeur de l'actif ou que l'actif n'est pas nécessaire pour la procédure, le représentant de l'insolvabilité peut être autorisé à renoncer à l'actif grevé en faveur du créancier garanti sans l'en aviser.

230. Une loi sur l'insolvabilité devrait aussi énoncer les conditions pour la constitution d'une nouvelle sûreté, sous réserve des sûretés réelles existantes, la plus courante d'entre elles étant que le créancier garanti existant ait la priorité sur tout nouveau créancier garanti pour la fraction garantie de sa créance (voir chap. II.D.3).

d) Faculté donnée au représentant de l'insolvabilité de vendre les actifs libres de tout droit réel

231. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que le représentant de l'insolvabilité peut vendre les actifs de la masse libres de tout droit réel, y compris de sûretés réelles, sous certaines conditions. Il faudra, par exemple, que la vente soit autorisée par les lois autres que la loi sur l'insolvabilité; que le titulaire du droit réel soit avisé de la vente proposée et y consente; que le prix de vente soit supérieur à la valeur de la sûreté réelle; que le titulaire de la sûreté réelle puisse être contraint (à l'issue d'une autre procédure judiciaire) d'accepter des espèces ou une sûreté de remplacement équivalente à titre de désintéressement; et que la priorité des droits réels sur le produit de la vente soit préservée. Certaines lois prévoient également que si le titulaire de la sûreté réelle ne consent pas à la vente, le représentant de l'insolvabilité pourra s'adresser au tribunal pour demander l'autorisation de vendre. 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 de ses créanciers et qu'elle ne portera pas gravement préjudice au titulaire du droit réel. Même si le tribunal approuve la vente, si le prix proposé pour l'actif était insuffisant, la loi pourrait donner au titulaire de la sûreté réelle le droit de compenser ce prix pour protéger son droit réel.

232. Autoriser le représentant de l'insolvabilité à vendre des actifs libres de tout droit réel présente certains avantages: la vente d'actifs grevés risque de rapporter bien moins et d'apporter beaucoup d'incertitude à l'acheteur. Lorsque les actifs grevés sont revendiqués par plusieurs parties à la fois (par exemple propriétaire, bailleur ou titulaire d'un privilège), cette possibilité donnée au représentant permet de vendre des actifs (lorsqu'ils ne sont pas uniques) sans attendre que le litige entre les revendiquants soit réglé, ceux-ci pouvant ensuite contester la répartition du produit de la vente.

e) Actifs communs

233. Lorsque des actifs appartiennent, sous une forme quelconque de propriété conjointe ou de copropriété, au débiteur et à une autre personne, différentes approches peuvent être adoptées concernant la disposition du droit réel du débiteur. Si le droit commun permet la division des actifs entre le débiteur et le copropriétaire aux fins d'exécution, le droit réel revenant à la masse de l'insolvabilité peut être vendu sans que cela ait d'incidence pour le copropriétaire. Certaines lois sur l'insolvabilité, toutefois, autorisent le représentant de l'insolvabilité à vendre à la fois le droit réel revenant à la masse et celui du copropriétaire lorsque certaines conditions sont remplies. Ces conditions peuvent être, notamment, que la division des biens entre la masse et le copropriétaire soit impossible, que la vente séparée rapporte beaucoup moins à la masse qu'une vente globale des biens libres des droits réels du copropriétaire, et que les avantages pour la masse d'une telle vente l'emportent sur le préjudice que pourrait subir le copropriétaire. La loi sur l'insolvabilité peut également donner au copropriétaire une possibilité ou un droit d'acheter le droit réel du débiteur avant que la vente à une autre partie ne soit menée à terme. Comme noté plus haut (chap. II.A.2), la disposition de ces actifs dans le cadre de l'insolvabilité peut dépendre de l'application d'autres lois.

f) Actifs constituant une charge, actifs sans valeur et actifs difficilement réalisables

234. Il peut être conforme à l'objectif de maximisation de la valeur et de réduction des coûts de la procédure d'autoriser le représentant de l'insolvabilité à abandonner le droit réel de la masse sur certains actifs, y compris des terrains, actions, actifs grevés de sûretés réelles valables, contrats, etc., lorsque celui-ci estime que l'abandon est dans l'intérêt de la masse, et qu'en outre un créancier garanti obtient un aménagement de l'arrêt des poursuites. L'exercice de ce pouvoir peut être soumis à l'approbation du tribunal et à certaines conditions, à savoir, notamment que cet abandon ne porte pas atteinte à des intérêts généraux supérieurs, par exemple lorsque l'actif est dangereux pour l'environnement ou pour la santé et la sécurité publiques. Cette approche peut se justifier notamment dans les situations suivantes: lorsque les actifs n'ont pas de valeur ou ont une valeur insignifiante pour la masse; lorsqu'ils sont grevés de telle sorte que leur maintien dans la masse nécessiterait des dépenses excessives qui excéderaient leur valeur de réalisation ou engendrerait une obligation lourde ou une obligation de paiement; ou lorsque les actifs sont

invendables ou difficilement vendables par le représentant de l'insolvabilité, du fait par exemple qu'ils sont uniques ou n'ont pas de marché ou de valeur marchande évidents. Les créanciers devraient être avisés de toute proposition du représentant de l'insolvabilité de renoncer à des actifs et pouvoir s'y opposer.

g) Créances de sommes d'argent

235. Lorsque la masse comprend des créances de sommes d'argent (le droit contractuel du débiteur au paiement d'une certaine somme), il peut être avantageux que le représentant de l'insolvabilité soit habilité à céder ce droit afin d'obtenir, par exemple, une contrepartie pour la masse ou un crédit. Différentes approches de la question de la cession de créances dans le contexte de l'insolvabilité sont adoptées (voir chap. II.D). Certaines lois sur l'insolvabilité spécifient que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité rend les clauses d'incessibilité nulles et non avenues. D'autres renvoient la question au droit commun des contrats. Si le contrat comporte une clause d'incessibilité, il ne peut être cédé sans l'accord des parties au contrat initial. Certaines lois prévoient également que si la partie au contrat initial ne donne pas son consentement à la cession, le représentant de l'insolvabilité pourra céder le contrat avec l'autorisation du tribunal s'il peut être démontré que cette partie refuse son consentement sans raison valable. 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 des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (2001)[54].

3. Actifs appartenant à des tiers

236. Dans certains cas d'insolvabilité, des actifs appartenant à des tiers, à l'instar des actifs grevés, peuvent être indispensables au maintien de l'entreprise, en particulier dans le cadre d'un redressement mais aussi, dans une moindre mesure, dans certaines procédures de liquidation où l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité. Dans ces cas, il sera avantageux qu'une loi sur l'insolvabilité prévoie un mécanisme qui permette l'utilisation continue de ces actifs dans la

---

[54] Article 9. Limitations contractuelles de la cession:

1. La cession d'une créance a effet nonobstant toute convention entre le cédant initial ou tout cédant subséquent et le débiteur ou tout cessionnaire subséquent, limitant d'une quelconque manière le droit du cédant de céder ses créances.

2. Aucune disposition du présent article n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité du cédant découlant de la violation d'une telle convention, mais l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat initial ou le contrat de cession. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle en avait connaissance.

3. Le présent article s'applique uniquement aux cessions de créances:

a) Nées d'un contrat initial visant la fourniture ou la location de biens meubles corporels, la prestation de services autres que des services financiers ou la réalisation de travaux de construction ou encore la vente ou la location d'immeubles;

b) Nées d'un contrat initial de vente, de location ou de concession de licence d'un droit de propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle ou d'informations protégées ayant une valeur commerciale;

c) Représentant l'obligation de paiement au titre d'une opération sur carte de crédit; ou

d) Exigibles par le cédant lors du règlement net des sommes dues en vertu d'une convention de compensation regroupant plus de deux parties.

procédure d'insolvabilité. Certaines lois sur l'insolvabilité traitent cette question dans le cadre des dispositions indiquant les types d'actifs devant entrer dans la masse de l'insolvabilité (voir chap. II.A.2 c) et 3 a)). D'autres l'abordent dans le cadre des dispositions relatives au traitement des contrats (voir chap. II.E), lorsque le débiteur est en possession de l'actif en vertu d'un arrangement contractuel. Elles peuvent, par exemple, limiter le droit de mettre fin audit arrangement (voir chap. II.E.2 a)) ou encore empêcher le propriétaire de récupérer ses actifs en cas d'insolvabilité (du moins sans l'approbation du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité) pendant une durée limitée après l'ouverture de la procédure en imposant un arrêt des poursuites.

237. Lorsque des actifs appartenant à des tiers sont utilisés dans la procédure d'insolvabilité, une loi sur l'insolvabilité devra envisager de protéger les droits réels du propriétaire contre toute dépréciation des actifs, de la même manière que les créanciers garantis sont protégés contre toute diminution de la valeur des actifs grevés (voir chap. II.B.3 b)). Il est souhaitable que la masse paie une certaine somme en contrepartie des avantages qu'elle tire de la poursuite de l'utilisation de l'actif et que cette somme soit considérée comme une dépense d'administration de la masse (voir chap. II.E).

4. Traitement du produit en espèces

238. Lorsque des actifs grevés "liquides", autrement dit des actifs, tels que les stocks, aisément convertibles en espèces, sont vendus pendant la procédure d'insolvabilité, la plupart des lois prévoient qu'un créancier garanti ayant un droit réel sur un actif grevé conserve un droit réel équivalent sur toutes espèces obtenues de la disposition dudit actif.

239. Ce produit en espèces peut constituer pour la masse de l'insolvabilité une source importante de financement durant la procédure d'insolvabilité, en particulier en cas de redressement, et peut être utilisé à diverses fins liées à l'exploitation de l'entreprise, telles que payer l'électricité et d'autres services. Deux possibilités s'offrent généralement au représentant de l'insolvabilité: soit le produit en espèces peut être utilisé avec le consentement du créancier garanti concerné suivant les modalités convenues entre les parties soit, après notification des créanciers concernés, le débiteur peut demander au tribunal de l'autoriser à utiliser le produit. En général, le tribunal se renseignera sur trois éléments avant de donner son autorisation: la sûreté réelle constituée et la valeur du bien grevé; le risque couru par le créancier garanti; et l'existence de mesures suffisantes pour protéger la valeur économique de la créance garantie (voir chap. II.B.8 b)).

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant l'utilisation et la disposition d'actifs est:

a) d'autoriser l'utilisation d'actifs, y compris d'actifs grevés et d'actifs appartenant à un tiers, dans la procédure d'insolvabilité et de spécifier les conditions de leur disposition;

b) de fixer les limites des pouvoirs d'utilisation et de disposition;

c) de prévoir la notification aux créanciers de l'acte de disposition proposé, s'il y a lieu;

d) de prévoir le traitement des actifs constituant une charge.

Contenu des dispositions législatives

Pouvoir d'utiliser les actifs de la masse et d'en disposer

40) La loi devrait autoriser:

a) l'utilisation et la disposition des actifs de la masse (y compris des actifs grevés de sûretés réelles) dans le cours normal des affaires;

b) l'utilisation ou la disposition des actifs de la masse (y compris des actifs grevés de sûretés réelles) en dehors du cours normal des affaires, sous réserve des conditions prévues dans les recommandations 41) et 44).

Notification et publicité des actes de disposition

41) La loi devrait spécifier que les créanciers[55] reçoivent dûment notification de tout acte de disposition effectué en dehors du cours normal des affaires et qu'ils ont la possibilité de s'y opposer.

42) La loi devrait spécifier que les enchères publiques font l'objet d'une publicité telle qu'il soit probable que les parties intéressées soient informées.

Faculté de vendre des actifs de la masse libres de toutes charges et autres droits réels

– *Vente dans le cours normal des affaires*

43) La loi peut autoriser le représentant de l'insolvabilité à vendre des actifs de la masse libres de toutes charges et autres droits réels dans le cours normal des affaires, à condition:

a) qu'il notifie la vente proposée aux titulaires de charges ou d'autres droits réels;

b) que les titulaires aient la possibilité de s'opposer à la vente proposée;

c) que l'arrêt des poursuites soit maintenu;

d) que l'ordre de priorité des droits réels sur le produit de la vente de l'actif soit préservé.

– *Vente en dehors du cours normal des affaires*

[44) La loi peut autoriser le représentant de l'insolvabilité à vendre des actifs de la masse libres de toutes charges et autres droits réels en dehors du cours normal des affaires dès lors que les conditions énoncées dans les recommandations 41) et 43) sont remplies.]

---

[55] Lorsque les actifs utilisés dans la procédure d'insolvabilité sont grevés, cette utilisation sera également soumise à la recommandation 43).

Méthodes générales de vente

45) La loi devrait spécifier des méthodes de vente en dehors du cours normal des affaires qui permettront de tirer le meilleur prix des actifs vendus dans le cadre de la procédure d'insolvabilité et autoriser à la fois les enchères publiques et les ventes de gré à gré.

Ventes d'urgence

46) La loi devrait autoriser les ventes d'urgence en dehors du cours normal des affaires, lorsque, de par leur nature ou en raison d'autres circonstances, les actifs sont périssables, susceptibles de se déprécier ou autrement menacés. La loi peut prévoir que l'approbation préalable du tribunal ou des créanciers n'est pas nécessaire dans ce cas.

Disposition d'actifs en faveur de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur

47) La loi devrait exiger que tout acte de disposition qu'il est proposé d'effectuer en faveur de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur soit attentivement examiné avant d'être autorisé.

Actifs constituant une charge

48) La loi devrait permettre au représentant de l'insolvabilité de décider comment traiter les actifs constituant une charge pour la masse. En particulier, elle peut autoriser le représentant de l'insolvabilité à renoncer aux actifs constituant une charge après que les créanciers en ont été avisés et ont eu la possibilité de s'opposer à l'action proposée, sauf lorsque le montant d'une créance garantie excède la valeur de l'actif grevé, et que l'actif n'est pas nécessaire au redressement ou à la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, auquel cas la loi peut permettre au représentant de l'insolvabilité de renoncer à l'actif en faveur du créancier garanti sans en aviser les autres créanciers.

D. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

1. Besoin de financement postérieur à l'ouverture de la procédure

240. La poursuite de l'exploitation 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 actifs. Dans certains cas, il 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 il dispose grâce à l'arrêt des poursuites et à la cessation des paiements concernant les créances antérieures à l'ouverture de la

procédure. Lorsqu'il 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 par des vendeurs de biens et de services, de prêts ou d'autres formes de financement accordés par des prêteurs.

241. 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. Au-delà de cette période initiale, en particulier dans une procédure de redressement, la disponibilité d'un nouveau financement sera également importante après l'ouverture de la procédure et avant l'examen du plan; 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.

242. Bien qu'il puisse être souhaitable pour la procédure que le débiteur soit en mesure d'obtenir de nouveaux prêts, un certain nombre de pays limitent la fourniture d'argent frais lorsqu'il y a insolvabilité ou n'abordent pas expressément la question d'un nouveau financement ou de la priorité de son remboursement, ce qui est une source d'incertitude. En vertu de certaines lois, par exemple, un nouveau financement ne peut être accordé que sur la base d'une sûreté, car il est interdit d'appliquer un traitement préférentiel à un nouveau financement. Faute d'actifs non grevés que le débiteur pourrait proposer comme sûreté ou de valeur excédentaire sur des actifs déjà grevés, il n'y aura pas de nouveau financement, à moins que le prêteur ne soit disposé à prendre le risque d'octroyer un prêt sans garantie ou qu'un tel prêt puisse être obtenu de sources telles que la famille du débiteur ou de sociétés du groupe. Un financement avant l'ouverture de la procédure peut aussi soulever des questions délicates concernant l'application de pouvoirs d'annulation et la responsabilité tant du prêteur que 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 ou que l'avance pourra être susceptible d'annulation dans toute procédure d'insolvabilité qui s'ensuit. Dans d'autres lois, le représentant de l'insolvabilité est tenu d'emprunter l'argent, ce qui peut poser des questions de responsabilité personnelle concernant le remboursement.

243. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité encourage le recours à une procédure d'insolvabilité qui impose à l'entreprise insolvable de poursuivre ses activités, qu'il s'agisse d'un redressement ou d'une cession de l'entreprise en liquidation en vue de la poursuite de l'activité, il est indispensable d'aborder la question d'un nouveau financement et d'examiner les limitations telles que celles qui sont exposées ci-dessus. Une loi sur l'insolvabilité peut admettre la nécessité d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, l'autoriser et prévoir le remboursement du prêteur 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 l'inciter à prêter. Il importe également d'examiner l'impact sur les créanciers garantis qui peuvent voir les actifs non garantis restants disparaître pour constituer une sûreté en vue d'un nouveau financement, ce qui ne laisserait rien à distribuer, en particulier si le redressement devait échouer.

244. Outre les questions de disponibilité et de sûreté ou de priorité pour ce qui est des nouveaux prêts, il faudra que la loi sur l'insolvabilité examine l'autorisation nécessaire pour obtenir ce nouveau financement (voir l'analyse plus approfondie ci-dessous) et, lorsque le redressement échoue et que la procédure est convertie en liquidation, le sort des fonds qui ont pu être avancés avant la conversion (voir plus loin).

2. Sources du financement postérieur à l'ouverture de la procédure

245. 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 postérieur 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

246. Il y a différents moyens d'attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure et d'en garantir le remboursement, dont la constitution d'une sûreté sur des actifs non grevés ou partiellement grevés ou bien, lorsque cela n'est pas possible, l'établissement d'une priorité.

a) Constitution d'une sûreté

247. 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, lorsque la valeur de ce dernier est nettement supérieure au montant de l'obligation garantie préexistante. Dans ce cas, le créancier garanti antérieur n'a en général besoin d'aucune protection particulière, car ses droits ne seront pas lésés, sauf si les circonstances changent par la suite (par exemple si la valeur des actifs grevés commence à s'éroder) et il conservera son rang de priorité antérieur à l'ouverture, à moins qu'il n'en convienne autrement. Les seuls actifs non grevés pouvant être disponibles pour garantir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure seront souvent des actifs récupérés par le biais d'une procédure d'annulation.

b) Établissement d'une priorité

248. Lorsque les solutions dont il vient d'être question ne sont pas suffisantes ou ne peuvent être proposées, par exemple parce qu'il n'y a pas d'actifs 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 pour encourager l'octroi d'un nouveau financement.

249. 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 chap. V.B), 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 sa responsabilité personnelle puisse alors être engagée dans une certaine mesure, ce qui ne l'incite guère, lorsque c'est le cas, à rechercher de nouveaux financements.

250. 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 contre toute diminution de la valeur économique des actifs grevés, y compris par une valeur suffisante de la fraction non grevée de l'actif, de manière que les créanciers garantis antérieurs ne soient pas exposés à un risque déraisonnable de voir leur position affectée au-delà du "superprivilège". Dans certains systèmes juridiques, toutes ces options visant à attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure sont disponibles. En règle générale, la valeur économique des droits des créanciers garantis antérieurs devraient être protégés, afin qu'ils ne subissent pas de préjudice excessif. Si nécessaire (et comme cela a déjà été dit à propos de la protection de la masse de l'insolvabilité, voir chap. II.B.8), un moyen peut être d'effectuer des versements périodiques ou de constituer des sûretés sur d'autres actifs se substituant à tous actifs susceptibles d'être utilisés par le débiteur ou grevés pour obtenir un nouveau financement.

4. Autorisation d'un financement postérieur à l'ouverture

251. Il peut être souhaitable de lier la question de l'autorisation au préjudice qui risque de résulter, ou à l'avantage susceptible de découler, d'un nouveau financement. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité permettent au représentant de l'insolvabilité de déterminer qu'un nouveau financement est nécessaire pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise, ou pour la préservation ou l'augmentation de la valeur de la masse, et indiquent que le représentant de l'insolvabilité (ou un débiteur en possession lorsque cette approche est adoptée) peut obtenir un crédit non garanti sans l'approbation du tribunal ou des

créanciers, alors que d'autres exigent une telle approbation dans certaines circonstances. Étant donné qu'un nouveau financement peut être nécessaire de façon assez urgente pour assurer la continuité de l'entreprise, il est souhaitable que le nombre d'autorisations exigées soit maintenu au minimum, encore qu'une loi sur l'insolvabilité puisse naturellement adopter une approche hiérarchique, selon la sûreté ou la priorité à fournir. Bien qu'en général le fait d'exiger l'intervention du tribunal puisse 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.

252. La question de la constitution d'une sûreté sur des actifs non grevés ou sur des actifs qui ne sont pas entièrement grevés ne devrait pas, en général, exiger l'approbation du tribunal. Lorsque la loi sur l'insolvabilité établit le niveau de priorité qui peut généralement être donné, par exemple un privilège d'administration, l'approbation du tribunal peut ne pas être requise. Si elle devait être considérée comme nécessaire, une solution intermédiaire pourrait consister à fixer un seuil au-delà duquel elle l'est. Toutefois, lorsque la sûreté ou la priorité à accorder a une incidence sur les intérêts, par exemple, des créanciers garantis antérieurs, et que ces derniers n'appuient pas ce qui est proposé, l'approbation du tribunal devrait être requise. Lorsque les créanciers garantis consentent à ce que le traitement de leurs sûretés soit revu, elle peut ne pas l'être.

5. Effets de la conversion

253. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que toute sûreté constituée à l'occasion d'un nouveau prêt peut être annulée dans une liquidation ultérieure et peut entraîner une responsabilité pour retard de l'ouverture de la liquidation ou risque d'atteinte aux intérêts des créanciers. L'inconvénient de cette approche est qu'elle est susceptible de dissuader d'engager un redressement. Une approche plus souhaitable peut être de prévoir que les créanciers auxquels priorité est donnée en échange de l'obtention d'un nouveau financement la conserveront dans toute liquidation ultérieure. Selon une autre approche encore, la priorité sera reconnue dans une liquidation ultérieure, mais ne se verra peut-être pas accorder le même rang et peut venir, par exemple, après les créances afférentes à l'administration de la liquidation ou être au même rang que les dépenses afférentes à l'administration de la procédure.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet de dispositions relatives au financement postérieur à l'ouverture de la procédure est:

a) de faciliter l'obtention d'un financement pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise du débiteur ou pour préserver ou augmenter la valeur des actifs entrant dans la masse;

b) d'assurer une protection appropriée à ceux qui fournissent un financement postérieurement à l'ouverture de la procédure;

c) d'assurer une protection appropriée aux parties dont les droits peuvent être lésés par l'octroi d'un financement postérieurement à l'ouverture de la procédure.

Contenu des dispositions législatives

49) La loi devrait faciliter l'obtention par le représentant de l'insolvabilité d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure lorsqu'il considère qu'un tel financement est nécessaire pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise du débiteur ou pour préserver ou augmenter la valeur des actifs entrant dans la masse. La loi peut exiger une autorisation du tribunal ou des créanciers (ou du comité des créanciers).

Garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

50) La loi devrait permettre la constitution d'une sûreté en garantie du remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, notamment d'une sûreté sur des actifs non grevés, y compris des actifs acquis après l'ouverture de la procédure, ou d'une sûreté de rang inférieur constituée sur des actifs déjà grevés de la masse.

51) La loi[56] devrait spécifier qu'une sûreté constituée sur les actifs entrant dans la masse pour garantir le remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure ne prime pas une sûreté antérieure sur les mêmes actifs, sauf si le représentant de l'insolvabilité obtient l'accord du (des) créancier(s) garantis(s) antérieur(s) ou s'il applique la procédure décrite dans la recommandation 52).

52) La loi devrait spécifier que, lorsque le créancier garanti antérieur ne donne pas son accord, le tribunal peut autoriser la constitution d'une sûreté primant les sûretés antérieures, sous réserve que soient remplies certaines conditions, notamment:

a) que la possibilité ait été donnée au créancier garanti antérieur d'être entendu par le tribunal;

b) que le débiteur puisse prouver qu'il ne peut obtenir le financement par un autre moyen;

c) que les intérêts du créancier garanti antérieur soient protégés[57], notamment que la valeur de la fraction non grevée de l'actif soit suffisante pour que le créancier garanti antérieur ne soit pas exposé à un risque déraisonnable de préjudice.

Droit de préférence accordé au financement postérieur à l'ouverture de la procédure

53) La loi 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

---

[56] Cette règle peut figurer dans une loi autre que la loi sur l'insolvabilité, auquel cas cette dernière devrait noter l'existence de la disposition.

[57] Voir chap. II.B.8

ordinaires, y compris les créanciers chirographaires qui bénéficient d'un privilège d'administration.

Effet de la conversion sur le financement postérieur à l'ouverture de la procédure

54) Lorsqu'une procédure de redressement est convertie en liquidation, la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que toute priorité accordée à un financement postérieur à l'ouverture de la procédure devrait continuer à être reconnue dans le cadre de la liquidation[58].

E. Traitement des contrats

1. Introduction

254. À mesure qu'une économie se développe, une part croissante de sa richesse tend à reposer sur des contrats. C'est pourquoi le traitement des contrats revêt une importance capitale dans l'insolvabilité. Deux difficultés majeures se posent dans l'élaboration de principes juridiques en la matière. La première tient au fait que, à la différence de tous les autres actifs entrant dans la masse de l'insolvabilité, les contrats sont généralement attachés à des engagements ou à des droits, à savoir que le débiteur doit souvent s'acquitter d'une obligation ou effectuer un paiement pour bénéficier de droits qui constituent des actifs potentiellement précieux. De ce fait, des décisions délicates doivent être prises concernant le traitement qui sera le plus rentable pour la masse. 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.

255. Afin de maximiser la valeur des actifs de la masse, de réduire les engagements et, dans le cas d'un redressement, de permettre au débiteur de survivre et de poursuivre son activité dans toute la mesure possible sans interruption, il peut être nécessaire de tirer parti des contrats qui sont avantageux et augmentent la valeur de la masse (y compris ceux qui permettront de continuer d'utiliser des biens essentiels qui peuvent appartenir à un tiers) et de dénoncer ceux qui sont trop lourds à gérer ou dont l'exécution coûte 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 pouvoir 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 si l'on exige de lui qu'il exécute le contrat, il lui suffira de respecter les engagements contractés avant l'insolvabilité. Dans de nombreux systèmes, il ne sera pas autorisé à se soustraire à l'exécution du contrat, bien qu'il puisse être fondé à recevoir l'assurance que le prix

---

[58] Il n'est pas nécessaire que soit reconnu le même ordre de priorité. Par exemple, dans certaines lois, le financement postérieur à l'ouverture peut être primé par les créances afférentes aux frais d'administration de la liquidation.

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.

256. Avant de décider du traitement à accorder aux contrats dans la procédure d'insolvabilité, il faut déterminer l'importance relative à attribuer, 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. Il peut être nécessaire de prendre en compte un certain nombre d'intérêts concurrents afin de trouver un équilibre approprié entre les objectifs généraux d'ordre, les objectifs de l'insolvabilité et le besoin de prévisibilité dans les relations commerciales. Ces intérêts comprennent notamment l'importance relative du redressement et la participation des créanciers garantis à l'insolvabilité; les préoccupations sociales particulières liées à certains types de contrats, comme les contrats de travail (voir ci-dessous); l'effet de l'autorisation d'intervenir dans la poursuite de l'exécution des contrats à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité 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 de coûter cher et d'être difficile à obtenir); ainsi que la mesure dans laquelle les pouvoirs d'influer sur l'exécution des contrats favorisera la réutilisation des actifs.

257. Lorsque la loi sur l'insolvabilité permet d'influer sur l'exécution des contrats dans des cas qui peuvent contredire les principes contractuels généraux, il faut en outre examiner l'étendue de ces pouvoirs ainsi que les catégories de contrats concernées. 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 pour les marchandises livrées. Aucune règle spéciale n'est nécessaire dans le cas où une seule 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 chap. V.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, que ces contrats peuvent être soumis à l'arrêt des poursuites d'une manière qui empêche le cocontractant d'exercer un droit de résiliation et être continués ou rejetés (ou éventuellement cédés, cette option n'étant toutefois pas fréquemment autorisée). En règle générale, c'est au représentant de l'insolvabilité qu'il revient de décider comment le contrat devrait être traité. Les législations diffèrent toutefois sur le point de savoir si l'approbation d'un tribunal est également requise.

258. Dans le cas d'un redressement, dont l'objectif est de permettre au débiteur de survivre et de poursuivre ses activités dans la mesure du possible, la continuation des contrats qui sont rentables ou essentiels pour l'entreprise du débiteur et augmentent la valeur de la masse peut être cruciale pour le succès de la procédure. Il peut s'agir notamment de contrats portant sur la fourniture de marchandises et de services essentiels ou des contrats concernant l'utilisation de biens indispensables pour la poursuite de l'exploitation de l'entreprise, y compris des biens appartenant à des tiers. De même, 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. Dans le cas d'une liquidation, la continuation des contrats après l'ouverture de la procédure est peut-être moins nécessaire que dans celui d'un redressement, sauf lorsque le contrat est susceptible d'accroître la valeur de l'entreprise du débiteur ou d'un actif 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.

259. 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 l'insolvabilité ne soit utilisée dans le but précis d'éliminer expressément la protection que ces contrats offrent aux salariés. Les autres catégories de contrats pouvant exiger un traitement particulier comprennent les contrats financiers (voir chap. II.H), 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, ainsi que les contrats de prêt et les contrats d'assurance.

2. Clauses de résiliation automatique

260. De nombreux contrats contiennent une clause qui définit les cas de défaut d'exécution donnant au cocontractant un droit inconditionnel, par exemple, de résilier le contrat ou d'en exiger l'exécution anticipée (clauses parfois dites "ipso facto"). Ces cas de défaut d'exécution comprennent généralement le dépôt d'une demande d'ouverture ou l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité; la nomination d'un représentant de l'insolvabilité; le fait que le débiteur satisfait aux critères d'ouverture de la procédure d'insolvabilité; et même des indices selon lesquels le débiteur est dans une position financière affaiblie. Certaines lois reconnaissent la validité de telles clauses. Dans les cas où il est souhaitable qu'un contrat continue d'être exécuté après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, cela ne sera possible que si le cocontractant ne choisit pas, ou peut être convaincu de ne pas choisir, d'exercer ses droits découlant du contrat ou si la loi sur l'insolvabilité comprend un mécanisme susceptible d'être utilisé pour le convaincre de permettre la continuation du contrat. Un tel mécanisme peut consister par exemple à disposer qu'il sera payé en priorité pour des services fournis après l'ouverture de la procédure (dans certaines lois sur l'insolvabilité, 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).

261. 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); 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 particulier d'un contrat qui concerne un bien incorporel.

262. Une approche différente consiste à reconnaître qu'une clause autorisant la résiliation ou l'exécution anticipée d'un contrat quand survient un cas de défaut d'exécution défini, comme ceux qui sont indiqués ci-dessus, est annulée par le seul effet de la loi sur l'insolvabilité, et le contrat continue malgré l'objection du cocontractant. Dans un premier temps, le droit de résiliation du cocontractant sera soumis à l'arrêt des poursuites, ce qui donnera au représentant de l'insolvabilité le temps d'examiner le contrat et de décider quelle mesure devrait être prise. Bien que l'on puisse considérer que l'approche permettant d'annuler des clauses de résiliation porte atteinte aux principes généraux du droit des contrats, cela est essentiel au succès de la procédure. Dans un redressement, où, par exemple, le contrat portera sur la location de biens indispensables ou sur l'utilisation de droits de propriété intellectuelle associés à un produit clef, la continuation du contrat 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, au profit de tous les créanciers, de la valeur des contrats du débiteur et d'impliquer tous les créanciers dans un redressement.

263. Dans le cas d'une liquidation, 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 gains; 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.

264. Bien que certaines lois sur l'insolvabilité autorisent effectivement l'annulation des clauses de résiliation si la procédure d'insolvabilité est ouverte, ce type de clauses ne s'est pas encore généralisé. 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 des contrats. Même si la question, à l'évidence, 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 au succès de la procédure de redressement et aussi, mais 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. Pour ces raisons, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité autorise la possibilité d'annuler de telles clauses. 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 d'insolvabilité, ou inclure des exceptions à une annulation générale de clauses de résiliation automatique pour certains types de contrats, tels que les contrats de prêt d'argent et, en particulier, les contrats financiers (voir chap. II.H).

265. 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.

3. Continuation ou rejet des contrats

a) Procédure pour la continuation ou le rejet des contrats

266. Les lois sur l'insolvabilité adoptent des règles différentes concernant la continuation et le rejet 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 le pouvoir exprès d'annuler des clauses de résiliation automatique (voir plus haut) ou de rejeter un contrat.

267. D'autres lois lient la continuation et le rejet dans une procédure commune, dans laquelle, par exemple, le représentant de l'insolvabilité est tenu de prendre des décisions explicites à l'égard d'un contrat, telles qu'aviser le cocontractant que le contrat doit être continué (et dans certains cas adoptés par la masse de l'insolvabilité) ou rejeté. En vertu des lois qui adoptent cette approche, l'arrêt des poursuites devrait s'appliquer au droit du cocontractant de résilier, de manière à laisser le temps au représentant de l'insolvabilité d'examiner quelle mesure devrait être prise à l'égard du contrat (voir chap. II.B). 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. Le fait d'exiger un choix explicite pour chaque contrat risque aussi d'être excessivement lourd et coûteux. Une autre difficulté tient à la question de savoir si le représentant de l'insolvabilité est ou non bien informé de tous les contrats auxquels le débiteur est partie, et s'il est en mesure, par conséquent, de se prononcer sur chacun d'eux. La manière dont la loi traite des contrats dont le représentant de l'insolvabilité n'a pas connaissance, en particulier pour ce qui des règles par défaut, est donc importante.

i) Fixation de délais

268. Certaines lois exigeant une décision explicite fixent aussi un délai (avec une possibilité de prorogation dans certaines circonstances), qui serait généralement plus long dans le cas du redressement que dans celui de la liquidation, et qui, dans la pratique, va de 28 à 60 jours. D'autres lois prévoient que le délai sera fixé par le tribunal. Cette approche vise à assurer la sécurité juridique 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 poursuite de l'exécution du contrat dans un délai raisonnable après l'ouverture de ladite procédure.

ii) Règles par défaut

269. Un certain nombre de lois adoptent une règle par défaut selon laquelle l'absence de décision du représentant de l'insolvabilité dans le délai spécifié conduit à ce que le contrat soit considéré, par exemple, comme étant rejeté ou inexécutable. Lorsqu'une telle règle est adoptée, il pourra être nécessaire de faire une distinction entre liquidation et redressement, ainsi qu'entre les contrats dont le représentant de l'insolvabilité a connaissance et ceux dont il ne connaît pas l'existence. Dans la liquidation, du fait que l'on peut raisonnablement supposer que l'absence de décision de la part du représentant de l'insolvabilité implique très probablement une décision de rejeter le contrat, les contrats pourraient être automatiquement rejetés sauf si est prise la décision de les préserver. Ce résultat serait dans la logique de l'objectif de la liquidation lorsqu'il est nécessaire de vendre les actifs séparément.

270. La même hypothèse ne serait peut-être pas appropriée dans le cas d'un redressement ou de la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, et 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. En conséquence, il est peut-être indiqué 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.

iii) Droit du cocontractant de demander une décision

271. Certaines lois prévoient que le cocontractant a un droit inconditionnel de demander au représentant de l'insolvabilité de prendre une décision concernant un contrat particulier dans un délai spécifié. Une telle règle peut s'appliquer même quand la loi sur l'insolvabilité fixe au représentant de l'insolvabilité un délai pour prendre une décision, car elle permettra au cocontractant de demander une décision sans attendre que ce délai ait expiré. Cela peut être particulièrement important lorsque le contrat en question implique une prestation continue et que l'inaction du représentant de l'insolvabilité risque d'entraîner l'accumulation de dépenses inutiles (par exemple, la location de biens 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). Lorsque aucune décision n'est prise par le représentant de l'insolvabilité dans le délai spécifié, la loi sur l'insolvabilité peut autoriser le cocontractant soit à saisir le tribunal pour exiger qu'une décision soit prise soit appliquer une règle par défaut selon laquelle le contrat est considéré comme continué ou rejeté.

iv) Continuation du contrat dans son ensemble

272. Quelles que soient les règles adoptées en ce qui concerne la continuation ou le rejet 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.

v) Contrats dont le représentant de l'insolvabilité a connaissance

273. Il est également souhaitable que les droits du représentant de l'insolvabilité à l'égard des contrats soient limités à ceux dont lui-même ou le tribunal ont connaissance (lorsque la loi sur l'insolvabilité exige que le tribunal prenne des 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. Lorsque le représentant de l'insolvabilité ignore l'existence d'un contrat particulier, il n'est peut-être pas souhaitable non plus que la loi applique une règle par défaut qui conduira à la continuation ou au rejet avant que le représentant de l'insolvabilité ait eu la possibilité d'évaluer le contrat. Une solution (dans la mesure ou le débiteur y consent) consisterait à prescrire dans la loi que le débiteur est tenu de fournir au représentant de l'insolvabilité une liste des contrats qui n'ont pas été entièrement exécutés (voir chap. III.A.4.b)).

b) Date et notification de la continuation et du rejet

274. Lorsque la loi autorise le représentant de l'insolvabilité à rejeter un contrat, il sera souhaitable d'établir à partir de quand le rejet prendra effet, à savoir la date de la prise de décision ou rétroactivement. Une approche consiste à appliquer le rejet rétroactivement à partir de la date de la demande, de sorte qu'il n'y aura pas de responsabilité découlant du contrat postérieurement à la demande, sauf pour les biens et services fournis après la demande au profit de la masse.

275. Lorsque la loi exige que le représentant de l'insolvabilité prenne une décision quant à la continuation ou au rejet d'un contrat, il est souhaitable qu'elle exige également la notification de cette décision au(x) cocontractant(s). La notification devrait informer le cocontractant de ses droits, y compris le droit de contester la décision du représentant de l'insolvabilité et de déclarer une créance dans le cadre de la procédure d'insolvabilité (pour défaut d'exécution avant l'ouverture ou découlant de la décision concernant le contrat), y compris les formalités y afférentes.

c) Continuation de contrats en cas de défaut d'exécution du débiteur

276. En cas d'inexécution du contrat par le débiteur au moment où est demandée l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, se pose la question de savoir s'il est équitable d'obliger le cocontractant à continuer, dans ces circonstances, de traiter avec un débiteur insolvable. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que l'exécution d'un tel contrat peut être poursuivie pour le reste du contrat à condition que le représentant de l'insolvabilité répare tout défaut d'exécution de la part du débiteur (rétablir le cocontractant dans la situation économique qui était la sienne avant l'inexécution) et garantisse l'exécution future en fournissant, par exemple, un cautionnement ou une garantie. D'autres n'exigent pas la réparation des défauts d'exécution antérieurs, mais peuvent limiter les cas dans lesquels l'exécution peut être continuée, par exemple contrats divisibles, tels que la fourniture de services essentiels, facturés mensuellement. Les lois sur l'insolvabilité autorisent souvent expressément la continuation de ces contrats, qui peuvent comprendre le téléphone,

l'eau, le gaz, l'électricité et la collecte des déchets. Il y a une certaine justification à assurer l'accès du débiteur à ces services sans exiger la réparation du défaut d'exécution, en particulier lorsque la demande d'ouverture émane d'un créancier et, partant du principe que le débiteur pourrait exécuter ses obligations antérieures à l'ouverture, à prévoir la continuation du service. Le représentant de l'insolvabilité peut être tenu de garantir que le contrat sera exécuté à l'avenir et, dans certains cas, d'engager sa responsabilité personnelle en cas d'inexécution future.

d) Effets de la continuation ou du rejet sur le cocontractant

i) Continuation

277. Lorsqu'un contrat continue d'être exécuté après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, en attendant que soit prise une décision sur la manière dont il sera traité, il est souhaitable que la masse de l'insolvabilité serve à payer toute exécution du contrat postérieure à l'ouverture, en particulier lorsque le contrat est en fin de compte rejeté. Cette approche repose sur l'idée qu'il est raisonnable de supposer que l'exécution d'un contrat après l'ouverture ou la poursuite de l'utilisation des actifs d'un tiers profite à la masse, sinon le représentant de l'insolvabilité aurait rejeté le contrat.

278. Bien que cela soit rarement le cas dans les lois sur l'insolvabilité, il peut aussi être souhaitable d'aborder la question de l'obligation du cocontractant pendant la période entre l'ouverture de la procédure et une décision concernant le traitement d'un contrat particulier (lorsqu'une telle décision est requise), notamment lorsque le cocontractant est tenu de commencer ou de continuer son exécution.

279. En vertu des lois qui exigent une décision explicite du représentant de l'insolvabilité, les contrats que celui-ci choisit de continuer d'exécuter après l'ouverture sont traités comme des obligations courantes postérieures à l'ouverture de la procédure qui doivent être acquittées à la fois par la masse et par le cocontractant. Les créances nées de l'exécution de ces contrats sont considérées, dans un certain nombre de lois sur l'insolvabilité, comme des frais d'administration (voir chap. V.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, si cette approche est adoptée, de ne continuer que les contrats qui seront rentables ou essentiels à la poursuite de l'exploitation de l'entreprise débitrice. Dans les pays où les règles générales du droit des contrats s'appliqueront et où le représentant de l'insolvabilité n'est pas tenu de prendre de décision concernant la continuation, la loi sur l'insolvabilité peut disposer que ces créances ne seront pas prioritaires et occuperont le même rang que les autres créances non garanties.

280. Du fait que la continuation d'un contrat avec une partie faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité peut, pour le cocontractant, comporter un élément de risque, comme le non-paiement, qui autrement n'aurait pas existé, il serait indiqué d'examiner dans la loi sur l'insolvabilité s'il faudrait accorder des mesures de protection au cocontractant. Un certain nombre de facteurs devront être pris en compte, parmi lesquels l'importance du contrat pour la procédure; le coût pour la procédure des mesures de protection; la capacité ou l'incapacité du débiteur ou de la masse de s'acquitter effectivement les obligations en cours découlant du contrat, et

l'impact sur la conclusion de contrats commerciaux de l'obligation faite au cocontractant d'assumer le risque de non-paiement. Si le contrat dispose, par exemple, que le vendeur doit accorder un crédit au débiteur pendant un certain temps avant de demander à être payé, ou prévoit le paiement à la livraison, le vendeur risque de supporter des coûts substantiels et de subir un préjudice si, au moment du paiement ou de la livraison, le représentant de l'insolvabilité n'est plus en mesure de payer. Certaines lois abordent ces questions en exigeant que le représentant de l'insolvabilité garantisse au cocontractant le paiement ou l'exécution, par exemple par une garantie bancaire ou une lettre de crédit. Dans d'autres lois, le représentant de l'insolvabilité peut être personnellement responsable de l'exécution, mais cette approche est susceptible de dissuader de continuer les contrats s'il y a un risque d'inexécution et, par conséquent, d'avoir une incidence sur le redressement. La responsabilité personnelle peut être particulièrement coûteuse dans le cas de contrats tels que des contrats de travail. Selon une autre approche, le cocontractant est tenu d'assumer le risque de non-paiement au motif qu'il s'agit d'un risque usuel des opérations commerciales. L'octroi d'un privilège d'administration pour les créances et les paiements liés à l'exécution postérieure à l'ouverture dans le cadre de la continuation d'un contrat peut constituer une mesure de protection pour le cocontractant (encore qu'elle puisse être limitée si les actifs disponibles pour le paiement de telles dépenses sont limités).

ii) Rejet

281. En cas de rejet, le cocontractant est généralement dispensé d'exécuter le reste du contrat, et le principal problème est de déterminer les recours dont dispose le cocontractant. Dans de nombreuses lois, il ne peut réclamer que des dommages-intérêts, même si d'autres recours auraient été disponibles en dehors de l'insolvabilité. Cette approche s'explique par le fait qu'autoriser d'autres recours, comme la livraison de marchandises fabriquées mais non livrées avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, reviendrait à payer la totalité de la créance du cocontractant, solution dont ne peuvent bénéficier les autres créanciers non garantis, et qui constitue une entorse au principe de l'égalité de traitement. Certaines lois permettent néanmoins une telle mesure pour la livraison de marchandises, tandis que d'autres autorisent l'exécution dans le cas de contrats de vente de terrains.

282. En cas de dommages-intérêts, le calcul du préjudice subi du fait du rejet du contrat pourrait être effectué conformément au droit général applicable et le cocontractant devient un créancier chirographaire titulaire d'une créance égale au montant calculé. Outre des dommages-intérêts, le cocontractant peut avoir une créance concernant l'exécution du contrat pendant la période antérieure au rejet (qui peut avoir même rang qu'une créance afférente à l'administration de la procédure)[59].

e) Modification des contrats poursuivis

283. Une autre question à examiner en ce qui concerne les contrats poursuivis est de savoir dans quels cas un représentant de l'insolvabilité peut modifier les clauses de ces contrats. Comme on l'a noté plus haut, les clauses du contrat doivent être

---

[59] Voir chap. V.C, sur le classement des créances.

respectées et, 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 en vertu du contrat. Il sera généralement tenu de 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.

4. Contrats de location de terrains et de locaux

284. Certaines lois sur l'insolvabilité comportent des dispositions particulières pour les contrats de location en cours de terrains et de locaux, et font une distinction entre baux d'habitation et baux commerciaux. Ces derniers en particulier ont souvent de l'importance dans les cas de redressement. Par exemple, les baux dont le loyer est inférieur au prix du marché représentent un actif qui pourrait être vendu et procurer un avantage à la masse. La capacité de sortir du contrat de bail d'un emplacement qui perd de l'argent peut être un avantage lorsque le débiteur a besoin de réduire la taille de son entreprise pour assurer la réussite du redressement.

285. Certaines lois 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. 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

286. La faculté qu'a le représentant de l'insolvabilité de céder un contrat en dépit de clauses de résiliation en cas d'insolvabilité ou de restrictions concernant les transferts qu'il contient 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. 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.

287. 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. Il peut aussi être 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. La question de la cession est

traitée de diverses façons. 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 à moins que le cocontractant ou toutes les parties au contrat initial n'y consentent. Parmi ces lois, certaines ménagent, si le cocontractant n'accepte pas la cession, la possibilité pour le tribunal d'approuver celle-ci lorsque certaines conditions sont remplies, par exemple lorsqu'il peut être démontré que le cocontractant refuse de donner son consentement sans raison valable, qu'il ne sera pas désavantagé de façon substantielle par la cession, 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[60].

288. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité autorise la cession des contrats, il serait hautement souhaitable aussi d'exiger du débiteur qu'il répare tout défaut d'exécution antérieur à la cession d'un contrat. Cela faciliterait la substitution au débiteur d'un cessionnaire en tant que partie contractante.

289. 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.

6. Exceptions générales au pouvoir de poursuivre, de rejeter et de céder des contrats

290. On distingue généralement deux catégories d'exceptions aux pouvoirs du représentant de l'insolvabilité concernant le traitement des contrats. D'une part, lorsque le représentant de l'insolvabilité est habilité à annuler des clauses de résiliation automatique, des exceptions spécifiques peuvent être souhaitables pour certains types de contrats, notamment des contrats financiers à court terme (par exemple, des accords d'échange et des contrats à terme – voir chap. II.H). Cette catégorie pourrait inclure aussi les contrats d'assurance et les contrats relatifs à l'octroi de prêts. Il pourrait être indiqué de limiter le pouvoir de rejet des contrats dans le cas de conventions collectives et d'accords 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. Des limites pourraient également être prévues dans le cas de contrats avec l'État, tels que les contrats de licence et les marchés publics.

a) Contrats de travail

291. Ainsi qu'il est indiqué ci-dessus, 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'entreprise du débiteur en vue de la poursuite de l'activité. Il pourra obtenir un meilleur prix de

---

[60] 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).

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 contrat, mais aussi les dispositions généralement contraignantes d'autres lois qui protègent les salariés. Ces dispositions peuvent porter, par exemple, sur les points suivants: licenciement abusif; salaire minimum; congés payés; temps de travail maximum; 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 chap. V.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, ces lois 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.

b) Contrats de services non substituables et de services personnels

292. Une autre catégorie d'exceptions peut être prévue 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).

293. 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 les types de contrat examinés dans la présente section.

7. Contrats postérieurs à l'ouverture de la procédure

294. Une autre catégorie de contrats, en plus de ceux qui ne sont pas entièrement exécutés, est celle des contrats 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 les dépenses et frais encourus lors de leur exécution sont payés dans leur intégralité en tant que frais d'administration de la procédure (voir chap. V.C).

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant le traitement des contrats est:

a) d'établir la façon dont les contrats, dans lesquels tant le débiteur que son cocontractant n'ont pas encore entièrement exécuté leurs obligations respectives, devraient être traités dans la loi, y compris le rapport entre la loi et le droit général applicable, dans le but de maximiser la valeur de l'actif et de réduire le passif de la masse;

b) de définir l'étendue des pouvoirs à l'égard de ces contrats et dans quels cas et par qui ces pouvoirs peuvent être exercés;

c) d'identifier les types de contrats qui devraient être exclus de l'exercice de ces pouvoirs;

d) d'identifier les types de protection qui seront disponibles aux cocontractants dans le cas de contrats poursuivis.

Contenu des dispositions législatives

55) La loi devrait spécifier le traitement des contrats dans lesquels tant le débiteur que son cocontractant n'ont pas encore entièrement exécuté leurs obligations respectives.

Clauses de résiliation automatique

56) La loi devrait spécifier que toute disposition contractuelle prévoyant la résiliation automatique du contrat dans l'un quelconque des cas suivants est inopposable, à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, au représentant de l'insolvabilité et au débiteur:

a) demande d'ouverture ou ouverture d'une procédure d'insolvabilité;

b) nomination d'un représentant de l'insolvabilité[61].

57) La loi devrait spécifier les contrats qui sont exemptés de l'application de la recommandation 56), comme les contrats financiers, ou soumis à des règles spéciales, comme les contrats de travail.

Continuation ou rejet

58) La loi devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut décider de poursuivre l'exécution d'un contrat dont il sait que la continuation serait profitable à la masse de l'insolvabilité[62]. La loi devrait spécifier que le droit de continuer

---

[61] Cette recommandation ne s'appliquerait qu'aux contrats dans lesquels de telles clauses pourraient être annulées (voir commentaire au chapitre II.E.6 sur les exceptions) et n'entend pas être exclusive, mais établir un minimum: le tribunal devrait être en mesure d'examiner d'autres clauses contractuelles qui auraient pour effet de résilier un contrat lorsque surviennent des événements similaires.

[62] Sous réserve que l'arrêt automatique des poursuites s'applique pour 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

s'applique au contrat dans son ensemble et que la continuation a pour effet de rendre toutes les clauses du contrat opposables.

59) La loi peut autoriser le représentant de l'insolvabilité à décider de rejeter un contrat[63]. Elle devrait spécifier que le droit de rejeter un contrat s'applique au contrat dans son ensemble.

Date et notification de la décision de continuer ou de rejeter un contrat

60) La loi devrait spécifier un délai pendant lequel le représentant de l'insolvabilité est tenu de prendre la décision de poursuivre ou de rejeter un contrat, lequel délai peut être prorogé par le tribunal.

61) La loi devrait spécifier la date à laquelle le rejet prendra effet.

62) Lorsqu'un contrat est continué ou rejeté, la loi devrait spécifier que le cocontractant doit être avisé de la continuation ou du rejet, y compris de ses droits pour ce qui est de la déclaration d'une créance (en particulier du délai dans lequel cette déclaration doit être faite) et autoriser le cocontractant à s'opposer à cette décision [devant le tribunal].

Droit du cocontractant de demander que soit prise une décision

63) Nonobstant la recommandation 60), la loi devrait autoriser un cocontractant à demander au représentant de l'insolvabilité (dans un délai spécifié) de prendre rapidement une décision et, en cas d'inaction de ce dernier, à demander au tribunal de lui ordonner de prendre la décision de continuer ou de rejeter le contrat.

Conséquences d'une absence de décision

64) La loi devrait spécifier les conséquences d'une absence de décision de la part du représentant de l'insolvabilité dans le délai spécifié en ce qui concerne les contrats dont il a connaissance. L'absence de décision du représentant de l'insolvabilité dans le délai spécifié ne devrait pas avoir pour effet de poursuivre un contrat dont il n'avait pas connaissance[64].

Continuation de contrats en cas d'inexécution du débiteur

65) a) La loi devrait spécifier que lorsque le débiteur manque à ses obligations au titre d'un contrat, le représentant de l'insolvabilité peut chercher à poursuivre l'exécution de ce contrat, à condition qu'il soit remédié au manquement, que le cocontractant qui n'est pas en défaut retrouve pour l'essentiel la situation économique qui était la sienne avant le manquement, et que la masse soit en mesure de s'acquitter des obligations découlant du contrat poursuivi;

---

possibilité de les poursuivre, à moins que le contrat ait une date d'expiration tombant après la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

[63] Une autre solution que celle qui consiste à prévoir la faculté de rejeter les contrats est l'approche des pays qui prévoient que l'exécution d'un contrat cesse purement et simplement sauf si le représentant de l'insolvabilité décide de poursuivre son exécution.

[64] Voir chap. III.A.4b) qui renvoie à l'obligation pour le débiteur de fournir des informations, y compris une liste des contrats non entièrement exécutés.

b) La loi devrait spécifier que lorsque le débiteur manque à ses obligations au titre d'un contrat de fourniture de services essentiels[65], la poursuite de la fourniture de ces services au débiteur devrait être assurée, sans qu'il soit exigé qu'il soit remédié au manquement, à condition que la masse de l'insolvabilité soit en mesure de s'acquitter des obligations découlant du contrat poursuivi.

Créances liées à des contrats continués ou rejetés

66) La loi devrait spécifier que lorsque est prise une décision de poursuivre l'exécution d'un contrat, les dommages-intérêts dus en cas d'inexécution ultérieure du contrat devraient être assimilés à une dépense afférente à l'administration de la procédure.

67) Pendant la période postérieure à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, et avant qu'un contrat soit rejeté, la loi devrait spécifier:

a) que, si le cocontractant a exécuté le contrat au profit de la masse, les avantages qui en découlent pour celle-ci, conformément aux clauses du contrat, sont assimilables à une dépense afférente à l'administration de la procédure[66];

b) que si le représentant de l'insolvabilité utilise des actifs appartenant à un tiers qui sont en possession du débiteur soumis au contrat, ce tiers devrait être protégé contre l'érosion de la valeur de ces actifs et les avantages découlant pour la masse de leur utilisation devraient être traités conformément au paragraphe a).

68) La loi devrait spécifier que tous dommages-intérêts résultant du rejet d'un contrat antérieur à l'ouverture seraient déterminés conformément au droit général applicable et devraient être traités comme une créance ordinaire non garantie. La loi peut limiter les créances liées au rejet d'un contrat de longue durée.

Cession des contrats

69) La loi peut spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut décider de céder un contrat, nonobstant les restrictions énoncées dans celui-ci, à condition que la cession soit bénéfique pour la masse.

70) Lorsque le cocontractant est opposé à la cession d'un contrat, la loi peut néanmoins habiliter le tribunal à approuver la cession à condition que:

a) le représentant de l'insolvabilité continue le contrat;

b) le cessionnaire puisse s'acquitter des obligations contractuelles cédées;

c) le cocontractant ne soit pas désavantagé de façon substantielle par la cession.

71) La loi peut spécifier que lorsque le contrat est cédé, le cessionnaire se substituera au débiteur comme partie contractante avec effet à compter de la date de la cession.

---

[65] Les services essentiels pourraient comprendre le téléphone, le gaz, l'eau, l'électricité, la collecte des déchets: voir chap. II.E.3 c).

[66] Voir chap. V.C.

Contrats postérieurs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

72) La loi devrait spécifier que les contrats conclus après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité sont considérés comme des obligations de la masse postérieures à l'ouverture de la procédure. Les créances nées de ces contrats devraient être assimilées à des dépenses afférentes à l'administration de la procédure.

F. Procédure d'annulation

1. Introduction

295. 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 pour le débiteur de tenter de dissimuler des actifs à ses créanciers, de souscrire des engagements fictifs, de consentir des libéralités ou des dons à des parents et à des amis ou de payer certains créanciers à l'exclusion d'autres. Il peut y avoir aussi des possibilités 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 généralement pour résultat de défavoriser les créanciers chirographaires ordinaires, qui n'ont pas été parties et ne bénéficient pas d'une sûreté.

296. 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, et peut comprendre une série composite de ces opérations.

297. De nombreuses lois sur l'insolvabilité contiennent des dispositions qui s'appliquent rétroactivement à partir d'une date particulière (telles que celle de la demande ou de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité) 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 du même rang (par exemple, le paiement d'une créance à un créancier non garanti particulier 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 considèrent également que ces types d'opérations sont préjudiciables aux créanciers en dehors du contexte de 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.

298. Un principe généralement accepté du droit de l'insolvabilité est qu'une action collective réussit plus efficacement à maximiser les actifs disponibles pour les créanciers qu'un système qui laisse ces derniers libres d'exercer des voies de droits individuelles, et qu'elle exige que tous les créanciers soient traités de la même

façon. Les dispositions d'annulation ont pour but d'appuyer ces buts collectifs, de faire en sorte que les créanciers reçoivent une juste part des actifs du débiteur insolvable conformément aux priorités établies pour les paiements et de préserver l'intégrité de la masse de l'insolvabilité. Elles peuvent aussi avoir un effet dissuasif et décourager les créanciers d'exercer leurs voies de droit individuelles dans la période aboutissant à l'insolvabilité s'ils savent qu'elles peuvent être annulées ou leurs effets annulés à l'ouverture. Pour ces raisons, les opérations sont en général susceptibles d'annulation dans l'insolvabilité 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.

299. Nonobstant la logique des dispositions d'annulation, 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 de l'insolvabilité, mais ne deviennent suspectes que lorsqu'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 général.

300. 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 pouvant être annulées. Toutefois, les dispositions d'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 dispositions de cette nature contribuent à créer un code de conduite commerciale équitable s'inscrivant dans le cadre d'un corpus de normes de nature à assurer la bonne gestion des entités commerciales. Il faudrait noter que dans le contexte international, les pays dont les lois sur l'insolvabilité ne prévoient pas que certains types d'opérations sont susceptibles d'annulation risquent de se heurter à des difficultés pour ce qui est de la reconnaissance de la procédure et la coopération avec les tribunaux et les professionnels de l'insolvabilité des pays dans lesquelles ces opérations sont susceptibles d'être annulées.

301. Comme cela est le cas pour un certain nombre de dispositions essentielles d'une loi sur l'insolvabilité, l'élaboration de dispositions d'annulation doit établir un équilibre entre des intérêts sociaux concurrents tels que, d'une part, la nécessité de pouvoirs forts pour maximiser la valeur de la masse au profit de tous les créanciers et, d'autre part, le risque de compromettre la prévisibilité et la sécurité contractuelles. Elle peut aussi exiger que l'on établisse un équilibre entre les critères

d'annulation qui sont faciles à prouver et entraîneront l'annulation d'un certain nombre d'opérations, et les critères d'annulation plus étroits qui sont difficiles à prouver mais plus limités quant au nombre d'opérations qui seront annulées avec succès. Pour limiter au minimum les effets potentiellement négatifs des pouvoirs d'annulation sur la prévisibilité et la sécurité contractuelles, il est souhaitable que les catégories d'opérations pouvant être annulées (qu'elles soient définies de façon large ou étroite) et l'exercice des pouvoirs d'annulation soient, autant que possible, soumis à des critères précis qui permettront d'évaluer les risques commerciaux.

302. La décision d'engager ou non une procédure d'annulation exige que l'on mette en balance diverses considérations. Celles-ci auront généralement trait 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 ou lui sera préjudiciable (par exemple lorsque l'action peut être engagée par les créanciers sans le consentement du représentant de l'insolvabilité); 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.

2. Critères d'annulation

303. 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.

a) Critères objectifs

304. 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 la période suspecte ou si elle a fait apparaître l'une quelconque d'un certain nombre de caractéristiques générales prévues par la loi (par exemple, le fait de savoir si une contrepartie appropriée a été donnée pour les actifs transférés ou l'obligation contractée, si la créance était venue à échéance ou si l'obligation était exigible, ou s'il y avait une relation spéciale entre les parties à l'opération). Bien que de tels critères généraux puissent être plus faciles à appliquer que des critères fondés sur la preuve, par exemple, de l'intention, 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.

b) Critères subjectifs

305. 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? Était-il insolvable au moment où l'opération a eu lieu, ou l'est-il devenu à la suite de cette dernière ? L'opération était-elle injuste à l'égard de certains créanciers? Le cocontractant savait-il que le débiteur était insolvable au

moment où l'opération a eu lieu ou qu'il le deviendrait à la suite de l'opération? Il peut être nécessaire, si l'on adopte cette approche, d'examiner dans le détail l'intention des parties à l'opération ainsi que d'autres facteurs tels que la situation financière du débiteur au moment où l'opération a eu lieu, l'effet financier de l'opération sur les actifs du débiteur et ce qui pourrait constituer le cours normal des affaires entre le débiteur et certains créanciers.

c) Combinaison des éléments

306. Très peu de lois sur l'insolvabilité se fondent uniquement sur des critères subjectifs pour établir des dispositions d'annulation. En général, sont également pris en compte les délais dans lesquels les opérations doivent avoir été effectuées. Dans certains pays, le poids accordé à des critères subjectifs a abouti à un grand nombre de litiges et à l'imposition de coûts importants à la masse de l'insolvabilité. Afin d'éviter de tels coûts, certaines lois ont adopté récemment une approche strictement objective de ce qu'on entend par période suspecte de courte durée, par exemple trois à quatre mois, ce qui, dans certains cas, a été associé 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. En outre, la période suspecte de courte durée peut servir à créer une présomption que l'intention ou la connaissance, notamment de l'insolvabilité, par le débiteur ou la personne qui reçoit le transfert, ou bien les deux, est nécessaire. Certaines lois adoptent une double approche, comportant à la fois une période de courte durée, pendant laquelle toutes les opérations sont annulées, et une période plus longue, pendant laquelle certains éléments supplémentaires doivent être prouvés. Ainsi, la loi peut spécifier qu'un certain type d'opération effectuée, par exemple, dans les six mois qui suivent l'ouverture, est annulée, le représentant de l'insolvabilité étant seulement tenu de démontrer qu'il s'agit d'une opération définie aux fins de la législation et qu'elle a eu lieu dans le délai, et que le cocontractant ne dispose d'aucun moyen de défense. Pour les opérations effectuées, par exemple, dans une période d'un an, le représentant de l'insolvabilité est tenu de démontrer qu'elles n'ont pas eu lieu dans le cours normal des affaires et qu'elles ont eu pour effet, par exemple, d'accorder un traitement préférentiel. Pour faire échec à cette action, le cocontractant doit montrer qu'il a un moyen de défense pertinent.

307. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité combinent aussi 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 seront définies en fonction d'éléments plus subjectifs faisant intervenir les questions d'intention tant du débiteur que du cocontractant. Une loi sur l'insolvabilité qui adopte une combinaison de ces éléments 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 était insolvable au moment où elles ont eu lieu, si elles étaient injustes ou abusives à l'égard d'un groupe de créanciers et si le cocontractant savait que le débiteur était insolvable au moment où elles sont intervenues.

d) Cours normal des affaires

308. Il convient de noter que de nombreuses lois sur l'insolvabilité utilisent le concept de "cours normal des affaires" pour définir leurs critères d'annulation, de sorte qu'un paiement extraordinaire, comme on l'a indiqué plus haut, peut être susceptible d'annulation. Ce concept présente un intérêt plus général pour un régime d'insolvabilité, car il peut servir, par exemple, à établir une distinction entre l'exercice de pouvoirs concernant l'utilisation et la disposition d'actifs pendant la procédure d'insolvabilité dans le "cours normal des affaires" et dans d'autres circonstances, aussi bien pour ce qui est de savoir qui peut exercer ces pouvoirs que des protections nécessaires.

309. Les définitions du "cours normal des affaires" adoptées par les États mettent l'accent sur des éléments différents. Dans la plupart des cas, toutefois, la définition a pour objet de permettre à une entreprise d'avoir fait ou de continuer de faire des paiements courants dans le cadre de son activité, sans soumettre ces opérations à une annulation éventuelle. Pourraient être autorisés, par exemple, le paiement du loyer, de services essentiels tels que l'électricité et le téléphone, et peut-être aussi le paiement de fournitures commerciales.

310. Certaines lois mettent l'accent sur le comportement antérieur des parties, en particulier sur la méthode, la quantité, et la régularité de la fourniture ou du paiement. Dans ce cas, tout écart par rapport au contrat, à l'usage ou à ce qui peut être considéré comme une pratique régulière entre les parties, par exemple un paiement par des moyens anormaux, sera considéré comme sortant du "cours normal des affaires". Une autre approche consiste à privilégier l'intention d'une partie ou des deux, en demandant si le créancier avait connaissance, ou aurait dû avoir connaissance de la situation financière du débiteur, ou du fait que le débiteur avait l'intention de donner la préférence à un créancier sur les autres.

311. Une autre approche encore consiste à appliquer des normes fondées sur l'activité usuelle, voire la pratique commerciale générale, aux conditions de l'opération et aux circonstances dans lesquelles elle a été conclue. D'autres lois considèrent que tout paiement dépassant un certain pourcentage de la valeur des actifs du débiteur est extraordinaire.

312. Il est important qu'un critère du "cours normal des affaires" mette en balance la souplesse, de manière à ne pas limiter indûment les nouveautés de la pratique commerciale, et l'exigence prioritaire de certitude.

e) Moyens de défense

313. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité prévoit des moyens de défense contre les dispositions d'annulation, ces moyens risquent de diluer l'efficacité de l'objet principal des dispositions. Les moyens de défense qui comportent des éléments pouvant donner lieu à litige, par exemple invoquer le fait que l'opération a eu lieu dans le cours normal des affaires ou que le cocontractant a agi de bonne foi, peuvent créer des incertitudes pour toutes les parties et exiger une décision du tribunal. La probabilité d'une telle incertitude sera soutenue par les tribunaux qui adoptent une interprétation large de ces moyens de défense en faveur des cocontractants, et par l'incapacité ou la réticence du représentant de l'insolvabilité à utiliser les dispositions d'annulation comme outil efficace dans l'insolvabilité, soit en raison des coûts qu'elles entraînent, soit parce que les procédures sont inefficaces et

imprévisibles. Ces difficultés potentielles montrent qu'il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité adopte des critères d'annulation clairs et prévisibles et des moyens de défense qui permettront à toutes les parties d'évaluer les risques potentiels et d'éviter les conflits, par exemple des critères objectifs mettant l'accent sur l'effet ou le résultat des opérations plutôt que sur l'intention des parties. Lorsque des éléments tels que le "cours normal des affaires" sont inclus, ils devraient être clairement définis et circonscrits par la loi sur l'insolvabilité.

3. Types d'opérations susceptibles d'annulation

314. Bien qu'elles renvoient à des définitions différentes, on distingue pour l'essentiel, dans la plupart des systèmes juridiques, trois types courants 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, les opérations à un prix sous-évalué, et les opérations avec certains créanciers qui pourraient être considérés 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 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. En de pareils cas, le représentant de l'insolvabilité peut être en mesure de choisir la catégorie en vertu de laquelle une opération donnée doit être annulée et tirer parti, ce faisant, des exigences différentes concernant la preuve et les périodes suspectes qui s'appliquent généralement.

315. Pour assurer le maximum de clarté et de sécurité juridique et éviter des chevauchements inutiles, il est souhaitable qu'en déterminant les catégories d'opérations devant faire l'objet de dispositions d'annulation, une loi sur l'insolvabilité précise les caractéristiques particulières d'une opération (y compris l'effet de ladite opération) qui sont essentielles pour qu'elle soit annulée 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

316. Ces types d'opérations supposent que le débiteur transfère des actifs à un tiers dans l'intention de les mettre hors de portée de certains créanciers, et en général impliquent que le tiers a connaissance ou aurait dû avoir connaissance de l'intention du débiteur lorsqu'il a effectué ce transfert. De tels transferts, en général, désavantageront tous les créanciers chirographaires. On ne peut annuler automatiquement ces opérations en se référant, en tant que critère objectif, à une période déterminée durant laquelle elles 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 qui sont communes à ces types d'opérations. 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, lorsque celle-ci a été effectuée directement avec une personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur, ou par l'intermédiaire d'un tiers auprès d'une telle personne;

ii) l'absence ou l'insuffisance de la contrepartie reçue pour l'opération;

iii) la situation financière du débiteur avant et après la conclusion de l'opération a été conclue, en particulier alors que le débiteur était déjà insolvable ou est devenu insolvable après la réalisation de l'opération;

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, l'opération est intervenue peu après qu'une dette importante a été contractée;

vi) l'opération est dissimulée par le débiteur, en particulier lorsqu'elle n'intervient pas dans le cours normal des affaires ou que des parties fictives sont en cause; ou

vii) le débiteur prend la fuite.

317. 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, dans le cas d'opérations impliquant des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, qui interviennent dans une période spécifiée 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, se rendre compte que l'effet d'une opération, sinon l'intention, était de défavoriser des créanciers et que le bénéficiaire pouvait, et donc aurait dû, se rendre compte 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'opérations si le transfert a été effectué de bonne foi pour une juste valeur à une personne qui n'avait pas remarqué une intention de frauder les créanciers.

b) Opérations à un prix sous-évalué

i) Critères

318. Un débiteur qui a besoin de liquidités peut vendre des actifs rapidement à un prix sensiblement inférieur à leur valeur réelle afin de réaliser une vente rapide, sans jamais avoir eu l'intention de faire échouer ou de retarder le recouvrement des créances. Il risque cependant d'en résulter une nette réduction des actifs disponibles pour les créanciers en cas d'insolvabilité. Pour ces raisons, de nombreuses lois sur

l'insolvabilité mettent l'accent sur l'échange d'une contrepartie dans une opération en rendant généralement les opérations susceptibles d'annulation lorsque la contrepartie reçue par le débiteur à l'occasion de l'opération avec un tiers a été soit symbolique ou inexistante, par exemple un don, soit nettement inférieure à la valeur réelle ou au prix du marché de l'actif transféré, à condition que l'opération ait été effectuée pendant la période suspecte. Selon d'autres lois, il faut aussi avoir constaté que l'opération a eu un effet désastreux sur le débiteur, par exemple qu'elle l'a laissé avec un capital beaucoup trop faible, qu'il était insolvable au moment de l'opération où qu'il l'est devenu à la suite de cette dernière. Entrent dans cette catégorie les opérations tant avec des créanciers qu'avec des tiers.

319. Une question importante à propos de ce type d'opérations est de savoir ce qui constitue un prix suffisamment "sous-évalué" aux fins de l'annulation et comment il peut être déterminé. Dans de nombreux pays, c'est aux tribunaux qu'il appartient de le faire par référence à des critères tels que le prix du marché en vigueur au moment où l'opération a eu lieu, sur la base d'un témoignage d'expert. Lorsque l'on n'est pas certain des montants concernés dans une opération, un moyen d'aider le tribunal peut être de demander au représentant de l'insolvabilité de lui fournir une estimation de ces montants, qui pourrait être contestée sur présentation d'autres preuves par l'autre partie à l'opération. Le tribunal pourrait aussi se voir conférer le pouvoir de préciser un mode de détermination du prix au lieu d'être tenu de le déterminer lui-même. Étant donné la difficulté de prouver que le prix est sous-évalué, il peut être plus facile, dans certains pays, d'annuler une opération au motif qu'elle a eu pour effet d'accorder une préférence si elle a été conclue à un moment où la société était dans l'incapacité de payer ses dettes exigibles. En outre, certaines lois considèrent qu'une contrepartie insuffisamment équitable ou l'absence de contrepartie est une preuve d'opération visant à faire échouer, entraver ou retarder le recouvrement des créances.

ii) Moyens de défense

320. Certaines lois sur l'insolvabilité disposent que ces types 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 raisons 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'est-à-dire si le débiteur était solvable).

c) Opérations préférentielles

i) Critères

321. Les opérations préférentielles sont susceptibles d'annulation lorsque: i) elles ont été réalisées au cours de la période suspecte; ii) elles supposent un transfert à un créancier au titre d'une créance antérieure; iii) à leur issue, le créancier reçoit des actifs du débiteur une part de sa créance plus importante que celle d'autres créanciers du même rang ou de la même catégorie (en d'autres termes, il s'agit d'une préférence). De nombreuses lois sur l'insolvabilité exigent également qu'il fallait que le débiteur soit insolvable ou près d'être insolvable lorsque l'opération a eu lieu, et certaines, en outre, qu'il avait l'intention de créer une préférence.

L'application des dispositions d'annulation à ces types d'opérations s'explique par le fait que, lorsque ces dernières sont réalisées à une date très rapprochée de l'ouverture d'une procédure, il est probable que le débiteur soit insolvable. En outre, elles portent atteinte au principe essentiel du traitement équitable des créanciers se trouvant dans une situation similaire, en donnant à un membre d'une classe plus que ce qu'il aurait légalement le droit de recevoir.

322. 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 non garanties; 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, dans certaines circonstances, le paiement de dettes face à des pressions extrêmes exercées par un créditeur, notamment procès ou saisie, lorsque de telles pressions ont une motivation douteuse. 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.

ii) Moyens de défense

323. 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. 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 (selon les critères d'annulation applicables) 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 a donné une nouvelle contrepartie pour laquelle il n'a pas reçu de sûreté; 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 était insolvable au moment de l'opération; ou l'actif du débiteur était supérieur à la valeur de son passif au moment de l'opération.

d) Sûretés

324. Les sûretés efficaces et opposables 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. L'objectif d'une telle approche est d'empêcher un débiteur qui est dans l'incapacité de payer ses dettes de grever des actifs, sauf si la sûreté octroyée correspond à de nouveaux fonds qui lui sont avancés. Autrement les actifs grevés ne seront pas disponibles pour les créanciers en général et leur utilisation par le débiteur sera limitée. La constitution d'une sûreté pourrait être annulée au motif qu'il s'agit d'une opération visant à faire échouer, entraver ou retarder le recouvrement des créances, ou encore d'une opération à un prix sous-évalué. Il s'agira souvent d'une opération préférentielle, car elle implique un créancier antérieur. 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 garanti qui n'est pas entièrement garanti est remboursé en totalité pendant la période suspecte. Lorsque la sûreté est octroyée à un nouveau créancier, il se peut que l'opération ne soit pas préférentielle au sens de cette catégorie d'opérations, mais qu'elle puisse être couverte par une autre catégorie. Il existe des lois qui comportent des dispositions traitant spécifiquement de l'annulation de telles opérations, en particulier dans le contexte des sûretés en faveur des dirigeants (qui pourraient aussi être couvertes par des dispositions relatives aux opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur), auxquelles s'appliquent des critères différents concernant la fourniture d'une contrepartie et la période suspecte.

325. Des dispositions d'annulation peuvent aussi s'appliquer à une sûreté qui n'a pas été rendue opposable en vertu de la loi pertinente sur les opérations garanties et, en vertu de certaines lois, pour une sûreté rendue opposable peu de temps avant l'ouverture de la procédure, ainsi qu'à des transferts à un créancier garanti par prélèvement sur le produit d'un actif grevé, lorsque l'opération créant la sûreté était viciée.

e) Opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur

326. 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 (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 chap. V.A) ainsi que les présomptions ou un renversement de la charge de preuve (voir ci-dessous) pour faciliter la procédure d'annulation et la suppression de la condition selon laquelle le débiteur était insolvable au moment de l'opération, ou l'est devenu à la suite de celle-ci. 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.

327. 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.

328. Lorsque le débiteur est une personne physique, d'autres lois (par exemple celle qui traite des biens des époux) peuvent être pertinentes et influer sur l'application de la loi sur l'insolvabilité en ce qui concerne les opérations pouvant être annulées, par exemple en complétant ou en limitant les dispositions d'annulation qui y sont prévues. Il est souhaitable que ces lois soient alignées et que tout effet sur la loi sur l'insolvabilité soit indiqué clairement dans cette dernière.

4. Opérations exemptées d'actions en annulation

329. Il peut être souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité prévoie expressément d'exempter certaines opérations de l'application des pouvoirs d'annulation. Il pourrait s'agir d'opérations intervenant lors de la mise en œuvre d'un plan de redressement, y compris celles qui sont liées à un financement postérieur à l'ouverture, les paiements effectués conformément au plan approuvé par le tribunal dans le cadre d'une procédure de redressement accélérée ou les paiements effectués conformément à un accord volontaire de restructuration (approuvé par le débiteur et au moins une majorité des créanciers chirographaires), lorsque la mise en œuvre du plan ou de l'accord échoue et que la procédure est ultérieurement convertie en liquidation ou, dans le cas de l'arrangement négocié, lorsque la procédure de liquidation est engagée. Les opérations essentielles au fonctionnement des marchés financiers, par exemple la compensation avec déchéance du terme de sûretés et de contrats sur dérivés (voir chap. II.G et H), devraient être exemptées de l'application des dispositions d'annulation.

5. Effet de l'annulation – opérations nulles ou annulables

330. 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 lorsque ce dernier ne les restitue pas.

331. 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 de la masse, la responsabilité du représentant de l'insolvabilité pouvant être engagée s'il ne le fait pas.

6. Établissement de la période suspecte

332. 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 cette période est calculée rétroactivement (par exemple, tant de jours ou de mois, avant un événement ou une date donnés, comme le dépôt de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, l'ouverture de la procédure ou la date fixée par décision du tribunal comme étant la date à laquelle le débiteur a cessé de payer ses dettes normalement ("cessation des paiements"). L'événement ou la date spécifiés par la loi dépendront d'autres caractéristiques du régime d'insolvabilité, telles que les critères d'ouverture et la question de savoir si un laps de temps risque de s'écouler entre la date de la demande et l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Par exemple, si plusieurs mois séparent la date de la demande de celle de l'ouverture et que la période suspecte est une période fixée qui commence antérieurement à cette dernière, on utilisera plusieurs mois de cette période pour couvrir cet intervalle, ce qui limitera l'efficacité potentielle des pouvoirs d'annulation. En revanche, si la demande a pour effet d'ouvrir automatiquement la procédure, il n'y aura pas le même décalage. Pour traiter des cas dans lesquels il y a un risque de décalage entre la demande et l'ouverture, une loi sur l'insolvabilité pourrait disposer que la période suspecte s'applique rétroactivement à compter de la date de la demande et aborder différemment les opérations effectuées entre la date de la demande et celle de l'ouverture, par exemple en examinant si elles étaient frauduleuses ou si elles ont été réalisées dans le cours normal des affaires ou, lorsqu'un représentant provisoire de provisoire est nommé, si elles étaient ou non autorisées (voir chap. II.B). Lorsque l'ouverture a lieu peu de temps après la demande, la période suspecte pourrait s'appliquer rétroactivement à compter de l'ouverture.

333. Une question connexe est 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 la prorogation de la période suspecte soit limitée aux opérations visant à faire échouer, entraver ou retarder le recouvrement des créances, où les questions de sécurité commerciale présentent un moindre intérêt.

334. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient une période suspecte unique pour tous les types d'opérations annulables, tandis que d'autres ont des périodes différentes suivant le type d'opération et selon que le bénéficiaire était une personne ayant ou non des liens privilégiés avec le débiteur. Comme il a été indiqué plus haut, il y a aussi des lois qui combinent une période suspecte de courte durée pendant laquelle certains types d'opérations sont automatiquement annulés (et où il n'y pas de moyens de défense) et une période plus longue où des éléments supplémentaires doivent être prouvés. 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.

335. 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 et fixent des périodes suspectes plus longues (par exemple des périodes de deux ans, contre trois à six mois lorsque les opérations ne mettent pas en jeu une personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur, ne sont pas rares).

7. Conduite de la procédure d'annulation

a) Parties habilitées à ouvrir la procédure

336. L'annulation d'une opération donnée implique en général qu'une demande soit déposée auprès du tribunal pour qu'il déclare l'opération nulle, et les lois sur l'insolvabilité adoptent diverses approches en ce qui concerne la partie habilitée à ouvrir une telle procédure. Reconnaissant le rôle central du représentant de l'insolvabilité dans l'administration de la masse, de nombreuses lois sur l'insolvabilité disposent que la procédure d'annulation de certaines opérations devrait être engagée par lui, encore que certaines exigent qu'il obtienne l'accord des créanciers, ou d'une majorité de créanciers avant que toute procédure puisse être ouverte. Il est aussi des lois qui permettent l'ouverture de la procédure d'annulation par les créanciers et, dans certains cas, le comité des créanciers, certaines d'entre elles limitant cette faculté à ceux dont la dette précède dans le temps l'opération contestée. Certaines des lois qui permettent aux créanciers d'ouvrir une telle procédure exigent le consentement du représentant de l'insolvabilité. Si l'on considère qu'il est souhaitable d'autoriser les créanciers à exercer l'action en nullité, le fait d'exiger le consentement du représentant de l'insolvabilité garantit que ce dernier est informé de ce qu'ils proposent et lui donne la possibilité de refuser, et d'éviter ainsi tout effet négatif d'une procédure d'annulation sur l'administration de la masse.

337. Lorsque le consentement du représentant de l'insolvabilité est exigé, mais qu'elle n'est pas obtenue, certaines lois sur l'insolvabilité autorisent le(s) créancier(s) à s'adresser au tribunal pour être autorisé(s) à ouvrir la procédure d'annulation. Le représentant de l'insolvabilité a le droit d'être entendu dans toute audience pour expliquer pourquoi il estime que la procédure ne devrait pas être engagée. À cette audience, le tribunal peut autoriser l'ouverture de la procédure d'annulation, ou décider de se prononcer sur le fond. Une telle approche peut contribuer à réduire la probabilité de toute entente entre les diverses parties. Lorsque les actions en nullité peuvent être engagées par les créanciers, certaines lois exigent que ceux-ci paient les frais de toute action ou permettent que des sanctions leur soient imposées pour décourager tout abus potentiel de leur part de la procédure d'annulation.

338. Lorsque le représentant de l'insolvabilité a seul le pouvoir d'ouvrir la procédure d'annulation et, compte tenu des différentes considérations examinées ci-dessus (à savoir pour des raisons autres que la négligence, la mauvaise foi ou une omission[67]), décide de ne pas l'ouvrir pour certaines opérations, les lois sur 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 (le financement est examiné plus loin). 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.

339. Lorsque les créanciers sont autorisés à ouvrir une procédure d'annulation, soit sur un pied d'égalité avec le représentant de l'insolvabilité, soit parce que ce dernier décide de ne pas l'ouvrir, les lois sur l'insolvabilité adoptent des approches différentes concernant les actifs ou la valeur à récupérer. La plus courante consiste à considérer que les actifs ou la valeur récupérés par le créancier font partie de la masse du fait que la principale justification de la procédure d'annulation est de restituer de la valeur ou des actifs à la masse au profit de tous les créanciers, et non de procurer un avantage aux créanciers individuels. D'autres lois disposent que tout ce qui est récupéré peut être utilisé tout d'abord pour désintéresser le créancier qui engage l'action, ou que le rang de priorité de la créance du créancier poursuivant l'action peut être modifié.

b) Financement de la procédure d'annulation

340. La restriction la plus importante, dans un certain nombre de pays, à l'efficacité des dispositions d'annulation, a été l'absence de fonds pour contester des opérations potentiellement annulables. Différentes approches ont été adoptées à l'égard de la question du financement. Certains pays allouent des fonds publics au représentant de l'insolvabilité pour qu'il engage la procédure d'annulation, tandis que d'autres

---

[67] Voir chap. III.B sur les droits et obligations du représentant de l'insolvabilité.

exigent que cette procédure soit financée sur la masse de l'insolvabilité, ce qui peut être indiqué lorsque les fonds sont suffisants mais pourrait, dans certains cas, empêcher la récupération d'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. La disponibilité de ressources publiques aux fins du financement d'une procédure d'annulation diffère considérablement d'un pays à un autre, ce qui peut justifier le recours à certains de ces autres mécanismes. 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, d'éviter l'abus, d'enquêter sur les comportements déloyaux et de promouvoir la bonne gouvernance.

c) Délai fixé pour l'ouverture de la procédure

341. Certaines lois sur l'insolvabilité fixent des délais spécifiques pour l'ouverture de la procédure, alors que d'autres n'abordent pas la question. Celles qui fixent des délais disposent, par exemple, que la procédure doit être ouverte dans un laps de temps déterminé après la date de l'ouverture (par exemple, 3 ou 12 mois) ou en fonction d'une date spécifiée (par exemple, dans les 6 mois) après que le représentant de l'insolvabilité aura été en mesure de découvrir, d'évaluer la situation et d'engager une action. Si une loi sur l'insolvabilité doit fixer des délais spécifiques, au lieu de ceux qui sont applicables en droit commun, il serait souhaitable qu'elle en prévoie de différents délais, tels un après l'ouverture de la procédure et un après la découverte de l'opération par le représentant de l'insolvabilité. Une telle approche offre suffisamment de souplesse pour tenir compte des opérations qui sont dissimulées au représentant de l'insolvabilité et découvertes seulement après l'expiration du délai spécifié.

d) Respect des critères d'annulation

342. Les lois sur l'insolvabilité énoncent des règles différentes en ce qui concerne l'établissement des éléments qu'il faut prouver pour annuler une opération particulière. L'approche adoptée dépend de la manière dont l'équilibre est établi entre, d'une part, l'annulation d'opérations qui sont déloyales ou financièrement préjudiciables pour la masse de l'insolvabilité et, d'autre part, la protection des opérations commerciales qui ne sont pas considérées comme telles en dehors de l'insolvabilité.

343. Dans certaines lois, c'est au débiteur qu'incombe la charge de prouver que l'opération n'entre dans aucune catégorie d'opérations annulables. D'autres lois sur l'insolvabilité disposent que le représentant de l'insolvabilité ou toute autre personne autorisée à contester l'opération, par exemple un créancier, est tenu de prouver que l'opération satisfait aux conditions requises pour l'annulation. Lorsque l'intention figure au nombre de ces éléments, il sera souvent très difficile de la prouver et la partie à laquelle incombe la charge de la preuve perdra dans la plupart des cas. Pour surmonter cette difficulté, 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, encore que, pratiquement, l'incapacité du débiteur d'expliquer de façon satisfaisante le but commercial d'une opération particulière qui a soustrait de la valeur à la masse puisse être un indice de l'intention requise.

344. Selon une autre approche, l'intention ou la mauvaise foi requise est réputée ou présumée exister lorsque certains types d'opérations sont entreprises pendant la période suspecte et que le cocontractant aura la charge de prouver qu'il en est autrement. Il peut s'agir, par exemple, d'opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, du paiement de créances non échues, et du paiement d'opérations gratuites ou onéreuses. Selon une autre approche encore, lorsqu'un certain type d'opération est effectué pendant la période suspecte et a eu un certain effet, par exemple conférer une préférence, il y a présomption réfragable de l'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.

345. 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 cocontractant était au courant des difficultés financières du débiteur si l'opération effectuée avec cette personne avait certaines caractéristiques, comme le remboursement de créances non échues ou le remboursement sous une forme inhabituelle, ou si elle avait eu lieu peu de temps avant une demande d'ouverture ou avant l'ouverture d'une procédure.

346 Quelle que soit l'approche qu'elle adopte pour satisfaire aux critères d'annulation, il est hautement souhaitable qu' une loi sur l'insolvabilité énonce avec précision quels éléments des critères doivent être prouvés par quelle partie, de manière qu'apparaisse clairement ce qui est exigé du représentant de l'insolvabilité qui essaie d'annuler une opération particulière et ce qui est exigé du cocontractant cherchant à soustraire une opération à l'annulation.

8. Responsabilité des autres parties à une opération annulée

347. 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 dans le cas d'une opération préférentielle et du montant versé dans le cas d'une opération à un prix sous-évalué. 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'en plus de l'annulation de l'opération, 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.

9. Conversion d'une procédure de redressement en procédure de liquidation

348. Lorsqu'une procédure de redressement est convertie en procédure de liquidation, il peut être nécessaire d'examiner quelque peu l'effet de cette conversion sur l'exercice des pouvoirs d'annulation pour les paiements effectués dans le courant de la procédure de redressement et la fixation de la période suspecte.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant l'annulation est:

a) de reconstituer l'intégrité de la masse et de veiller au traitement équitable des créanciers;

b) d'assurer une sécurité aux tiers en établissant des règles claires applicables aux circonstances dans lesquelles les opérations mettant en cause le débiteur ou les biens du débiteur peuvent être considérées comme préjudiciables et donc susceptibles d'être annulées;

c) de permettre à 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

Opérations annulables

73) La loi devrait comporter des dispositions qui s'appliquent rétroactivement et qui visent à défaire les opérations[68] impliquant les actifs du débiteur ou la masse et qui ont pour effet soit de réduire la valeur de la masse, soit d'enfreindre le principe du traitement équitable des créanciers. La loi devrait spécifier que les types d'opérations ci-après sont annulables:

a) les opérations visant à faire échouer, à retarder ou à entraver le recouvrement des créances par les créanciers lorsque l'objet de l'opération était de soustraire des actifs à un créancier ou à un créancier potentiel ou à léser d'une autre manière les intérêts de ce créancier et lorsque le cocontractant connaissait ou aurait dû connaître l'intention du débiteur;

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 ou d'une contrepartie inadéquate qui sont intervenues à un moment où le débiteur était insolvable ou qui l'ont rendu insolvable (opérations à un prix sous-évalué); et

---

[68] 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 [ou une action visant à rendre la sûreté opposable à des tiers] et peut recouvrir une série composite d'opérations.

c) les opérations intervenues à un moment où le débiteur était insolvable, dans lesquelles un créancier a obtenu une part des actifs du débiteur supérieure à la proportion qui lui revient, ou en a reçu le bénéfice (opérations préférentielles).

Sûretés

74) La loi devrait spécifier:

a) que si une sûreté est efficace et opposable en vertu d'une autre loi, cette efficacité et cette opposabilité seront reconnues dans la procédure d'insolvabilité;

b) que nonobstant le fait qu'une sûreté est efficace et opposable en vertu d'une autre loi, elle peut faire l'objet des dispositions d'annulation de la loi pour les mêmes motifs que d'autres opérations.

Établissement de la période suspecte

75) La loi devrait spécifier que des opérations décrites dans la recommandation 73) a) à c) peuvent être annulées si elles sont intervenues au cours d'une période spécifiée (la période suspecte) calculée rétroactivement à partir d'une date spécifiée, soit la date de la demande d'ouverture, soit la date de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Elle peut spécifier des périodes suspectes différentes pour des types d'opérations différentes.

Opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur

76) S'agissant des opérations annulables qui mettent en cause des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, la loi peut:

a) spécifier que la période suspecte pour ces opérations est plus longue que pour les opérations effectuées avec des personnes n'ayant pas de liens privilégiés avec le débiteur;

b) établir des présomptions [probante] [réfragable] pour faciliter la procédure d'annulation; et

c) autoriser le renversement de la charge de la preuve pour faciliter la procédure d'annulation.

77) La loi devrait spécifier les catégories de personnes ayant une relation suffisante avec le débiteur pour être traitées comme des personnes ayant des liens privilégiés avec lui[69].

Opérations exemptées d'actions en annulation

78) La loi devrait spécifier les opérations qui sont exemptées d'action en annulation, dont les contrats financiers.

Conduite de la procédure d'annulation

79) La loi devrait spécifier:

a) que le représentant de l'insolvabilité a la responsabilité principale d'ouvrir la procédure d'annulation[70];

---

[69] Le terme "personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur" est défini dans le glossaire.

b) que des créanciers peuvent ouvrir la procédure d'annulation avec l'accord du représentant de l'insolvabilité; ou

c) que lorsque le représentant de l'insolvabilité ne donne pas son accord, les créanciers peuvent demander l'autorisation du tribunal.

– *Financement de la procédure d'annulation*

80) La loi peut prévoir diverses approches pour le financement de la procédure d'annulation lorsque le représentant de l'insolvabilité choisit de ne pas poursuivre l'annulation de certaines opérations, parce qu'il estime par exemple que ces opérations ne sont pas susceptibles d'être annulées ou que l'ouverture d'une procédure contre ces opérations imposerait des frais excessifs[71] à la masse de l'insolvabilité.

– *Délai pour l'ouverture de la procédure d'annulation*

81) La loi ou le droit procédural applicable devrait spécifier le délai dans lequel une procédure d'annulation peut être ouverte. Ce délai devrait commencer à courir à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. [Pour les opérations mentionnées dans la recommandation 73a] qui ont été dissimulées et dont on ne pouvait pas attendre du représentant de l'insolvabilité qu'il les découvre, la loi peut prévoir que le délai commence à courir à la date à laquelle elles ont été découvertes.]

Éléments d'annulation et moyens de défense

82) La loi devrait spécifier les éléments devant être prouvés pour annuler une opération donnée, la partie responsable de les prouver, ainsi que les moyens de défense possibles contre l'annulation. Ces moyens de défense peuvent comprendre le fait que l'opération a été conclue dans le cours normal des affaires avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ou bien dans le cours d'une procédure de redressement convertie ensuite en liquidation.

Responsabilité des cocontractants dans le cas d'opérations annulées

83) La loi devrait spécifier qu'un cocontractant partie à une opération qui a été annulée doit restituer à la masse les actifs qu'il a obtenus ou, si le tribunal l'ordonne, faire à la masse un paiement en espèces correspondant à la valeur de l'opération. [Le tribunal devrait déterminer si le cocontractant partie à une opération annulée aurait une créance chirographaire ordinaire.]

84) La loi peut spécifier que lorsque le cocontractant ne se conforme pas à la décision du tribunal annulant l'opération, il se peut, en plus de l'annulation et de toute autre mesure, qu'une créance qu'il déclare ne soit pas admise.

---

[70] 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.

[71] Ceci renvoie à une évaluation des coûts et des avantages d'une action en nullité, et à une règle implicite qui veut que si les frais de la procédure dépassaient les avantages à récupérer pour la masse, cette procédure ne devrait pas être poursuivie.

G. Droits de compensation

349. L'exercice, en vertu de la loi sur l'insolvabilité, de droits de compensation d'obligations réciproques découlant d'opérations ou d'activités du débiteur antérieures à l'ouverture d'une procédure est important non seulement pour la prévisibilité commerciale et la disponibilité de crédit, mais aussi parce qu'il évite l'usage abusif à des fins stratégiques de la procédure d'insolvabilité. Pour ces raisons, il est hautement souhaitable que la loi sur l'insolvabilité protège ces droits.

350. Dans la majorité des systèmes juridiques, les droits de compensation ne sont pas affectés par l'arrêt des poursuites et peuvent être exercés après l'ouverture de la procédure, que les obligations réciproques soient nées d'un seul ou de plusieurs contrats, et qu'elles arrivent à échéance avant ou après l'ouverture de la procédure. Certains systèmes font une distinction et admettent la compensation d'obligations venant à échéance avant l'ouverture, mais limitent ou refusent celle d'obligations venant à échéance après l'ouverture.

351. Une autre approche consiste à préserver les droits de compensation, que les obligations réciproques viennent à échéance avant ou après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, mais à en suspendre l'exercice, tout comme est suspendu l'exercice des droits des créanciers garantis. Dans les systèmes qui adoptent cette approche, le créancier est traité comme un créancier garanti à concurrence de ses propres droits de compensation valables mais non exercés et ces droits sont protégés de la même façon que les sûretés[72].

352. Pratiquement toutes les lois sur l'insolvabilité comportent des dispositions qui permettent au représentant de l'insolvabilité de chercher à annuler les effets de certaines mesures prises par les créanciers avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité dans le but d'accroître leurs droits de compensation (par exemple, achat de créances au rabais afin d'accumuler des droits de compensation). La nature et la portée de ces dispositions varient.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet de dispositions législatives concernant la compensation est:

a) D'assurer la sécurité quant à l'effet de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur l'exercice de droits de compensation;

b) De spécifier les types d'obligations qui peuvent être compensées après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité;

c) De spécifier l'effet d'autres dispositions de la loi (par exemple, dispositions concernant l'annulation et la suspension) sur l'exercice des droits de compensation.

---

[72] Voir chap. II.B.8.

Contenu des dispositions législatives

85) La législation devrait protéger un droit général de compensation né du droit commun qui a pris naissance avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, sous réserve de l'application des dispositions d'annulation.

H. Contrats financiers et compensation globale

353. Les contrats financiers sont devenus un élément important des marchés des capitaux internationaux. Entre autres choses, ils accroissent la disponibilité des crédits et constituent un moyen important de se prémunir contre les fluctuations des taux de change, des taux d'intérêt et les autres fluctuations du marché. Étant donné la façon dont ces opérations sont structurées et réattestées, il est impératif de savoir avec certitude ce qui se passera en cas de défaillance – y compris pour cause d'insolvabilité – d'une des parties.

354. Les contrats financiers comprennent, entre autres, les contrats sur valeurs mobilières, les contrats sur produits de base, les contrats à terme, les contrats d'option, les contrats d'échanges financiers, les accords de prise en pension, les conventions-cadres de compensation globale et autres contrats analogues. Un débiteur conclut souvent dans le cadre d'une seule et même opération plusieurs contrats financiers avec un cocontractant, et la disponibilité de crédits augmente si les droits découlant de ces contrats sont pleinement exécutoires conformément à leurs clauses, ce qui permet aux cocontractants de consentir des crédits sur la base de leur exposition nette périodiquement recalculée, compte tenu de la valeur de tous les contrats "ouverts".

355. À l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, les cocontractants cherchent à "dénouer" les positions ouvertes et à faire la compensation de l'ensemble des obligations découlant de contrats financiers avec le débiteur. Une telle démarche comprend deux phases: premièrement, la résiliation de tous les contrats ouverts ("dénouement"); deuxièmement, la compensation de l'ensemble des obligations découlant des opérations résiliées ("compensation globale").

356. Autoriser ce type de compensation après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité contribue fortement à atténuer les risques systémiques qui pourraient menacer la stabilité des marchés financiers. La valeur d'un contrat financier ou l'exposition qu'il implique peuvent varier considérablement d'un jour à l'autre (et parfois d'une heure à l'autre) en fonction des conditions sur les marchés financiers. Autrement dit, la valeur de tels contrats peut être extrêmement instable. Il est courant que les cocontractants atténuent les risques qui leur sont liés, ou se prémunissent contre eux, en concluant avec des tiers un ou plusieurs contrats symétriques ou de couverture, dont la valeur fluctue en sens inverse de celle du contrat avec le débiteur[73].

357. Que le débiteur exécute ou non son contrat avec le cocontractant, ce dernier doit exécuter le contrat de couverture qu'il a conclu avec des tiers. Si le débiteur devient insolvable et ne peut exécuter son contrat avec le cocontractant, ce dernier se trouve exposé à l'instabilité du marché, car ses positions de couverture ne sont

[73] Lorsque l'on parle d'un "contrat" dans la présente section, il peut s'agir d'un seul ou de plusieurs contrats.

plus “couvertes” par son contrat avec le débiteur. En général, il cherche alors à “couvrir” les contrats de couverture en passant un ou plusieurs nouveaux contrats de façon à limiter son exposition aux fluctuations futures du marché. Il ne peut toutefois le faire tant qu’il n’a pas la certitude qu’il ne sera pas tenu d’exécuter son contrat avec le débiteur. C’est la faculté de dénouer ce contrat qui lui permet de se “couvrir” une fois ouverte la procédure d’insolvabilité.

358. En l’absence de la faculté de dénouer les positions ouvertes et de procéder à la compensation de l’ensemble des obligations découlant de contrats non exécutés, comme décrit ci-dessus, rapidement après l’ouverture de la procédure, le défaut d’exécution de son contrat par le débiteur (ou la décision de ce dernier d’exécuter les contrats rentables et de ne pas exécuter ceux qui ne le sont pas) pourrait rendre le cocontractant incapable d’exécuter les contrats financiers connexes qu’il a passés avec d’autres opérateurs. L’insolvabilité d’un gros opérateur pourrait entraîner une série de défaillances dans des opérations couplées, ce qui pourrait mettre d’autres opérateurs en difficultés financières et, dans le pire des cas, entraîner l’effondrement financier d’autres cocontractants, y compris des établissements financiers réglementés. Cet effet domino est souvent appelé “risque systémique”, et est souvent invoqué comme argument de poids pour autoriser les participants à dénouer et à procéder à la compensation globale ou simple des obligations d’une manière qui ne serait normalement pas autorisée par la loi sur l’insolvabilité.

359. Des risques systémiques peuvent aussi découler de préoccupations quant au caractère définitif des paiements et règlements de contrats financiers qui ont lieu dans les systèmes centraux de paiement et de règlement. Ces systèmes appliquent des arrangements de compensation globale bilatérale ou multilatérale. Pour prévenir un risque systémique, il faudrait reconnaître et protéger la compensation globale des contrats financiers et le caractère définitif du clearing et du règlement qui s’effectuent par leur intermédiaire en cas d’insolvabilité d’un des participants au système.

360. Dans de nombreux pays, l’application des règles générales relatives à l’insolvabilité permettra l’exécution des contrats financiers conformément à leurs clauses après l’ouverture d’une procédure d’insolvabilité en donnant effet aux clauses de résiliation des contrats déclenchées par l’insolvabilité (voir chap. II.2 et recommandations 53) et 57)) et en permettant la compensation des obligations, que l’action pour rupture de contrat soit fondée sur une clause de résiliation automatique ou qu’elle soit engagée avant l’ouverture de la procédure. Dans d’autres pays, où les dispositions relatives à l’insolvabilité limitent l’effet des clauses de résiliation automatique ou arrêtent ou limitent l’exercice des droits de compensation et autres voies de droit des créanciers, il faudra que la loi sur l’insolvabilité prévoie des exceptions pour permettre le plein exercice des voies de droit concernant les contrats financiers. Il est souhaitable aussi d’étendre les exceptions aux dispositions concernant l’annulation qui pourraient s’appliquer aux contrats financiers ainsi qu’à toutes restrictions qui limiteraient la possibilité de faire jouer une sûreté pour des obligations découlant de contrats financiers qui demeurent non exécutés une fois toutes les compensations effectuées.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet de dispositions législatives concernant la compensation globale et la compensation simple dans le contexte des opérations financières est de réduire la possibilité de risques systémiques qui pourraient menacer la stabilité des marchés financiers en assurant la sécurité quant aux droits des parties à un contrat financier en cas de défaillance de l'une d'entre elles pour cause d'insolvabilité.

Contenu des dispositions législatives

86) La loi devrait reconnaître les droits de résiliation contractuels associés à des contrats financiers qui permettent la résiliation de ces derniers et la compensation globale ou simple des obligations non acquittées qui en découlent rapidement après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Lorsque la loi interdit la résiliation des contrats ou limite l'applicabilité des clauses de résiliation automatique dès lors qu'une procédure d'insolvabilité est ouverte, les contrats financiers devraient être exempts de ces restrictions[74].

87) Une fois les contrats financiers du débiteur résiliés par un cocontractant, la loi devrait autoriser ce dernier à procéder à la compensation globale ou simple des obligations découlant de ces contrats de manière à déterminer son exposition nette par rapport au débiteur. Cela devrait être autorisé, que la résiliation des contrats intervienne avant ou après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Lorsque la loi limite ou interdit l'exercice des droits de compensation dès lors qu'une procédure d'insolvabilité est ouverte, la compensation globale ou simple des contrats financiers devrait être exempte de ces restrictions.

88) [85)] Une fois les contrats financiers du débiteur résiliés, la loi devrait permettre aux cocontractants de réaliser leurs sûretés pour s'acquitter des obligations découlant de contrats financiers. Les contrats financiers devraient être exempts de toute interdiction de la réalisation des sûretés prévue par la loi sur l'insolvabilité.

89) [86)] La loi devrait spécifier que les transferts de routine effectués avant faillite selon la pratique du marché, tels que la fourniture d'un dépôt de garantie pour les contrats financiers[75] et les transferts effectués pour régler des obligations financières contractuelles[76], devraient être exempts d'annulation.

---

[74] Cela permettra aux opérateurs de consentir des crédits sur la base de positions "nettes" et empêchera le débiteur de choisir d'exécuter les contrats qui lui conviennent et de rompre les autres, ce qui est particulièrement important dans le cas des contrats financiers à cause du risque systémique.

[75] Fourniture d'une somme ou de titres supplémentaires pour garantir les opérations conformément à une formule contractuelle qui tient compte des fluctuations de la valeur marchande du contrat et de la garantie existante. Par exemple, dans un contrat d'échange financier, un dépôt représentant 105 % de la valeur du contrat peut être exigé pour maintenir la valeur de liquidation du contrat. Si la garantie tombe à 100 %, un dépôt supplémentaire peut être exigé.

[76] Dans certains cas, on peut considérer qu'un règlement relève d'un traitement préférentiel. Dans l'exemple d'un contrat d'échange financier, les règlements doivent être effectués chaque mois ou bien à la résiliation du contrat sur la base de la valeur marchande de ce dernier. Ces règlements ne sont pas des transferts d'une valeur correspondant à la valeur actuelle du contrat

90) [87)] La loi sur l'insolvabilité devrait reconnaître et protéger le caractère définitif de la compensation, du clearing et du règlement des contrats financiers effectués par l'intermédiaire de systèmes de paiements et de règlement en cas d'insolvabilité d'un participant au système.

91) [88)] Les recommandations 86) à 90) devraient s'appliquer à toutes les opérations qui sont considérées comme des "contrats financiers", qu'un établissement financier fasse ou non partie des cocontractants[77].

92) [89)] Les contrats financiers devraient être définis de façon suffisamment large pour englober les divers types de contrats financiers existants ainsi que les nouveaux, à mesure qu'ils apparaîtront. [Ces recommandations ne sont pas censées s'appliquer aux opérations qui ne sont pas des contrats financiers et qui resteraient soumis au droit commun applicable à la compensation globale et à la compensation simple.]

III. Participants

A. Débiteur[78]

1. Introduction

361. 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 – sous une forme ou une autre – 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 en vue de la poursuite de l'activité, soit pour être redressée). Le débiteur aura aussi un rôle à jouer en aidant le représentant de l'insolvabilité à remplir ses propres fonctions et en fournissant à ce dernier ou au tribunal des informations sur son entreprise. Il aura non seulement des obligations mais également certains droits en ce qui concerne la procédure, tels que le droit d'être entendu pendant celle-ci, d'être informé et de conserver des biens personnels. Pour garantir le bon déroulement de la procédure et apporter une certaine sécurité à toutes les parties intéressées, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité définisse clairement l'étendue des droits et obligations du débiteur.

---

au moment où ils sont effectués, mais au règlement d'une dette accumulée arrivée à échéance. Dans les pays qui ont fixé une période suspecte pour toutes les opérations intervenant avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, un tel paiement pourrait aussi être annulable.

77 Même si un contrat financier donné ne fait pas intervenir d'organisme financier, l'impact de l'insolvabilité d'un cocontractant pourrait entraîner un risque systémique.

78 Étant donné que la loi sur l'insolvabilité visera différents types d'entreprises, qu'il s'agisse d'entreprises individuelles, de sociétés en participation ou d'une forme ou une autre société dotée de la personnalité morale, 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 englober les dirigeants et les propriétaires de l'entreprise, le cas échéant.

2. Poursuite de l'exploitation de l'entreprise débitrice et rôle du débiteur

a) Liquidation

362. 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 chap. II.B) mais également contre le débiteur. C'est pourquoi de nombreuses lois sur l'insolvabilité dessaisissent le débiteur de tous droits de contrôler les actifs ainsi que de gérer et d'exploiter l'entreprise en liquidation et prévoient la nomination d'un représentant de l'insolvabilité chargé d'assumer toutes les attributions qui sont retirées au débiteur, à savoir, notamment, les pouvoirs liés à l'utilisation et à la disposition des actifs mais également 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, toute opération sur des actifs de la masse, y compris tout transfert de ces actifs, effectuée sans l'autorisation du représentant de l'insolvabilité, du tribunal ou des créanciers (selon ce que prévoit la loi sur l'insolvabilité) sera généralement nulle (ou, dans certaines lois, annulable) et les actifs transférés (ou leur valeur) susceptibles d'être recouvrés au profit de la masse de l'insolvabilité (voir chap. II.E.7 et F.8).

363. 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 lois prévoient que le représentant de l'insolvabilité devra superviser et contrôler l'ensemble des activités du débiteur, lequel est autorisé à accroître la valeur de la masse et à faciliter la vente des actifs en continuant 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'activité correspondant et qu'il entretient une relation suivie avec les créanciers, les fournisseurs et les clients.

b) Redressement

364. 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 et comment ce rôle s'articule avec celui des autres participants. Le rôle du débiteur peut dépendre en grande partie de sa bonne foi durant la procédure et sera donc d'une utilité discutable en cas de mauvaise foi. Il peut aussi dépendre de l'existence d'un système de gouvernance efficace et indépendant permettant de lutter contre l'incompétence ou les comportements intéressés. Le maintien du débiteur pourra aussi être plus ou moins avantageux selon que l'ouverture de la procédure a été demandée par ce dernier ou par les créanciers. Dans ce dernier cas, le débiteur risque de se montrer peu coopératif voire hostile au point que sa participation devienne inutile. Le choix du rôle à attribuer au débiteur peut dépendre d'un certain nombre de facteurs, tels que la culture d'entreprise au niveau local; le rôle des banques; l'existence de systèmes de gouvernement d'entreprise et leur efficacité; l'efficacité des institutions s'occupant d'insolvabilité; le degré de supervision exercé par les tribunaux ou exigé d'eux; l'efficacité et l'accessibilité des tribunaux; et la mesure dans laquelle les incitations au dépôt de demandes d'ouverture sont considérées comme importantes pour l'élaboration du régime de l'insolvabilité.

i) Avantages et inconvénients d'une participation du débiteur

365. Une participation du débiteur peut présenter un certain nombre d'avantages. Le débiteur aura souvent une connaissance directe et intime de son 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 aider le représentant de l'insolvabilité à 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. En pareils cas, son dessaisissement total, indépendamment de sa part de responsabilité dans les difficultés financières de l'entreprise, non seulement peut décourager l'esprit d'entreprise et la prise de risque 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.

366. 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 est possible 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 ces difficultés), confiance qui devra être rétablie pour que l'entreprise soit redressée 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 facteur susceptible de faire changer d'avis les créanciers sur ce point est l'existence d'un système efficace de gouvernement d'entreprise et son application par le débiteur. Lorsqu'un tel système fait défaut, les créanciers préféreront sans doute que soit nommé un représentant de l'insolvabilité qui remplacera le débiteur ou le supervisera étroitement.

367. 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 risque alors de 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 actifs 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 la manière dont la procédure a été ouverte, à savoir à la demande du débiteur ou des créanciers (le débiteur pouvant se montrer dans le second cas hostile envers les créanciers).

368. 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, les restrictions applicables à la gestion et au contrôle de l'entreprise par le débiteur peuvent être levées et ce dernier se chargera de l'exécution du plan approuvé.

369. Les lois sur l'insolvabilité adoptent différentes solutions pour concilier les avantages et les 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 supervision plus ou moins stricte et par le maintien des dirigeants existants. La solution retenue a des incidences sur la structure du régime de l'insolvabilité et, en particulier, sur l'équilibre à assurer entre les différents participants et la mesure dans laquelle les mécanismes correcteurs, qu'ils soient prévus par le tribunal ou par les créanciers, seront appliqués.

ii) Solutions concernant le rôle du débiteur

– *Dessaisissement total du débiteur*

370. Cette solution consiste, comme dans la liquidation, à retirer tout contrôle de l'entreprise au débiteur et à nommer un représentant de l'insolvabilité chargé d'exercer les fonctions de gestion de l'entreprise à sa place. Comme on l'a vu plus haut, toutefois, un dessaisissement total peut désorganiser l'entreprise et nuire à la poursuite de son exploitation à un stade critique de sa survie.

– *Supervision du débiteur par le représentant de l'insolvabilité*

371. 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 actifs 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 affaires, une autorisation étant requise dans le cas contraire. La surveillance de la trésorerie de l'entreprise peut être un moyen supplémentaire de superviser le débiteur et ses opérations.

372. Si le débiteur ne respecte pas les restrictions prévues et conclut des contrats sans obtenir d'abord l'autorisation requise, il faudra peut-être que la loi 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 mettre purement et simplement fin à la procédure. L'opportunité d'une

telle mesure dépendra non seulement de la manière dont la procédure a été ouverte – à savoir à la demande du débiteur ou des créanciers (il ne faudrait pas que le débiteur puisse faire échouer la procédure ouverte à la demande des créanciers en refusant de se soumettre à la loi sur l'insolvabilité ou aux décisions du tribunal) – mais également de l'intérêt que la mesure présentera de toutes les parties impliquées dans la procédure et de l'existence dans la loi sur l'insolvabilité d'autres mécanismes permettant de remédier à ce genre de comportement de la part du débiteur (notamment la possibilité de convertir le redressement en liquidation).

373. 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 protéger la masse dans un cas particulier, par exemple lorsqu'il est démontré que le débiteur se soustrait à l'obligation de rendre des comptes ou lorsque celui-ci a mal géré ou détourné des actifs. Dans ces cas, il peut être souhaitable d'autoriser le dessaisissement du débiteur par le tribunal, agissant d'office ou sur l'initiative du représentant de l'insolvabilité, voire éventuellement des créanciers ou du comité des créanciers.

374. Les créanciers peuvent avoir un rôle à jouer dans la tâche consistant à surveiller 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 exigeant, par exemple, que les créanciers votent à une majorité appropriée avant d'être autorisés à prendre des dispositions pour dessaisir le débiteur ou renforcer les pouvoirs de supervision du représentant de l'insolvabilité.

375. Une autre façon de répartir les pouvoirs entre le débiteur et le représentant de l'insolvabilité est de ne pas indiquer, dans la loi sur l'insolvabilité, 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.

– *Maintien du débiteur à la tête de l'entreprise*

376. S'agissant toujours du rôle 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 de 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.

377. Elle peut toutefois comporter des inconvénients, à savoir notamment le fait qu'elle soit utilisée dans des cas où le résultat risque manifestement d'être infructueux; qu'elle retarde l'inévitable en conséquence de quoi les actifs continuent

d'être dispersés; que le débiteur risque d'agir de façon irresponsable, voire frauduleuse, pendant la période où il reste en place, compromettant les chances de redressement et portant atteinte à la confiance des créanciers; et que les entreprises en difficulté puissent bénéficier d'un avantage compétitif si elles sont en mesure d'obtenir un financement bon marché, une réduction des intérêts à payer et d'autres facilités qui ont pour effet d'abaisser leurs coûts par rapport à ceux de leurs concurrents. On peut aplanir certaines de ces difficultés en adoptant des mesures de protection, par exemple en faisant obligation au débiteur de rendre régulièrement compte au tribunal du déroulement de la procédure; en autorisant le tribunal, dans certains cas, à nommer 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 prévoyant la conversion de la procédure de redressement en liquidation. Il est à noter que, lorsque cette approche est retenue, les dirigeants en place au moment de l'ouverture de la procédure ne sont généralement pas les mêmes que ceux chargés d'exécuter un plan approuvé et certains des problèmes mentionnés ci-dessus ne se poseront pas avec la même acuité que lorsque la direction de l'entreprise demeure inchangée pendant toute la procédure. Cela étant, le non-déssaisissement du débiteur est une solution complexe qui nécessite un examen approfondi non seulement parce qu'elle exige des règles de gouvernement d'entreprise strictes et des moyens institutionnels considérables, mais aussi parce qu'elle a une incidence sur le contenu de plusieurs autres dispositions du régime de l'insolvabilité (relatives par exemple, à l'élaboration du plan de redressement, à l'exercice des pouvoirs d'annulation, au traitement des contrats, à l'obtention d'un financement après l'ouverture de la procédure) qui ne sont pas examinées en détail dans le présent Guide.

3. Droits du débiteur

378. Afin de préserver ce que certains pays considèrent comme des droits fondamentaux 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 le régime de l'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 tels que 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 débiteurs personnes physiques dans le cadre d'une telle procédure.

– *Droit d'être entendu, d'avoir accès à des informations et de conserver des biens personnels*

379. 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 loi 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 loi 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 (chap. II.A.3), lorsque le débiteur est une personne physique, certains actifs sont généralement exclus de la masse de l'insolvabilité pour permettre à celui-ci de préserver ses droits personnels et ceux de sa famille et il est souhaitable que le droit de conserver ces actifs soit clairement énoncé dans la loi sur l'insolvabilité.

380. 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. De même, lorsque l'entreprise du débiteur ne fonctionne plus et que ce dernier ne peut pas être entendu en tant que tel ou lorsque les actionnaires et les propriétaires de l'entreprise ne souhaitent participer à aucune répartition dans le cadre de la procédure, cette obligation absolue n'aura sans doute aucune utilité. C'est pourquoi, s'il est souhaitable d'exiger que tous les efforts raisonnables soient faits pour permettre au débiteur d'être entendu, il faut peut-être aussi que la loi sur l'insolvabilité offre une certaine souplesse dans des cas exceptionnels pour éviter que l'obligation de respecter ce droit ne compromette le déroulement de la procédure.

4. Obligations du débiteur

381. Il est souhaitable que la loi 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. Les obligations devraient naître à l'ouverture de la procédure et continuer de s'appliquer pendant toute la durée de cette dernière. Il faudra les adapter 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 actifs de la masse ne sera pas applicable.

a) Coopération et assistance

382. Pour assurer le bon déroulement de la procédure, certaines lois sur l'insolvabilité qui prévoient une forme ou une autre de dessaisissement ou de supervision du débiteur font obligation à celui-ci 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 le contrôle des actifs, des documents commerciaux et des pièces comptables de l'entreprise. Lorsque ses actifs se trouvent à l'étranger, le débiteur ne pourra sans doute pas en remettre le contrôle mais il devrait être tenu d'apporter son

aide et sa coopération au représentant de l'insolvabilité en vue de leur récupération (voir chap. VII concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale). L'obligation de coopérer peut également impliquer que le débiteur aide le représentant de l'insolvabilité à dresser une liste des créanciers et de leurs créances, ainsi qu'une liste de ses débiteurs (voir chap. III.B.4).

b) Communication de renseignements

383. Pour faciliter une évaluation détaillée et objective des activités du débiteur, en particulier de ses besoins immédiats de trésorerie, de l'opportunité d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, de la viabilité à long terme de l'entreprise et des compétences de la direction pour déterminer si elle peut 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 sur ses affaires commerciales et financières, à savoir notamment: son actif et son passif; ses bénéfices et décaissements; ses clients; ses prévisions de pertes et de profits; ses flux de trésorerie; sa stratégie commerciale; les tendances de son secteur d'activité; les causes ou raisons de sa situation financière; les opérations antérieures le concernant ou portant sur ses actifs, y compris les opérations susceptibles d'être annulées conformément aux dispositions de la loi sur l'insolvabilité relatives à l'annulation; mais aussi les contrats en cours, les opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés avec lui et les procédures judiciaires, arbitrales ou administratives 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, comme indiqué plus haut, de préparer, généralement en collaboration avec le représentant de l'insolvabilité, une liste des créanciers à partir de laquelle vérifier les créances, ainsi qu'une liste de ses débiteurs. Le débiteur peut aussi être tenu d'actualiser cette liste à mesure que les créances sont vérifiées et admises ou rejetées.

384. Bien qu'il ne soit sans doute pas nécessaire de fournir, dans une loi sur l'insolvabilité, une liste exhaustive des renseignements devant être communiqués par le débiteur, cette solution permettrait de donner des indications sur le type de renseignements souhaité. À cet égard, certaines lois prévoient des formulaires normalisés énumérant les différents éléments d'information requis. Ces formulaires doivent être remplis par le débiteur (des sanctions étant prises s'il fournit des informations fallacieuses ou mensongères) ou par une personne ou un administrateur indépendant.

385. 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, à condition que le débiteur se voit accorder le temps nécessaire pour les réunir. Si celui-ci peut respecter cette obligation, la confiance des créanciers dans son aptitude à continuer de gérer l'entreprise s'en trouvera renforcée.

386. L'utilité des renseignements mentionnés ci-dessus peut dépendre en grande partie des moyens prévus pour les obtenir. Si, par exemple, des membres de la direction sont responsables de la situation financière actuelle de l'entreprise, ils refuseront probablement de faire des révélations complètes et franches ou de divulguer des informations pouvant être compromettantes (bien que de nombreuses lois pénales n'autorisent pas l'utilisation de preuves compromettantes dans des procédures pénales ultérieures afin d'encourager la franchise). Par conséquent, outre l'obligation du débiteur de communiquer des renseignements, il sera sans doute souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité donne au représentant de l'insolvabilité et aux créanciers ou au comité des créanciers le droit correspondant d'exiger et de recevoir des renseignements du débiteur, des sanctions appropriées étant prises lorsque les renseignements demandés ne sont pas fournis. L'obligation du débiteur peut être complétée par d'autres mesures pouvant notamment consister à nommer une personne indépendante chargée d'auditionner celui-ci ou à exiger que le débiteur lui-même (lorsqu'il s'agit d'une personne physique) ou qu'un ou plusieurs administrateurs de l'entreprise débitrice se fassent représenter ou assistent à une réunion générale des créanciers pour répondre aux questions (sauf dans les cas où cela n'est matériellement pas possible, pour des raisons géographiques).

c) Confidentialité

387. Les renseignements devant être fournis par le débiteur sont souvent commercialement sensibles, confidentiels ou soumis à des obligations dues à d'autres personnes (comme les secrets professionnels, les listes de clients et de fournisseurs, les informations sur la recherche-développement) et peuvent soit appartenir au débiteur, soit appartenir à un tiers mais être en sa possession. Il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité comporte des dispositions permettant de protéger ce type de renseignements pour éviter qu'ils ne soient utilisés de manière abusive par les créanciers ou d'autres parties qui sont en mesure de les exploiter dans le cadre de la procédure d'insolvabilité. Afin de concilier l'obligation de protection incombant au débiteur et son obligation de fournir des renseignements au représentant de l'insolvabilité, au tribunal ou aux créanciers, on devra peut-être aussi appliquer l'obligation de confidentialité et de protection aux parties ayant un lien avec le débiteur, au représentant de l'insolvabilité, à l'ensemble des créanciers, au comité des créanciers et aux tiers.

d) Obligations secondaires

388. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité imposent au débiteur d'autres obligations qui sont secondaires à son obligation de prêter coopération et assistance. Ce peut être, par exemple, l'obligation (faite soit à un débiteur personne physique soit aux dirigeants et aux membres du conseil d'administration d'une personne morale débitrice) de ne pas quitter leur résidence habituelle sans l'autorisation du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité ou de notifier au tribunal ou au représentant de l'insolvabilité qu'ils ont l'intention ou sont contraints de quitter cette résidence, de divulguer l'ensemble de leur correspondance au représentant de l'insolvabilité ou au tribunal, ainsi que d'autres obligations restreignant la liberté personnelle. Lorsque le débiteur est une personne morale, des restrictions peuvent aussi s'appliquer au transfert du siège social de l'entreprise, la loi sur l'insolvabilité pouvant soumettre ce transfert à l'approbation du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité. 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 membres du conseil d'administration 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 de l'obligation de coopération. Ces obligations peuvent en outre être limitées par l'application des conventions et accords relatifs aux droits de l'homme mentionnés plus haut.

389. Certaines lois sur l'insolvabilité considèrent ces obligations comme automatiquement applicables, tandis que d'autres laissent au tribunal la possibilité de les appliquer à sa discrétion si elles sont jugées nécessaires pour l'administration de la masse. Certaines lois font également une distinction entre personnes physiques et personnes morales; dans le premier cas, les obligations ne s'appliqueront que sur décision du tribunal, alors que, dans le second, certaines obligations peuvent s'appliquer automatiquement, par exemple celle de divulguer la correspondance.

e) Recours à des professionnels pour aider le débiteur

390. Pour aider le débiteur à s'acquitter de ses obligations en rapport avec la procédure dans son ensemble, certaines lois sur l'insolvabilité l'autorisent à faire appel aux professionnels 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

391. Il faudra peut-être que la loi sur l'insolvabilité examine les dispositions à prendre en cas de manquement de la part du débiteur, compte tenu de la nature différente des obligations et des sanctions appropriées. Comme on l'a vu plus haut, en cas de rétention d'information par le débiteur, un mécanisme qui l'oblige à communiquer les renseignements requis, tels que son "audition publique" par le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité, peut être nécessaire. 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. Dans un redressement, la conversion de cette procédure en liquidation (voir chap. IV.A.14) peut être une sanction appropriée à condition qu'elle soit dans l'intérêt des créanciers; dans certains cas, ces derniers auront tout à gagner de la poursuite du redressement, malgré le refus du débiteur de coopérer ou plus généralement de s'acquitter de ses obligations.

392. 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. Par exemple, les contrats conclus par le débiteur après l'ouverture de la procédure pourraient faire l'objet d'actions en annulation ou être considérés comme des opérations non agréées. Il faudra peut-être aussi examiner à quelles parties devraient s'appliquer les sanctions lorsque le débiteur est une personne morale par exemple, à toute personne qui pourrait généralement être décrite comme se trouvant à la tête de l'entreprise, notamment les membres du conseil d'administration et les dirigeants.

5. Responsabilité du débiteur

393. 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 les 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 gouvernement d'entreprise, bien que certaines lois sur l'insolvabilité puissent exiger que la procédure d'insolvabilité soit ouverte à un stade précoce des difficultés financières (voir chap. I.B). Si les actes antérieurs de personnes ayant un lien avec un débiteur insolvable ont causé un préjudice ou une perte aux créanciers de ce débiteur (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 une loi sur l'insolvabilité, la possibilité d'une réparation par les responsables du préjudice ou de la perte causée.

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant le débiteur est:

a) d'établir les droits et obligations du débiteur pendant la procédure d'insolvabilité;

b) de prévoir des mesures 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 d'insolvabilité.

Contenu des dispositions législatives

Droits

– *Droit d'être entendu (voir recommandation 121)*

– *Droit de participer et de demander des informations*

93) La loi devrait spécifier que le débiteur a le droit de participer à la procédure d'insolvabilité et d'obtenir du représentant de l'insolvabilité et du tribunal des informations concernant cette procédure.

– *Droit du débiteur de conserver des biens pour préserver ses droits de nature personnelle*

94) Lorsque le débiteur est une personne physique, la loi devrait spécifier que le débiteur a le droit de conserver les actifs qu'elle exclut de la masse[79].

Obligations

95) La loi devrait indiquer clairement les obligations du débiteur en ce qui concerne la procédure d'insolvabilité, lesquelles devraient naître à l'ouverture de cette procédure et continuer de s'appliquer pendant toute sa durée. 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;

b) obligation de fournir au tribunal, au représentant de l'insolvabilité, aux créanciers et/ou au comité des créanciers les renseignements exacts, fiables et complets que ceux-ci pourraient [raisonnablement] lui demander sur sa situation financière et ses affaires, notamment des listes[80]:

i) des opérations réalisées avant l'ouverture qui concernent le débiteur ou ses actifs;

ii) des procédures judiciaires, arbitrales ou administratives en cours, y compris les procédures d'exécution;

iii) des éléments d'actif et de passif, des bénéfices et des décaissements;

iv) des débiteurs et de leurs obligations;

v) des créanciers et de leurs créances, cette liste étant établie en collaboration avec le représentant de l'insolvabilité et revue et modifiée à mesure que les créances sont vérifiées et admises ou rejetées;

c) [lorsqu'un représentant de l'insolvabilité est nommé] obligation de permettre à celui-ci de prendre le contrôle effectif de la masse et de lui apporter son aide ou sa coopération pour qu'il recouvre les actifs de la masse où qu'ils se trouvent[81] ou en reprenne le contrôle et pour qu'il récupère les documents commerciaux;

d) lorsque le débiteur est une personne physique, obligation de notifier au tribunal qu'il a l'intention ou qu'il est contraint de quitter sa résidence habituelle et, lorsque le débiteur est une personne morale, obligation d'obtenir l'autorisation du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité pour transférer son siège social.

---

[79] Voir chap. II.A.

[80] À condition de laisser au débiteur le temps nécessaire pour réunir les renseignements en question.

[81] Voir chap. VII – Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et nomination d'un représentant étranger.

Confidentialité

96) La loi devrait spécifier les mesures visant à protéger les renseignements fournis par le débiteur[82] qui sont commercialement sensibles ou confidentiels.

Rôle du débiteur dans la continuation de l'entreprise

97) La loi devrait spécifier le rôle dévolu au débiteur dans la poursuite de l'exploitation de l'entreprise pendant la procédure d'insolvabilité. Différentes approches peuvent être adoptées, notamment:

a) le maintien du débiteur à la tête de l'entreprise (débiteur non dessaisi), 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[83];

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, auquel cas la répartition des tâches entre le premier et le second devrait être spécifiée dans la loi; ou

c) le dessaisissement total du débiteur, qui ne joue plus aucun rôle dans l'entreprise, et la nomination d'un représentant de l'insolvabilité.

Sanctions en cas d'inexécution

98) La loi devrait autoriser l'application de sanctions en cas d'inexécution par le débiteur des obligations qu'elle lui impose.

B. Représentant de l'insolvabilité

1. Introduction

394. 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 la personne qui assume les diverses fonctions pouvant être exercées d'une manière générale sans distinction entre elles selon le type 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. Quelle que soit la façon dont il est nommé, il joue un rôle central dans l'application effective et efficace de la loi sur l'insolvabilité, se voyant conférer certains pouvoirs sur le débiteur et ses actifs et ayant pour mission de protéger lesdits actifs et leur valeur, ainsi que les intérêts des créanciers et des salariés, et de veiller à ce que la loi soit appliquée avec efficacité et en toute impartialité. Il est donc indispensable que le représentant de l'insolvabilité

---

[82] Le débiteur peut fournir des renseignements qu'il détient, qui lui appartiennent ou qui appartiennent à un tiers.

[83] 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 chap. III.A.2 b) ii).

possède les qualifications appropriées ainsi que les connaissances, l'expérience et les qualités personnelles qui non seulement assureront le bon déroulement de la procédure mais inspireront également confiance dans le système d'insolvabilité.

2. Qualifications

395. Les qualifications requises d'une personne susceptible d'être nommée représentant de l'insolvabilité peuvent varier en fonction du rôle du représentant de l'insolvabilité (y compris du type de procédure – liquidation ou redressement) et du niveau de supervision exercé sur lui (et sur la procédure d'insolvabilité en général) par le tribunal. Elles peuvent également varier en fonction de la procédure de nomination (voir ci-après). Lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit la nomination d'un agent public à cette fonction, les qualifications examinées ci-après ne s'appliqueront généralement pas à cette nomination (même si elles peuvent s'appliquer au recrutement de cet agent par l'organisme public intéressé).

396. Lorsqu'on détermine les qualifications requises pour être nommé représentant de l'insolvabilité, il est souhaitable de trouver le juste milieu entre des exigences trop strictes, qui conduisent à désigner une personne hautement qualifiée mais risquent de limiter considérablement le nombre de professionnels considérés comme suffisamment qualifiés et d'accroître le coût de la procédure, et des exigences trop faibles pour garantir la qualité du service requis. En cas de pénurie de professionnels suffisamment qualifiés, le rôle assigné au tribunal en matière de nomination et de supervision du représentant de l'insolvabilité pourra fortement aider à trouver ce juste milieu.

a) Représentant provisoire de l'insolvabilité

397. Lorsqu'un représentant de l'insolvabilité est nommé à titre provisoire par le tribunal avant que la procédure d'insolvabilité ne soit ouverte, les pouvoirs et fonctions de cette personne sont généralement déterminés par le tribunal. Dans la mesure où ses pouvoirs et fonctions sont les mêmes que ceux d'un représentant de l'insolvabilité nommé après l'ouverture de la procédure, le représentant provisoire de l'insolvabilité devrait avoir les mêmes qualifications, ainsi que les mêmes responsabilités et le même taux de rémunération qu'un représentant nommé après l'ouverture.

b) Connaissances et expérience

398. En raison de la complexité de nombreuses procédures d'insolvabilité, il est vivement souhaitable que le représentant de l'insolvabilité ait les qualifications adéquates et qu'il connaisse le droit (non seulement le droit de l'insolvabilité, mais aussi le droit commercial, le droit financier et le droit des affaires) et ait une expérience appropriée des questions commerciales et financières, y compris de la comptabilité. Le représentant de l'insolvabilité devra faire preuve de compétence dans l'exercice des fonctions qui lui incombent dans différents cas et circonstances pouvant être litigieux, aussi bien dans une procédure de liquidation que dans une procédure de redressement, où des délais peuvent être imposés par la loi sur l'insolvabilité, où les exigences commerciales doivent être conciliées avec les considérations juridiques et où il faut servir les intérêts d'autres personnes, telles que les créanciers, mais aussi peut-être l'intérêt général. Dans le cas où des connaissances plus approfondies ou plus spécialisées seraient nécessaires, celles-ci

peuvent toujours être apportées par des experts recrutés à cette fin. Certaines lois sur l'insolvabilité exigent également qu'une personne devant être nommée représentant de l'insolvabilité dans une affaire particulière ait des connaissances et des compétences adaptées à cette affaire, par exemple une connaissance de l'activité du débiteur, de ses actifs et du type de marché sur lequel il opère.

c) Faire en sorte que le représentant de l'insolvabilité ait les qualifications appropriées

399. Différentes solutions sont adoptées pour faire en sorte que le représentant de l'insolvabilité ait les qualifications appropriées. Celui-ci peut notamment être tenu de posséder certaines qualifications et certains diplômes professionnels; d'obtenir une licence, délivrée par une autorité publique ou un organisme professionnel; de suivre des stages de formation spécialisée et de passer des examens d'aptitude; d'avoir 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. Il peut également être tenu de suivre une formation professionnelle continue pour se tenir bien informé des changements récents dans les domaines pertinents du droit et de la pratique. Les systèmes qui exigent une forme quelconque de licence ou de qualification professionnelle et l'appartenance à des associations professionnelles traitent aussi, souvent, des questions de supervision et de discipline; un représentant de l'insolvabilité peut être sous la tutelle d'un tribunal, d'une association professionnelle ou d'un organisme de réglementation des entreprises ou autre, dans le cadre d'une législation autre que la loi sur l'insolvabilité. Plusieurs de ces systèmes sont relativement complexes et leur analyse approfondie déborde le cadre du présent Guide.

d) Qualités personnelles

400. 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 de bonnes aptitudes de gestionnaire. L'intégrité impliquerait que le représentant de l'insolvabilité ait une bonne réputation et qu'il n'ait pas commis d'infraction pénale ni de fraude financière ou, dans certains pays, qu'il n'ait pas été insolvable ou qu'il n'ait pas été révoqué d'un poste dans l'administration publique. De tels faits suffiraient généralement pour empêcher une nomination.

e) Conflits d'intérêts

401. Un élément essentiel de ces qualités est que le représentant de l'insolvabilité sache faire preuve d'indépendance vis-à-vis d'intérêts particuliers, qu'ils soient économiques, familiaux ou autres. À cette fin, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité impose une obligation de déclarer les conflits d'intérêts existants ou potentiels, obligation qui s'appliquerait à une personne dont la nomination est proposée à l'ouverture de la procédure et à la personne nommée à cette fonction pendant toute la durée de la procédure. La loi devrait indiquer clairement la personne à qui la déclaration doit être faite, celle-ci pouvant varier selon la procédure de sélection et de nomination du représentant de l'insolvabilité. Les situations donnant lieu à un conflit d'intérêts, de même que les conséquences d'un

conflit déclaré à l'ouverture de la procédure ou découvert par la suite, varient selon les lois.

402. Un conflit d'intérêts peut naître, par exemple, de relations antérieures ou existantes avec le débiteur. Il suffira parfois d'avoir été propriétaire de l'entreprise débitrice, de traiter ou d'avoir traité avec le débiteur (notamment d'être partie à une opération conclue avec lui susceptible de faire l'objet d'une enquête pendant la procédure d'insolvabilité ou d'être un de ses créanciers ou débiteurs), d'être en relation avec un créancier du débiteur, d'avoir été représentant du débiteur ou avoir exercé une fonction de direction dans son entreprise ou d'avoir un lien avec un concurrent du débiteur. Dans certains pays, un conflit d'intérêts empêchera la nomination de la personne à la fonction de représentant de l'insolvabilité ou entraînera la révocation de la personne nommée à cette fonction. Dans d'autres, la personne pourra malgré tout être nommée à condition que le conflit d'intérêts soit déclaré, l'idée étant que cette déclaration confirme son intégrité et que toute impartialité ou tout manque d'indépendance peut être apprécié au regard des faits révélés. 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. Il revient généralement aux tribunaux de déterminer s'il existe ou non, dans une affaire particulière, un conflit d'intérêts ou des éléments indiquant un manque d'indépendance.

3. Sélection et nomination du représentant de l'insolvabilité

403. Les lois sur l'insolvabilité prévoient des modalités différentes de sélection et de nomination d'un représentant de l'insolvabilité. Ce dernier 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 professionnels). Dans certains pays, la loi sur l'insolvabilité prévoit la nomination automatique d'un agent public particulier (diversement appelé administrateur judiciaire, curateur ou liquidateur) dans tous les cas ou dans certaines types d'affaires. Dans de nombreux pays, le représentant de l'insolvabilité doit être une personne physique. Toutefois, certains pays, autorisent aussi la nomination d'une personne morale sous certaines conditions, notamment que les individus chargés de faire le travail pour le compte de la personne morale soient dûment qualifiés et que cette dernière soit elle-même soumise à une réglementation.

a) Sélection et nomination par le tribunal

404. Dans de nombreux pays, c'est le tribunal qui sélectionne, nomme et supervise le représentant de l'insolvabilité. La sélection peut s'effectuer à la discrétion du tribunal parmi une liste de professionnels dûment qualifiés. Elle peut également se faire par un système de roulement – par exemple à partir d'une liste – ou par d'autres moyens, par exemple sur recommandation des créanciers ou du débiteur. Le système de roulement à partir d'une liste garantit une répartition équitable et impartiale des affaires, mais peut avoir l'inconvénient de ne pas garantir la nomination de la personne la plus qualifiée pour l'affaire considérée. Tout dépendra bien entendu de la manière dont la liste est établie ainsi que des qualifications requises pour que les professionnels de l'insolvabilité y figurent. Cet inconvénient ne semblera sans doute pas important lorsqu'il n'y a pas d'actifs suffisants pour financer les frais d'administration.

b) Autorités de nomination indépendantes

405. Dans certains pays, un organe ou une institution distincts assumant la tutelle de tous les représentants de l'insolvabilité sélectionne l'intéressé sur instruction du tribunal. Cette approche peut avoir un avantage, à savoir permettre à l'autorité de nomination indépendante de faire appel à des professionnels qui auront les compétences et les connaissances nécessaires pour examiner les circonstances de chaque cas, notamment 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.

c) Rôle des créanciers

406. 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 peut aider à éviter toute impression de partialité et contribuer à alléger le lourd travail de supervision qui incombe aux tribunaux. Une approche différente permet au débiteur, lorsqu'il demande l'ouverture d'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'entreprise, 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 si l'on permet aux créanciers, dans les cas appropriés, de remplacer un représentant de l'insolvabilité nommé par le débiteur.

4. Supervision du représentant de l'insolvabilité

407. Outre le fait d'exiger certaines qualifications et qualités personnelles pour sa nomination, il est possible de vérifier que le représentant de l'insolvabilité s'acquitte de ses fonctions (et fait preuve des qualités susmentionnées) dans chaque cas suivant les dispositions de la loi sur l'insolvabilité et selon les rôles attribués à chaque participant. Les lois sur l'insolvabilité conçoivent de diverses façons, par exemple, les rapports entre le représentant de l'insolvabilité et le tribunal et, en particulier, la délimitation de leurs pouvoirs respectifs, ainsi que le rôle pouvant être joué par les créanciers dans la supervision de certaines décisions du représentant et sur d'autres questions, telles que sa rémunération ou sa révocation. Étant en principe celui qui a le plus 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 peut être tenu d'aviser ce dernier ou les créanciers avant de prendre certaines décisions, de faire rapport régulièrement à l'un et aux autres. Le tribunal quant à lui serait généralement tenu 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.

5. Obligations et fonctions du représentant de l'insolvabilité

408. Les lois sur l'insolvabilité spécifient souvent les obligations et fonctions que le représentant de l'insolvabilité devra remplir 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 effectivement et efficacement de ces fonctions et obligations. Les obligations et fonctions qui incombent généralement au représentant de l'insolvabilité en ce qui concerne l'administration de la procédure ainsi que la préservation et la protection de la masse sont énumérées ci-après – certaines d'entre elles peuvent cependant relever davantage de la liquidation que du redressement. La liste ci-après ne prétend pas à l'exhaustivité et, dans certains cas, les fonctions se chevaucheront ou ne seront pas pertinentes en raison des dispositions de la loi sur l'insolvabilité.

i) prendre le contrôle immédiat des actifs composant la masse de l'insolvabilité et des documents commerciaux du débiteur;

ii) représenter la masse de l'insolvabilité;

iii) obtenir un financement après l'ouverture de la procédure;

iv) exercer des droits au profit 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 actifs de la masse de l'insolvabilité et l'entreprise du débiteur, notamment en empêchant les actes de disposition non agréés de ces actifs et en exerçant des pouvoirs d'annulation pour recouvrer les actifs dont il a été indûment disposé au détriment 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 professionnels dont il peut avoir besoin pour l'aider à s'acquitter de ses fonctions;

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 faut en poursuivre l'exécution ou les rejeter;

x) prendre des mesures concernant les salariés et leurs droits, y compris de leurs droits à pension;

xi) en cas de liquidation, réaliser les actifs de la masse de l'insolvabilité;

xii) vérifier et admettre les créances et tenir à jour une liste des créances vérifiées et admises;

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 actifs vendus pendant la période considérée, les prix obtenus, les frais de vente, ainsi que les renseignements que le tribunal pourra demander ou que le comité des créanciers pourra raisonnablement demander; les recettes et les décaissements; les actifs restant à administrer;

xiv) assister aux réunions des créanciers;

xv) gérer l'entreprise en redressement et en liquidation lorsqu'elle doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité;

xvi) en cas de redressement, établir ou aider à 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, son exécution;

xviii) liquider la masse de manière rapide, efficace et au mieux des intérêts des différentes parties concernées et en répartir le produit;

xix) présenter au tribunal ou aux créanciers, selon le cas, 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.

409. Outre ces obligations et fonctions spécifiques, les lois sur l'insolvabilité imposent souvent au représentant de l'insolvabilité certaines obligations générales. Il peut s'agir d'une obligation de protéger la masse de l'insolvabilité et d'en maximiser la valeur et d'une obligation d'obtenir le meilleur prix qu'il sera raisonnablement possible de demander lors de la vente d'actifs de la masse.

410. Dans une procédure de redressement où le débiteur n'est pas dessaisi et où aucun représentant de l'insolvabilité n'est nommé, nombre des fonctions énumérées ci-dessus seront exercées par le débiteur, sous la supervision plus ou moins stricte du tribunal ou des créanciers.

6. Confidentialité

411. 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, confidentielles ou soumises à des obligations dues à d'autres personnes (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. Lorsque les informations doivent être révélées aux créanciers, ceux-ci devraient être tenus de la même obligation de confidentialité que le représentant de l'insolvabilité. Le respect de la confidentialité peut revêtir une importance particulière lorsque le représentant de l'insolvabilité est habilité à exiger la révélation d'informations et de documents lors d'une audition du débiteur. Certaines de ces informations peuvent 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'audition a été autorisée, à moins que le tribunal n'en décide autrement. Ces considérations peuvent également valoir pour la fourniture et l'obtention d'informations dans le cadre de procédures pénales engagées contre le débiteur. Une obligation de confidentialité analogue devrait s'appliquer aux mandataires et employés du représentant de l'insolvabilité (voir sect. 8 ci-après) et à d'autres parties sur décision du tribunal.

7. Rémunération du représentant de l'insolvabilité

a) Détermination du montant de la valeur du service rendu

412. Outre le remboursement des dépenses engagées par lui-même dans le cadre de l'administration de la masse, le représentant de l'insolvabilité aura droit à une rémunération pour 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. La rémunération est calculée suivant différentes méthodes. Elle peut 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 personne susceptibles de travailler à l'administration de la masse, depuis le personnel administratif jusqu'au représentant lui-même); ou fondée sur un pourcentage de la valeur des actifs de la masse qui sont réalisés ou distribués ou une combinaison des deux (calculée à la fin de la procédure, une fois les actifs vendus et leur valeur déterminée). Il peut s'agir d'un pourcentage fixe pouvant augmenter ou diminuer en fonction de l'affaire traitée. Dans chacun de ces cas, la loi sur l'insolvabilité prévoit généralement la possibilité d'un examen plus poussé à la demande d'une partie, d'un tiers ou du représentant de l'insolvabilité lui-même, suivant la méthode de calcul employée. Cette approche est importante pour assurer la transparence. Il faut cependant éviter que la partie à qui incombe la décision finale puisse ainsi influer sur la conduite de la procédure.

i) Systèmes fondés sur le temps passé

413. Un des avantages d'une méthode de calcul fondée sur le temps passé est que, souvent, il est difficile d'évaluer au début de la procédure la 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 de manière proportionnelle la valeur de la masse.

ii) Systèmes de commissions

414. Un avantage du système de commissions, du moins du point de vue des créanciers, est qu'au moins une partie, sinon une proportion importante, des actifs

recouvrés leur sera distribuée. Du point de vue du représentant de l'insolvabilité, en revanche, 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 actifs distribuables. Elle risque également d'encourager une démarche de "rendement maximum pour un coût minimum" et incite peu à exercer des fonctions qui ne visent pas directement à accroître les sommes à répartir entre les créanciers, qu'il s'agisse, par exemple, de faire rapport au tribunal et aux créanciers et d'aider les organismes de réglementation à enquêter sur les affaires et d'éventuelles fautes du débiteur. Cette méthode de calcul peut aussi, dans de très nombreux cas, aboutir au paiement d'honoraires importants prélevés sur la masse, ce qui risque de décourager tant les créanciers que le débiteur à demander l'ouverture d'une procédure.

iii) Participation des créanciers

415. Dans certains pays, il peut être demandé aux créanciers (ou au comité des créanciers) 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 actifs de la masse. L'intervention 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 de la rémunération. Celle-ci pourrait également être revue périodiquement au cours de la procédure, tout problème éventuel étant alors examiné et résolu, peut-être par voie d'arbitrage ou par un autre mode de règlement des litiges entre le représentant de l'insolvabilité et les créanciers.

416. Il est vivement souhaitable que la loi sur l'insolvabilité crée un mécanisme clair et transparent de fixation de la rémunération du représentant de l'insolvabilité permettant d'éviter les litiges et de savoir avec un certain degré de certitude ce que coûtera la procédure d'insolvabilité. Quel que soit le mode de calcul, il est également souhaitable qu'une 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

417. Le versement de la rémunération du représentant de l'insolvabilité est souvent source de contestation de la part des créanciers chirographaires; cette rémunération est le plus souvent prélevée sur les actifs non grevés, si bien qu'une fois celle-ci versée, il ne reste parfois rien à distribuer à ces créanciers. Il serait certes injuste de conclure que les dépenses d'administration sont excessives simplement parce que leur montant est supérieur à celui des actifs non grevés disponibles pour régler les créanciers chirographaires, mais le fait que ces derniers voient la plupart sinon la totalité des actifs disponibles utilisés pour couvrir les dépenses d'administration et que la comparaison des dépenses totales d'administration avec la valeur des actifs recouvrés fasse naître un sentiment d'injustice montre qu'il est nécessaire d'étudier attentivement cette question. On peut adopter différentes méthodes pour payer le représentant de l'insolvabilité. Par exemple, lorsque la masse comprend des actifs non grevés, la rémunération pourrait être prélevée sur ces actifs; des frais

supplémentaires pourraient être prélevés sur les actifs pour financer leur administration ou leur vente lorsque cette administration ou cette vente profite aux créanciers; des frais supplémentaires pourraient également être perçus sur les créanciers ayant déposé une demande d'ouverture pour financer au moins les dépenses initiales et l'accomplissement des fonctions essentielles; une part proportionnelle ou définie de la rémunération pourrait être prélevée sur des actifs grevés (voir chap. VI, priorités). Une autre méthode est de rémunérer le représentant de l'insolvabilité à partir d'un fonds constitué par l'État. Cette méthode peut être particulièrement utile lorsque le débiteur n'a pas suffisamment d'actifs pour financer l'administration de la masse (voir chap. I.B.6)[84].

c) Révision de la rémunération

418. Suivant les modalités de fixation de la rémunération du représentant de l'insolvabilité, il peut être souhaitable de prévoir un mécanisme de révision 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 % des actions émises ou au moins 10 ou 25 % du passif total. Lorsque la rémunération est fixée en premier lieu par le tribunal, différentes solutions existent. Certaines lois autorisent le représentant de l'insolvabilité à appeler de cette décision; d'autres non. Certaines lois disposent aussi que le débiteur ne peut solliciter de révision. Lorsque le représentant de l'insolvabilité est tenu d'appartenir à une organisation professionnelle ou d'avoir une licence, l'organisation professionnelle ou l'autorité qui délivre les licences peut également exercer certains pouvoirs en matière de révision des honoraires perçus et servir de structure informelle de règlement des litiges.

8. Responsabilité du représentant de l'insolvabilité

419. Le degré de prudence 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 tenir compte des difficultés qu'il rencontre dans l'accomplissement de ses tâches mais également de la rémunération à verser en conséquence et de la nécessité d'attirer des personnes qualifiées dans cette profession. Il est également souhaitable que les exigences applicables au représentant de l'insolvabilité garantissent l'exercice de ses fonctions avec compétence, sans pour autant être strictes au point d'encourager des actions en justice contre lui et d'augmenter le coût de ses services. La loi sur l'insolvabilité devra aussi tenir compte du fait que la responsabilité du représentant de l'insolvabilité supposera souvent l'application de lois autres que celle sur

---

[84] Ce fonds peut être financé par différents moyens, par exemple: par des versements effectués par les membres des conseils d'administration des entreprises débitrices en liquidation, le prélèvement de frais plus élevés pour le dépôt des demandes d'ouverture, le dépôt obligatoire du produit de la liquidation sur un compte commun, les intérêts étant crédités sur le fonds, ou encore la taxation des bénéfices annuels des sociétés.

l'insolvabilité ou, lorsque le représentant de l'insolvabilité est membre d'une organisation professionnelle, des normes professionnelles de cette organisation.

420. Dans de nombreux systèmes juridiques, le représentant de l'insolvabilité engagera sa responsabilité civile en cas d'exécution défectueuse d'un acte licite ou d'accomplissement d'un acte illicite. Les exigences appliquées varient toutefois. Elles dépendront dans une certaine mesure 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). Une solution peut consister à ne pas imposer au représentant de l'insolvabilité d'exigence plus stricte que celle à laquelle le débiteur solvable devrait 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 dans ce cas un degré de prudence supérieur car le représentant de l'insolvabilité s'occupe des actifs d'un tiers et non des siens. Une autre solution consiste à 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.

421. Une façon de régler la question de la responsabilité en cas de préjudice serait d'exiger que le représentant de l'insolvabilité dépose une caution ou prenne une assurance pour couvrir la perte d'actifs de la masse ou les dommages-intérêts auxquels il pourrait être tenu en cas de manquement à ses obligations. Plusieurs lois sur l'insolvabilité exigent à la fois une caution et une assurance, chacune couvrant un type différent de dommage, tandis que d'autres n'exigent qu'une assurance. Dans certains cas, le montant de la caution exigée correspond à la valeur comptable des actifs de la masse, alors que dans d'autres, tant le montant de la caution que celui de l'assurance sont fixés dans les règles de l'association professionnelle ou de l'organisme de réglementation intéressé, voire dans la loi sur l'insolvabilité. On peut également prévoir une procédure en réparation différente selon que c'est la caution ou l'assurance qui est mise en œuvre. Il ne sera cependant pas possible de verser une caution ou de prendre une assurance en responsabilité civile personnelle dans tous les pays, si bien que d'autres solutions seront nécessaires. Il peut être souhaitable de trouver une solution permettant à la fois de maîtriser le coût du service fourni par le représentant de l'insolvabilité et de répartir les risques liés à la procédure entre les participants sans les faire retomber entièrement sur le représentant de l'insolvabilité au motif qu'il a une assurance responsabilité civile personnelle.

422. Une autre question pouvant se poser est celle de la responsabilité personnelle du représentant de l'insolvabilité pour les obligations contractées dans le cours normal de la procédure, notamment de redressement, telles que celles liées à la poursuite de l'exploitation de l'entreprise. Le fait de tenir le représentant de l'insolvabilité personnellement responsable aurait l'avantage de rassurer les fournisseurs du débiteur et d'empêcher l'endettement. D'un autre côté, cette solution peut aussi avoir un effet démotivant si le risque d'être personnellement responsable dépasse de loin les honoraires susceptibles d'être perçus. Une solution est que le représentant de l'insolvabilité soit responsable sur les actifs de la masse et non sur ses actifs personnels.

423. La question de la responsabilité du représentant de l'insolvabilité pour les actes illicites commis par le débiteur se pose également suivant l'étendue du contrôle que le premier exerce sur les activités du second. Dans certaines lois, le

représentant de l'insolvabilité peut être tenu responsable des actes illicites commis par le débiteur pendant la période où il exerce ce contrôle. Il n'est cependant pas souhaitable que le représentant de l'insolvabilité soit responsable des actes du débiteur, tels que des dommages causés à l'environnement, commis avant sa nomination.

424. Lorsque le représentant de l'insolvabilité est assigné dans l'exercice de ses fonctions officielles, il faudra sans doute déterminer quel tribunal sera compétent pour connaître de l'affaire. Pour éviter toute incertitude et confusion, il peut être souhaitable de faire en sorte que le tribunal ayant nommé le représentant de l'insolvabilité, lorsqu'il joue un rôle dans cette nomination, soit aussi chargé de l'affaire.

9. Mandataires et employés du représentant de l'insolvabilité

425. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, le tribunal doit autoriser le représentant de l'insolvabilité à faire appel aux comptables, avocats, experts et autres professionnels dont il peut avoir besoin pour l'aider à s'acquitter de ses fonctions. Dans d'autres, une telle autorisation n'est pas requise. Il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité fixe des critères pour le recrutement de ces professionnels en définissant le niveau d'expérience, de connaissance et de renommée requis, et en exigeant que leurs services soient bénéfiques pour la masse. L'obligation faite au représentant de l'insolvabilité de déclarer un conflit d'intérêts ou une circonstance portant atteinte à son indépendance, de même que l'obligation de confidentialité, valent aussi pour les professionnels que celui-ci emploie ou a l'intention d'employer.

a) Responsabilité pour actes ou omissions

426. Lorsque la masse subit des pertes en raison d'actes commis par les employés ou mandataires du représentant de l'insolvabilité, une loi sur l'insolvabilité devra 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 personnellement responsable, sauf s'il n'a pas exercé une supervision suffisante dans l'exercice de ses fonctions.

b) Rémunération

427. En ce qui concerne la rémunération des professionnels employés par le représentant de l'insolvabilité, différentes solutions peuvent être adoptées. Certaines lois exigent que le montant de la rémunération soit soumis au tribunal pour qu'il l'approuve; une autre approche consisterait à demander l'approbation de l'ensemble des créanciers. Les professionnels peuvent être rémunérés à intervalles périodiques pendant la procédure, ou être tenus d'attendre l'achèvement de celle-ci. S'agissant des modalités de paiement, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que le représentant de l'insolvabilité règlera le professionnel et se fera rembourser sur la masse, tandis que dans d'autres lois, le professionnel bénéficiera d'une créance afférente à l'administration de la masse.

10. Contestation des actes d'administration du représentant de l'insolvabilité

428. Une loi sur l'insolvabilité devrait expressément indiquer les motifs pour lesquels les créanciers peuvent contester les décisions ou l'administration du représentant de l'insolvabilité ainsi que les décisions pouvant faire l'objet d'une telle contestation. Sur ce point, on distingue dans les lois actuelles deux grandes catégories.

429. Appartiennent à la première catégorie les lois 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, telle que le détournement de fonds ou d'actifs 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 d'une négligence de la part du représentant de l'insolvabilité dans l'exercice de ses fonctions. Dans certains pays, les créanciers ne peuvent attaquer le représentant de l'insolvabilité que dans certaines de ces situations, sinon dans toutes.

430. Entrent dans la seconde catégorie les lois qui prévoient, généralement en sus des motifs liés à des infractions spécifiques, la possibilité pour les créanciers de contester (normalement devant les tribunaux) tout acte, 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 invoquent des motifs analogues à ceux déjà mentionnés ci-dessus, mais peut-être aussi qu'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, une loi sur 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.

431. Dans la plupart des lois, les tribunaux appelés à examiner l'administration de la masse de l'insolvabilité et à faire respecter des droits essentiels des créanciers disposent d'un certain nombre de pouvoirs. Ainsi, un 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 directe du créancier opposant ou d'office (voir chap. IV.B.9). De nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient que le représentant de l'insolvabilité est personnellement responsable des dommages causés aux créanciers de manière intentionnelle ou par négligence dans l'exercice de ses fonctions. Certaines lois prévoient également que, dans de tels cas, le tribunal peut imposer une sanction pécuniaire au représentant de l'insolvabilité.

11. Révocation du représentant de l'insolvabilité

432. Certaines lois autorisent la révocation du représentant de l'insolvabilité dans certains cas, notamment s'il a manqué ou s'est soustrait aux obligations légales qui lui incombent en vertu de la loi sur l'insolvabilité; a fait preuve d'incompétence grave ou a commis une faute lourde; n'a pas déclaré un conflit d'intérêts; a commis

des actes illicites. Il peut aussi être révoqué pour des motifs moins graves, par exemple, lorsque la procédure exige une compétence particulière ou différente que le représentant nommé ne possède pas, ce qui peut se produire, notamment, lorsque la procédure de liquidation est convertie en procédure de redressement, laquelle nécessite des compétences que le représentant n'a peut-être pas ou, si le débiteur n'est pas dessaisi, n'exige pas la nomination d'un tel représentant. 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 appropriée de créanciers chirographaires. Quelle que soit la solution adoptée, la révocation constitue une sanction contre le représentant de l'insolvabilité. Il convient donc que ce dernier ait le droit d'être entendu et de faire valoir ses arguments. Lorsque le représentant de l'insolvabilité est supervisé par une organisation professionnelle ou un organisme de réglementation, il peut être révoqué suite à une enquête et un examen, qui peuvent également entraîner le retrait d'une licence ou de toute autre autorisation.

12. Remplacement du représentant de l'insolvabilité

433. 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 les créanciers. Certaines lois sur l'insolvabilité exigent que la démission du représentant de l'insolvabilité soit approuvée par le tribunal, d'autres non. Lorsqu'une 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 actifs de la masse (voir chap. II.A), et à la remise au successeur des livres, registres et autres informations concernant l'entreprise débitrice. Une loi sur l'insolvabilité devra peut-être aussi aborder la question de la validité des actes accomplis 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 sa nomination;

b) d'établir un mécanisme pour sa sélection et sa nomination;

c) de spécifier ses pouvoirs et ses fonctions;

d) de prévoir sa rémunération, sa responsabilité, sa révocation et son remplacement.

Contenu des dispositions législatives

Qualifications

99) La loi devrait spécifier les qualifications et les qualités requises pour être nommé représentant de l'insolvabilité, à savoir notamment être intègre, indépendant et impartial, avoir les connaissances nécessaires en droit commercial et avoir l'expérience des questions liées au commerce et aux entreprises. La loi devrait également spécifier les motifs pour lesquels une personne dont la nomination est proposée ne peut être nommée représentant de l'insolvabilité.

Conflit d'intérêts

100) La loi devrait faire obligation:

a) à une personne qu'il est proposé de nommer représentant de l'insolvabilité;

b) aux personnes, notamment aux professionnels, dont le recrutement est proposé par le représentant de l'insolvabilité ou la masse,

de révéler un conflit d'intérêts ou une atteinte à leur indépendance ou des circonstances pouvant entraîner un conflit d'intérêts ou porter atteinte à leur indépendance.

101) La loi devrait spécifier que l'obligation énoncée dans la recommandation 100) devrait continuer de s'appliquer pendant toute la durée de la procédure d'insolvabilité. Elle devrait spécifier les conséquences d'un conflit d'intérêts ou d'une atteinte à l'indépendance.

Nomination

102) La loi devrait établir un mécanisme de sélection et de nomination du représentant de l'insolvabilité. Différentes solutions 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.

Rémunération

103) La loi devrait établir un mécanisme de fixation de la rémunération du représentant de l'insolvabilité et accorder la priorité au paiement de cette rémunération.

Obligations et fonctions du représentant de l'insolvabilité

104) La loi devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité a une obligation de protéger et de préserver les actifs de la masse. Elle devrait spécifier les obligations et les fonctions du représentant de l'insolvabilité en ce qui concerne l'administration de la procédure ainsi que la préservation et la protection de la masse.

Droit d'être entendu (voir recommandation 121))

Responsabilité

105) La loi devrait spécifier les conséquences d'une inexécution ou d'une exécution défectueuse par le représentant de l'insolvabilité des obligations et fonctions qu'elle lui confère ainsi que la responsabilité pouvant en découler dans chaque cas.

Révocation et remplacement

106) La loi devrait établir les motifs et la procédure de révocation du représentant de l'insolvabilité. Ces motifs peuvent notamment être les suivants:

a) incompétence, défaut d'exécution ou absence de la prudence voulue dans l'exercice de ses pouvoirs et de ses fonctions;

b) impossibilité d'exercer;

c) défaut d'une qualification particulière ou spécialisée requise par une affaire spécifique;

d) accomplissement d'actes illégaux;

e) conflit d'intérêts ou manque d'indépendance qui justifieraient la révocation; ou

f) modification de la fonction du représentant de l'insolvabilité[85].

107) La loi devrait établir un mécanisme de révocation du représentant de l'insolvabilité qui reflète la manière dont celui-ci a été nommé et lui donne le droit d'être entendu.

108) En cas de décès, de démission ou de révocation du représentant de l'insolvabilité, la loi devrait établir un mécanisme de nomination d'un successeur et spécifier si cette nomination doit ou non être approuvée par tribunal.

Masses ne comportant pas suffisamment d'actifs pour financer les frais d'administration de la procédure d'insolvabilité

109) Lorsque la loi prévoit la nomination d'un représentant de l'insolvabilité chargé d'administrer une masse qui ne comporte pas suffisamment d'actifs pour financer les frais d'administration de la procédure d'insolvabilité, elle devrait également établir un mécanisme de nomination et de rémunération de ce représentant.

C. Créanciers – participation à la procédure d'insolvabilité

1. Introduction

434. 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. Toutefois, de nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient la possibilité pour les créanciers d'intervenir directement dans la procédure, pour différentes raisons. En tant que

---

[85] Par exemple, lorsque la procédure de liquidation est convertie en redressement.

parties intéressées au premier chef d'un point de vue économique 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 actes 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, mais aussi de traiter et de diffuser l'information. S'il est souhaitable de faciliter la participation des créanciers, il faut aussi faire en sorte que le mécanisme de représentation de ces créanciers reste efficace et économique et ne leur permette pas de se mêler de questions sans incidence sur leurs intérêts (bien qu'il soit difficile de distinguer clairement entre les questions qui ont une incidence et celles qui n'en ont pas).

435. La participation des créanciers, lorsqu'elle est effectivement prévue par la loi sur l'insolvabilité, peut prendre différentes formes. Certaines lois leur donnent seulement le droit d'être entendus et de comparaître pendant la procédure, tandis que d'autres leur octroient aussi le droit de se prononcer par vote sur certaines questions, de donner leur avis au représentant de l'insolvabilité si celui-ci le demande ou sur des questions spécifiées. Les créanciers peuvent se voir attribuer d'autres fonctions et obligations par la loi sur l'insolvabilité, les tribunaux ou le représentant de l'insolvabilité.

2. Degré de participation des créanciers au processus de décision

a) Degrés de participation

436. 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 essentielles mises à la charge du représentant de l'insolvabilité, notamment celle de protéger la valeur 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.

437. 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. Ces actes et décisions concernent généralement l'administration de la procédure et des questions touchant les intérêts des créanciers. Il peut s'agir, par exemple, de la vente d'actifs importants, de la

vérification des créances, de l'approbation de dépenses d'administration et de la rémunération du représentant de l'insolvabilité et de l'approbation des rapport et compte finals du représentant. Les créanciers peuvent aussi être appelés à assumer au premier chef certaines fonctions d'administration. Ils peuvent également jouer un rôle dans la sélection et la nomination du représentant de l'insolvabilité et être autorisés à demander au tribunal sa révocation et son remplacement si celui-ci 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. 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 ou n'approuvent peut-être pas. 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. Les différentes solutions retenues reflètent dans une certaine mesure les différentes cultures et traditions en matière d'insolvabilité et, en particulier, ce que les créanciers attendent de leur participation à la procédure. Toutefois, cette participation est de plus en plus considérée comme un élément important d'une loi sur l'insolvabilité, en particulier comme un contrepoids au rôle confié à d'autres participants par la loi et comme un moyen essentiel de préserver les intérêts des créanciers.

b) Participation à la liquidation et au redressement

438. 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 la bonne exécution du plan de redressement proposé.

c) Mécanismes pour faciliter la participation

439. S'agissant des mécanismes de participation, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que l'ensemble des créanciers se réunissent à des étapes clefs de la procédure, tandis que d'autres prévoient la création d'un comité (au sein duquel siègent parfois, outre des créanciers, des actionnaires et éventuellement d'autres parties intéressées) composé d'un petit nombre de créanciers (nombre qui peut être spécifié dans la loi sur l'insolvabilité) pour faciliter leur participation à l'administration de la masse. La première solution est particulièrement utile lorsque les créanciers sont peu nombreux ou se trouvent dans la même région géographique. La seconde sera sans doute plus utile lorsque les créanciers sont très nombreux ou

se trouvent dans différentes régions voire dans différents pays. Lorsqu'un comité des créanciers est constitué, il devrait avoir le droit d'agir indépendamment du représentant de l'insolvabilité, afin de représenter les intérêts des créanciers de manière équitable et objective.

440. D'autres lois encore prévoient la nomination (soit par les créanciers soit par le tribunal à leur demande) d'une seule personne (appelée dans certaines lois "intervenant" ou "inspecteur") chargée de représenter certains créanciers ou groupes de créanciers (par exemple ceux détenant au moins 10 % des créances). Par exemple, une loi a adopté cette approche afin d'assurer une participation plus rapide et plus ordonnée des créanciers et d'éviter les retards et litiges auparavant fréquents. Ce représentant joue un rôle analogue à celui du comité des créanciers, en agissant au nom des créanciers, par exemple, pour surveiller l'administration de la masse par le représentant de l'insolvabilité ou le débiteur, demander des auditions, engager des poursuites contre le débiteur, demander des renseignements sur des questions touchant les intérêts des créanciers ou réunir ceux-ci. Dans certaines lois, les créanciers sont tenus de financer les honoraires de ce représentant pour éviter toute charge excessive sur la masse, tandis que dans d'autres ces honoraires doivent être prélevés sur la masse.

441. Pour choisir entre ces différentes solutions, il faudra peut-être mettre en balance différents facteurs, tels que le temps, le coût, l'efficacité, la transparence et la démocratie. La nomination d'un représentant des créanciers, par exemple, peut être plus efficace et plus économique et aboutir à une procédure plus ordonnée et sujette à moins de litiges que la constitution d'un comité des créanciers. Cette dernière solution peut toutefois être un moyen plus transparent et plus démocratique de représenter les intérêts des créanciers. Un autre facteur à prendre éventuellement en considération est la possibilité de recourir à des professionnels de l'insolvabilité bien formés et à des institutions efficaces pour faciliter la procédure d'insolvabilité. Un rôle plus important peut être confié aux créanciers lorsque ces professionnels sont peu nombreux ou ces institutions peu développées.

d) Encourager la participation des créanciers

442. 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 loi sur 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. Une loi sur l'insolvabilité peut en partie régler ce problème fréquent en conciliant les différents intérêts des parties prenantes (voir, par exemple, chap. III.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), ainsi que l'utilisation de moyens électroniques pour faciliter la communication et le vote si nécessaire. Le problème de la responsabilité pouvant découler de la participation à la procédure, en particulier en tant que membre d'un comité des créanciers, se pose également. On peut régler ce problème en prévoyant

une exonération de responsabilité sauf dans des cas clairement définis, tels que des actes frauduleux ou intentionnels (voir ci-dessous).

e) Nécessité d'informer et d'aviser les créanciers

443. Il sera essentiel, pour que les créanciers puissent remplir certaines fonctions, de leur fournir, soit directement soit par l'intermédiaire d'un comité des créanciers, des informations pertinentes, actualisées et exactes sur la situation commerciale et financière du débiteur et de les aviser des questions qui ont une incidence sur leurs intérêts et sur lesquelles ils devront peut-être prendre une décision ou donner un avis. Les problèmes de confidentialité, mentionnés plus haut en ce qui concerne le débiteur et le représentant de l'insolvabilité, se poseront aussi avec les créanciers ou le comité des créanciers lorsqu'ils reçoivent de telles informations.

f) Créanciers garantis

444. Il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité détermine la mesure dans laquelle les créanciers garantis peuvent ou devraient participer aux réunions des créanciers ou siéger dans un comité des créanciers. En règle générale, les créanciers garantis ne sont pas représentés au sein d'un tel comité si la valeur de leur sûreté est égale ou supérieure au montant de leurs créances. En pareil cas, leurs intérêts diffèrent sensiblement de ceux des créanciers chirographaires et le fait qu'ils puissent participer au processus décisionnel et éventuellement en influencer l'issue n'est sans doute pas bon pour les créanciers dans leur ensemble. Reconnaissant cette divergence d'intérêts, certaines lois sur l'insolvabilité exigent des créanciers garantis qu'ils renoncent à leur sûreté pour pouvoir participer à la procédure et voter en tant que membres de la collectivité des créanciers. En revanche, quand la valeur de leur sûreté est inférieure au montant de leur créance, les créanciers garantis auront plus probablement des intérêts semblables à ceux des créanciers chirographaires et leur participation au sein du comité ou au vote de l'ensemble des créanciers peut être utile. Dans une procédure de redressement, par exemple, les créanciers garantis souhaiteront négocier avec le débiteur et d'autres parties, en particulier lorsqu'un plan de redressement risque de modifier leurs droits ou que l'actif grevé sera essentiel au succès de ce plan.

3. Fonctions devant être exercées par les créanciers

445. Comme cela est indiqué plus haut, les fonctions devant être exercées par les créanciers varient considérablement d'une loi sur l'insolvabilité à l'autre. En général, pour déterminer quelles fonctions devraient être attribuées aux créanciers, il faut examiner la structure globale de la loi sur l'insolvabilité et l'équilibre à assurer dans la répartition des tâches entre le tribunal, le représentant de l'insolvabilité, le débiteur et les créanciers, en particulier des tâches de surveillance et de supervision.

446. 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. Ces derniers 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; exercice des pouvoirs d'annulation; sort des procédures judiciaires auxquelles le débiteur était partie à l'ouverture de la procédure; examen et approbation d'un plan de redressement; constitution d'un comité ou nomination de représentants des créanciers; supervision des actes du représentant de l'insolvabilité; répartition des actifs; et examen (et approbation) des rapport et compte finals du représentant de l'insolvabilité.

447. 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.

448. Lorsque la loi sur l'insolvabilité permet effectivement 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.

449. 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 établir dans le régime de l'insolvabilité un 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 de conduire la procédure de façon rapide et économique. L'équilibre réalisé entre ces facteurs potentiellement antagonistes varie d'un régime à l'autre. Devront sans doute aussi être pris en considération le degré de supervision que le tribunal exerce sur la procédure et le représentant de l'insolvabilité et l'équilibre réalisé dans le régime de l'insolvabilité entre cette supervision et la participation des créanciers.

450. Quelles que soient les fonctions revenant aux créanciers, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité indique clairement si ceux-ci sont tenus 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.

4. Réunions des créanciers

451. De nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient la possibilité pour les créanciers d'exercer leurs fonctions dans le cadre d'assemblées générales. Comme on l'a vu plus haut (voir chap. I.B), une loi sur 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 selon les lois de cinq jours à un mois) après l'ouverture de la procédure. Dans un certain nombre de lois sur l'insolvabilité, cette première réunion est la seule que tiendront tous les créanciers. Cependant, toutes les lois n'exigent pas la convocation d'une telle réunion.

452. Les lois sur l'insolvabilité qui prévoient la tenue de réunions subséquentes des créanciers adoptent différentes approches. Certaines prévoient la convocation de réunions subséquentes par le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité à des fins spécifiques, tandis que d'autres 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 loi peut soumettre l'exercice de ce pouvoir à certaines restrictions 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.

453. 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 des créanciers est requis, il est bon qu'une loi sur l'insolvabilité établisse les conditions à remplir pour pouvoir voter ainsi que le mécanisme de vote, en indiquant en particulier si les créanciers sont tenus de voter en personne ou s'ils peuvent voter par procuration et par d'autres moyens, tels que le courrier électronique ou l'Internet. En ce qui concerne certaines catégories de créanciers du débiteur (tels que des particuliers détenant des obligations), des règles spéciales devront sans doute être énoncées pour faciliter leur participation à la procédure, surtout s'ils sont nombreux. Il conviendrait peut-être, par exemple, de permettre à des représentants dûment autorisés de compter pour un nombre ou un pourcentage déterminé de créanciers lors d'une assemblée générale de créanciers. Les mêmes considérations s'appliqueraient aux règles de vote; l'obligation de participer et de voter en personne pourrait considérablement compliquer la procédure d'insolvabilité lorsque les dettes du débiteur sont notamment constituées d'obligations émises sur le marché.

454. Il sera sans doute souhaitable aussi qu'une loi sur l'insolvabilité permette aux créanciers d'établir des règles pour la conduite de leurs réunions qui faciliteraient leur participation et leur seraient utiles dans l'exercice des fonctions qui leur ont été confiées dans le cadre de la procédure. Ces règles peuvent traiter notamment des

conditions à remplir pour pouvoir assister et participer à la réunion, du quorum, de la présidence et du déroulement général de la réunion.

5. Comité des créanciers

455. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, la constitution d'un comité des créanciers ou l'élection ou la nomination d'un représentant des créanciers est un moyen de faciliter la participation active 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 autre forme de représentation des créanciers n'est certes pas requise dans tous les cas d'insolvabilité mais sera sans doute indiquée lorsque, par exemple, 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 ou de nommer ou non un représentant, tandis que d'autres donnent la possibilité au tribunal de constituer un tel comité ou de nommer un tel représentant pour l'aider à superviser les actes accomplis par le représentant de l'insolvabilité. Quelles que soient les modalités de sa constitution, un comité des créanciers devrait être en mesure d'agir indépendamment du représentant de l'insolvabilité afin de représenter les intérêts des créanciers de manière équitable et objective.

456. En cas de constitution d'un comité, il faudra examiner dans quelle mesure ses frais seront supportés par la masse de l'insolvabilité. Certaines lois sur l'insolvabilité 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 mais doivent être supportés par les créanciers. D'autres lois prévoient que les frais du comité des créanciers doivent être imputés sur la masse. La question de savoir qui doit payer 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. Lorsque les frais doivent être imputés sur la masse, il est souhaitable d'autoriser le tribunal à faire en sorte que ceux-ci ne soient pas excessifs.

a) Créanciers pouvant être nommés à un comité

457. Une loi sur l'insolvabilité qui prévoit la formation d'un comité des créanciers devra indiquer quels créanciers pourront y être nommés. Différentes approches sont adoptées. Certaines lois sur l'insolvabilité disposent, par exemple, que seuls peuvent être nommés 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 lois encore imposent des restrictions concernant le lieu de situation des créanciers pouvant siéger au comité. Pour garantir l'égalité de traitement des créanciers, toutefois, il est souhaitable que des créanciers tels que ceux dont les créances n'ont été que provisoirement admises et les créanciers étrangers puissent être nommés au comité.

458. Une deuxième question est de savoir quelles catégories de créanciers doivent être représentées. 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 ou ne sert pas toujours les intérêts des autres créanciers. Il est néanmoins également admis que, dans certains cas, comme indiqué plus haut (voir b) vi)), la participation des créanciers garantis sera utile.

459. 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 clefs, les créanciers garantis devraient y être représentés, faute de quoi ils se trouveraient exclus de la prise de décisions importantes qui peuvent porter atteinte à leurs intérêts (en particulier si la valeur de leur sûreté ne couvre pas la totalité de leurs créances). 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 (compte tenu du problème fréquent de l'apathie des créanciers) et à élargir ou réduire le 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 détenteurs de créances indemnitaires 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 le risque de compliquer le mécanisme de représentation.

460. La participation des actionnaires et 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 interviennent dans la gestion de l'entreprise débitrice. Dans certains cas, toutefois, ces parties ne sont pas directement au courant de la gestion de l'entreprise 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 de les autoriser 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.

461. 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 personne 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.

462. 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 la sélection d'un représentant de l'insolvabilité ou l'approbation d'un plan de redressement.

b) Constitution d'un comité des créanciers

463. Lorsque la loi prévoit la création d'un comité des créanciers, elle contient aussi souvent des dispositions sur les modalités de sa constitution, la nature et l'étendue de ses fonctions, ses règles et son mode de fonctionnement – notamment 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 sur certaines de ces questions, en particulier sur le droit de vote, les obligations et le remplacement des membres, 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. D'autres questions peuvent être traitées dans les règles de procédure adoptées par le comité, concernant notamment les procédures de vote et les majorités requises; le déroulement des réunions, l'élection de la présidence et le règlement des litiges.

464. Les membres sont nommés de différentes manières, qui dépendent dans une large mesure des fonctions incombant au comité. Dans de nombreux cas, ce sont les créanciers qui ont la charge de nommer 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: elle risque notamment 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. En revanche, elle peut contribuer à simplifier la procédure de constitution du comité et à réduire les risques de litiges entre créanciers, lesquels peuvent entraîner des retards et occasionner des dépenses. 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.

465. Pour faciliter le fonctionnement 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 ou en se reportant à la liste de créanciers devant être établie par lui. Pour veiller à ce qu'il s'acquitte de l'obligation de représenter équitablement les créanciers, il peut être souhaitable que le comité soit supervisé, éventuellement par le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal, lorsque la loi sur l'insolvabilité lui confie un rôle important.

c) Fonctions d'un comité des créanciers

466. En règle générale, le comité agira au nom des créanciers: ses fonctions seront donc directement liées aux fonctions générales confiées à ces derniers, comme indiqué ci-dessus. Les pouvoirs et fonctions conférés au comité des créanciers ne devraient toutefois pas priver la collectivité des créanciers du droit de continuer de participer à la procédure ou d'intervenir dans celle-ci de toute autre manière. En ce qui concerne le processus décisionnel, le comité des créanciers jouera souvent un rôle consultatif, en faisant des recommandations aux créanciers sur la façon dont les questions essentielles devraient être tranchées, mais il ne serait généralement pas habilité à prendre des décisions importantes au nom des créanciers. Il aura des échanges avec le représentant de l'insolvabilité – lorsqu'un tel représentant est nommé –, ou avec le débiteur si la loi sur l'insolvabilité prévoit qu'il ne sera pas dessaisi en cas de redressement, mais il devrait être en mesure d'agir indépendamment de ces parties pour représenter les intérêts des créanciers.

467. Les lois sur l'insolvabilité prévoient que le comité des créanciers remplit un certain nombre de fonctions, parmi lesquelles informer le représentant de l'insolvabilité des souhaits des créanciers concernant des questions telles que la vente d'actifs importants et l'élaboration du plan de redressement, tenir des consultations avec le représentant de l'insolvabilité et d'autres parties principales à la procédure, par exemple les dirigeants de l'entreprise débitrice, participer à l'élaboration d'un plan de redressement ou éventuellement superviser le représentant de l'insolvabilité. Ces fonctions peuvent être établies par la loi sur l'insolvabilité, ordonnées par le tribunal ou déterminées en collaboration avec le représentant de l'insolvabilité.

468. Tout comme les créanciers dans leur ensemble (voir plus haut), il faudra que le comité puisse obtenir du représentant de l'insolvabilité des informations actualisées sur le débiteur et ses finances et donner son avis et celui des créanciers sur les questions relevant de ces fonctions ou sur des questions ayant une incidence sur les intérêts des créanciers. Pour s'acquitter de ses fonctions, le comité peut en outre avoir besoin d'une assistance administrative et d'une assistance spécialisée. Ce besoin devrait toutefois être clairement lié aux fonctions qu'il doit remplir. Le comité peut être tenu par la loi de demander au représentant de l'insolvabilité ou au tribunal l'autorisation de recruter un(e) secrétaire et, si les circonstances l'exigent, des consultants et des professionnels. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que le coût de cette assistance, y compris les rémunérations, sera imputé 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. Dans le premier cas, il est souhaitable que le tribunal contrôle non seulement la décision de recruter un professionnel mais également les coûts et frais associés à ce recrutement.

d) Responsabilité du comité des créanciers

469. Le comité aurait des obligations envers l'ensemble des créanciers. Il n'assumerait pas de responsabilité ni d'obligation fiduciaire à l'égard des propriétaires de l'entreprise insolvable. Il peut être souhaitable que la loi sur l'insolvabilité exige que le comité agisse de bonne foi et qu'elle exonère ses membres de toute responsabilité pour les actes accomplis et les décisions prises par eux ès qualités, sauf si l'on constate qu'ils ont agi de manière frauduleuse ou intentionnelle 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 actifs de la masse sans autorisation préalable du tribunal. La règle de responsabilité applicable au comité peut être différente de celle qui s'applique au représentant de l'insolvabilité, car les membres du comité ne sont pas tenus de posséder des connaissances spécialisées et exercent leurs fonctions volontairement sans être rémunérés. Pour définir la responsabilité du comité, on devra sans doute trouver un juste milieu entre un niveau de responsabilité trop élevé qui favorisera l'apathie des créanciers et les découragera de participer à la procédure et un niveau trop bas qui pourrait donner lieu à des abus et empêcher le comité d'exercer efficacement sa fonction de représentation.

e) Révocation et remplacement des membres du comité

470. 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. Ces motifs peuvent être notamment les suivants: faute grave, absence des compétences nécessaires, incompétence, inefficacité, manque d'indépendance ou conflit d'intérêts. La procédure de révocation et de remplacement dépendra généralement de la façon dont les membres du comité sont nommés, à savoir par le tribunal ou par les 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.

6. Questions devant être soumises au vote des créanciers

471. Une loi sur l'insolvabilité devra déterminer les questions devant être soumises à un vote des créanciers et énoncer les règles de vote applicables dans chaque cas.

472. Lorsque les mesures devant être prises durant 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 notamment 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; de l'approbation d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure; et d'autres actes importants tels que la vente d'actifs essentiels.

473. Différentes approches peuvent être adoptées en ce qui concerne les modalités de vote, selon la nature de la question devant être tranchée. 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. Le vote en

personne ne sera évidemment pas possible lorsque les créanciers, et en particulier certains types de créanciers comme les détenteurs d'obligations émises sur le marché, sont très nombreux. Il sera de plus en plus souhaitable d'autoriser le vote par des moyens électroniques, notamment par courrier électronique et l'Internet, qui peuvent être soumis à des mesures de sécurité appropriées.

474. Diverses approches sont adoptées en ce qui concerne le nombre de voix requis pour que différentes décisions s'imposent aux créanciers, 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 une certaine proportion de la valeur des créances et un certain nombre de créanciers (voir deuxième partie, chap. IV). 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.

7. Confidentialité

475. Comme on l'a vu plus haut (chap. III.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 sans doute 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 et au comité des créanciers (et à tout professionnel recruté par lui) 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. Lorsqu'un comité des créanciers est constitué (et qu'il recrute des professionnels), on peut donner effet à cette obligation en exigeant de ses membres (et des professionnels) qu'ils signent des accords de confidentialité.

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant la participation des créanciers à la procédure d'insolvabilité est:

a) de faciliter la participation des créanciers à la procédure d'insolvabilité;

b) de prévoir un mécanisme de constitution d'un comité des créanciers ou un autre mécanisme de représentation des créanciers si cela peut faciliter la participation de ces derniers à la procédure d'insolvabilité;

c) de donner aux créanciers le droit d'obtenir des informations sur la procédure d'insolvabilité;

d) de spécifier les fonctions et les responsabilités du comité des créanciers.

Contenu des dispositions législatives

Droit d'être entendu (voir recommandation 121))

Participation des créanciers

110) La loi devrait spécifier que les créanciers, tant garantis que chirographaires, ont le droit de participer à la procédure d'insolvabilité et préciser quelles fonctions peuvent être accomplies dans le cadre de cette participation.

Vote des créanciers

111) La loi devrait spécifier les questions pour lesquelles un vote des créanciers est requis et établir les droits et règles de vote correspondants. En particulier, la loi devrait soumettre l'approbation ou le rejet d'un plan de redressement au vote des créanciers.

Convocation des réunions des créanciers

112) La loi peut exiger que les créanciers tiennent une première réunion dans un délai spécifié après l'ouverture de la procédure pour discuter certaines questions. Elle peut aussi autoriser le tribunal, le représentant de l'insolvabilité ou les créanciers détenant (indiquer un pourcentage du montant total des) créances [chirographaires] à demander la convocation d'une réunion de l'ensemble des créanciers. La loi devrait spécifier qui est chargé d'aviser les créanciers de la tenue de cette réunion. Elle peut spécifier les cas dans lesquels une telle réunion peut être convoquée.

Représentation des créanciers

113) La loi devrait faciliter la participation active des créanciers à la procédure d'insolvabilité par exemple par l'intermédiaire d'un comité des créanciers ou autre mécanisme de représentation[86]. Elle devrait spécifier si un comité ou une autre forme de représentation est nécessaire dans toutes les procédures d'insolvabilité. 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 ou la nomination d'un seul

---

[86] Voir recommandation 97) et la participation du débiteur à la procédure de redressement. Lorsque le débiteur n'est pas dessaisi de son entreprise, un comité des créanciers aura un rôle important à jouer en supervisant les activités du débiteur et, si nécessaire, en faisant rapport sur ces celles-ci.

représentant, la loi peut prévoir la constitution de plusieurs comités de créanciers ou la nomination de plusieurs représentants.

114) Lorsque la loi autorise la constitution d'un comité des créanciers ou la nomination d'un représentant, les rapports entre les créanciers et ce comité ou ce représentant devraient être clairement indiqués[87]. La loi devrait spécifier comment seront financés les frais du comité des créanciers.

– Créanciers pouvant être nommés à un comité des créanciers

115) La loi devrait spécifier les créanciers qui peuvent être nommés à un comité. Les créanciers qui ne peuvent pas être nommés seraient notamment les personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur et d'autres personnes qui pour une raison ou une autre ne seraient pas impartiales. La loi devrait spécifier si la créance d'un créancier doit ou non être admise [provisoirement ou autrement] pour qu'un créancier puisse être nommé à un comité.

– Mécanisme de nomination au comité des créanciers

116) La loi devrait établir un mécanisme de nomination des membres d'un comité des créanciers. Différentes approches pourraient être adoptées, telles que le choix des membres du comité par les créanciers ou leur nomination par le tribunal ou par un autre organe administratif.

– Droits et fonctions d'un comité des créanciers

117) La loi devrait spécifier les droits et les fonctions du comité des créanciers dans la procédure d'insolvabilité. Ces droits et fonctions seraient notamment les suivants:

a) donner des conseils et apporter une aide au représentant de l'insolvabilité ou au débiteur non dessaisi;

b) participer à l'élaboration du plan de redressement, à la vente d'actifs importants et à d'autres questions intéressant les créanciers de leur catégorie, à la demande du tribunal ou comme décidé en coopération avec le représentant de l'insolvabilité;

c) avoir le droit d'entendre à tout moment le représentant de l'insolvabilité.

– Emploi et rémunération de professionnels par un comité des créanciers

118) La loi devrait permettre à un comité des créanciers, sous réserve de l'approbation du tribunal, de sélectionner, d'employer et de rémunérer les professionnels qui pourraient être nécessaires pour l'aider dans l'exercice de ses fonctions. Elle devrait spécifier comment seront financés les frais et la rémunération de ces professionnels.

– Responsabilité des membres d'un comité des créanciers

119) La loi devrait spécifier que les membres d'un comité des créanciers sont exonérés de toute responsabilité pour les actes accomplis ès qualités sauf si l'on

---

[87] En particulier, la loi devrait spécifier: comment les fonctions et les pouvoirs se répartissent entre les créanciers et le comité et quel mécanisme est prévu pour régler les litiges entre les créanciers et le comité.

constate qu'ils ont agi de manière frauduleuse et qu'ils ont commis une faute intentionnelle.

– *Révocation et remplacement des membres d'un comité des créanciers*

120) La loi devrait spécifier les motifs de révocation des membres d'un comité des créanciers et prévoir leur remplacement[88].

D. Droit des parties intéressées d'être entendues et de faire appel

1. Droit d'être entendu

476. La plupart des régimes donnent aux créanciers, en tant que principaux bénéficiaires de la masse, et à d'autres parties intéressées 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. Le représentant de l'insolvabilité, le débiteur, un créancier, un comité des créanciers ou une autre partie intéressée souhaitera peut-être demander des mesures d'aménagement en vertu de la loi sur l'insolvabilité ou s'opposera peut-être aux demandes de telles mesures formulées par d'autres. Il faudrait que chacune de ces parties puisse être entendue lorsqu'il est porté atteinte aux droits, notamment sur des biens, ou aux obligations que leur confère la loi sur l'insolvabilité. Lorsque les décisions relatives à l'administration de la masse sont prises par les tribunaux, elles sont généralement susceptibles d'appel devant une juridiction supérieure par une partie dont les intérêts sont lésés. Toutefois, dans quelques lois sur l'insolvabilité, certaines décisions (par exemple la décision de nomination du juge chargé de superviser la procédure ou la décision d'ouverture d'une procédure) sont insusceptibles d'appel.

2. Procédures de recours

477. Les procédures relatives à l'administration de la masse dépendent en grande partie des règles régissant les fonctions du représentant de l'insolvabilité, des droits et obligations qui incombent au débiteur en vertu de la loi sur l'insolvabilité et du rôle actif éventuellement joué par les créanciers, soit individuellement soit par l'intermédiaire d'un comité des créanciers, dans l'administration. Par exemple, dans les lois exigeant que le représentant de l'insolvabilité obtienne l'approbation des créanciers ou de leurs représentants avant d'accomplir certains actes, une procédure permettant aux créanciers de recourir contre ces actes ne sera, du fait de leur participation directe à la prise de décisions, normalement pas nécessaire sauf lorsque le représentant de l'insolvabilité les a trompés.

478. Lorsque les actes du représentant de l'insolvabilité ne sont pas soumis à l'approbation préalable des créanciers, il sera peut-être nécessaire de prévoir une procédure formelle de recours pour ces derniers. Cette procédure pourrait également être utile à d'autres parties intéressées lorsqu'elles sont lésées par des actes du représentant de l'insolvabilité.

479. La plupart des lois sur l'insolvabilité exigent que les parties intéressées demandent des mesures d'aménagement ou soulèvent leurs objections par voie

---

[88] L'exercice du pouvoir de révocation dépendra du mode de constitution du comité.

judiciaire. 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 créances pour être recevables à agir, voire 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. D'autres parties intéressées peuvent être fondées à soulever une objection ou à demander des mesures d'aménagement lorsqu'il est porté atteinte aux droits, notamment sur des biens, ou aux obligations que leur confère la loi sur l'insolvabilité. Comme on l'a vu plus haut, il faut concilier le droit d'être entendu avec la nécessité d'administrer efficacement la procédure d'insolvabilité.

3. Droit de faire appel

480. Une partie intéressée dont la demande de mesures d'aménagement a été rejetée ou qui a contesté sans succès une demande ou un acte d'une autre partie devrait avoir le droit de se pourvoir en appel devant une juridiction supérieure si elle estime que le tribunal s'est trompé. La plupart des systèmes judiciaires prévoient la possibilité d'un recours en établissant différents degrés de juridiction et des procédures d'appel. Une structure similaire devrait s'appliquer au tribunal qui administre la loi sur l'insolvabilité et à ses décisions.

Recommandations

Droit d'être entendu

121) La loi devrait spécifier qu'une partie intéressée a le droit d'être entendue sur tout aspect de la procédure d'insolvabilité qui porte atteinte à ses droits, obligations ou intérêts. Par exemple, une partie intéressée devrait avoir le droit:

a) de contester à tout acte soumis à l'approbation du tribunal;

b) de demander au tribunal d'examiner tout acte pour lequel son approbation n'était pas nécessaire ou n'a pas été requise;

c) de demander toute mesure d'aménagement dont elle peut se prévaloir dans la procédure d'insolvabilité.

Droit de faire appel[89]

122) La loi devrait spécifier qu'une partie intéressée peut faire appel de toute décision du tribunal prise dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité si cette décision porte atteinte à ses droits, obligations ou intérêts.

---

[89] Conformément à ses principaux objectifs, la loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que les appels formés dans le cadre de la procédure d'insolvabilité ne devraient pas avoir un effet suspensif sauf si le tribunal en décide autrement, afin que l'insolvabilité puisse être traitée et réglée de manière ordonnée, rapide et efficace sans interruption inutile. Les délais d'appel devraient être conformes au droit généralement applicable, mais doivent être plus courts dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité pour éviter toute interruption de cette dernière.

IV. Redressement

A. Le plan de redressement

1. Introduction

481. Les loi sur 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 par les créanciers (et homologué par le tribunal lorsque cela est exigé); quels en sont les effets et comment il doit être exécuté.

482. 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 de la poursuite de son activité. Ce plan peut aborder des points tels que les échéances et les mécanismes de répartition provisoire. Les développements ci-après sont axés sur les questions liées à un plan proposé quelque temps après l'ouverture de la procédure, 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 considérations seront aussi pertinentes, ne serait-ce que partiellement, pour d'autres types de plan.

2. Nature ou forme du plan

483. 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 les divers objectifs. 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 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'être trop contraignant. Il est souhaitable que la loi, par exemple, n'autorise pas un plan axé uniquement sur la parfaite remise en selle du débiteur, n'interdise pas les annulations de dettes, ne prévoie pas qu'un certain montant minimum devra finalement être versé aux créanciers ou n'interdise pas la conversion de créances en prises de participation. Une approche non directive n'intégrant pas de telles restrictions a des chances d'offrir 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.

484. Certaines lois sur l'insolvabilité procèdent de manière illustrative, dressant une liste de possibilités pouvant être retenues, mais cette liste ne se veut ni exhaustive ni exclusive. Ces possibilités peuvent comprendre un simple règlement amiable (un accord prévoyant le versement aux créanciers d'un pourcentage de leurs créances, généralement dans le temps); 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 actifs 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 le 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.

485. Même si elle n'adopte pas une approche directive concernant la forme ou la nature du plan, la loi sur l'insolvabilité pourra fixer certaines limites. Elle 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. Proposition d'un plan de redressement

486. Deux questions importantes se posent à propos de la proposition d'un plan de redressement: celle du stade de la procédure auquel il devrait être proposé et celle de la partie ou des parties qui seraient à même ou qui pourraient être autorisées à le proposer. Un certain nombre de réponses différentes peuvent être apportées à chacune de ces questions.

a) Choix du moment pour la proposition

487. En ce qui concerne la première question, celle du moment auquel il convient de proposer 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 lois, 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[90]. 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

---

[90] Ce type de démarche ne doit pas être confondu avec une demande de procédure accélérée qui s'accompagnerait du plan approuvé par les créanciers, voir chap. IV.B.

peut que son exécution suscite des difficultés et que cela pèse sur la procédure et entraîne, de surcroît, des retards. De nombreuses autres lois prévoient la négociation et la proposition 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 proposer un plan de redressement mettre à profit le régime de l'insolvabilité dans le seul but d'obtenir l'arrêt des poursuites. Des questions liées au choix du moment de la proposition peuvent aussi se poser en cas de conversion de la procédure de liquidation en redressement (voir 14 ci-après).

b) Parties autorisées à proposer le plan

488. S'agissant de la deuxième question, les aptitudes et les responsabilités des participants à la procédure de redressement concernant la négociation et la proposition du plan différeront suivant la façon dont la loi sur 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 lois, ces parties sont tenues de coopérer à la négociation et à la proposition d'un plan. Pour déterminer quelle partie devrait être autorisée à proposer un plan, ou quelles parties en sont capables, il pourra être souhaitable de trouver un équilibre entre la liberté accordée aux différentes parties de proposer le plan (par exemple, toutes les parties devraient-elles pouvoir proposer 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 de négociation et de proposition, possibilité de modifier le plan offerte par la loi sur 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 loi sur l'insolvabilité fournisse des orientations suffisantes pour faire en sorte que soit proposé un plan viable.

i) Proposition par le débiteur

489. Lorsque la proposition 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. Lorsque la proposition du plan doit intervenir après l'ouverture de la procédure, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient qu'elle devrait émaner du débiteur, et précisent parfois 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 ce dernier à demander une procédure de redressement à un stade précoce et, lorsque le plan envisage la poursuite de l'exploitation de son entreprise, de tirer le meilleur parti de la connaissance qu'il a de son entreprise ainsi que des

mesures nécessaires pour la rendre de nouveau viable (encore que la liberté accordée au débiteur doive sans doute être mise en balance avec la nécessité d'obtenir la confiance des créanciers dans le débiteur et sa proposition). Cette approche peut aussi présenter des avantages lorsque le personnel de direction clef de l'entreprise du débiteur est nécessaire à son succès (en raison de sa complexité) ou sera difficile à remplacer rapidement.

490. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, la possibilité donnée au débiteur de proposer un plan est exclusive. D'autres lois procèdent par étapes, n'accordant au débiteur une possibilité d'exclusivité que pendant un délai déterminé que le tribunal est habilité à proroger si le débiteur peut prouver que le délai est justifié et qu'il existe de réelles chances de succès du redressement, une autre partie pouvant proposer un plan si à l'expiration de ce délai aucun plan n'a été proposé.

ii) Proposition par des créanciers

491. 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 proposer le plan et refuse d'envisager une telle formule, le redressement risque d'échouer au détriment des créanciers, des salariés et du débiteur lui-même. Pour ces raisons, dans certaines lois sur l'insolvabilité, le débiteur doit, pour élaborer son plan, coopérer et négocier avec les créanciers; s'il ne propose 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 chap. III.C)). Cette option peut offrir les moyens de pression nécessaires pour amener les parties à un compromis.

iii) Proposition par le représentant de l'insolvabilité

492. Une autre solution adoptée par de nombreuses lois sur l'insolvabilité consiste à donner au représentant de l'insolvabilité la possibilité de proposer un 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 suivant les caractéristiques de la loi et, en particulier, les exigences d'approbation du plan par les créanciers ou le tribunal. Lorsque l'approbation des créanciers est requise, un plan qui tient compte de propositions rencontrant leur agrément aura plus de chances d'être approuvé. Cette considération peut ne pas valoir lorsque l'approbation des créanciers n'est pas nécessaire ou que le tribunal est habilité à refuser d'homologuer un plan approuvé pour des raisons autres que l'équité procédurale, par exemple la rentabilité. 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. Lorsqu'il n'est pas donné au représentant de l'insolvabilité la possibilité de négocier et de proposer un plan ni de

participer à ce processus, il pourra être souhaitable de lui permettre d'examiner le plan proposé avant que celui-ci soit soumis pour approbation.

iv) Proposition par plusieurs parties

493. Certaines lois sur l'insolvabilité disposent qu'un plan peut être proposé par plusieurs parties, dont le débiteur, le représentant de l'insolvabilité, et les créanciers ou le comité des créanciers. Il pourra être souhaitable, dans les lois qui comportent une telle disposition, de prévoir un mécanisme qui garantisse que plusieurs plans concurrents ne soient pas proposés simultanément. Même si elle peut dans certains cas favoriser l'élaboration d'un plan mutuellement acceptable, la proposition concurrentielle de plusieurs plans risque aussi de compliquer le processus et d'être source de confusion, d'inefficacité et de retard.

494. Dans certaines lois, le tribunal doit prendre l'avis de tiers, tels que des organismes publics et les syndicats, à propos du plan. Bien que l'inclusion de ces parties dans la négociation du plan puisse dans certains cas aider à proposer un plan acceptable, il y aussi le risque, si elle est érigée en principe général, qu'une telle procédure complique et ne fasse traîner les choses. Elle n'est sans doute souhaitable que s'il y a des chances qu'elle soit profitable dans un cas donné lorsque les intérêts de ces parties sont au cœur du plan de redressement, et si la négociation est suivie de près et assortie de délais à respecter.

c) Délais de proposition d'un plan

495. Certaines lois sur l'insolvabilité fixent un délai après l'ouverture de la procédure dans lequel le plan doit être proposé. Ce délai peut s'appliquer spécifiquement à la proposition d'un plan par le débiteur ou s'appliquer en général. Une loi, par exemple, prévoit un délai maximum de 120 jours pour la proposition d'un plan par le débiteur; une fois ce délai arrivé à expiration, toute autre partie peut proposer un plan sans qu'un délai ne lui soit imposé. Les exemples de délai généralement applicable à la négociation et à la proposition d'un plan s'échelonnent entre 35 et 120 jours à compter de l'ouverture de la procédure, certaines lois prévoyant qu'il pourra être prorogé ou abrégé 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 la négociation et la proposition d'un plan peuvent prendre beaucoup plus de temps, par exemple 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 de ressources). Un moyen de dissiper cette crainte est d'autoriser le tribunal à proroger ce délai à condition que cette prorogation soit également limitée dans le temps et qu'il ne soit pas possible d'y recourir indéfiniment. L'avantage de cette approche 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 (par exemple qu'il est lié à la nécessité de mener de plus amples consultations avec les créanciers ou que les évaluations ou rapports des conseillers professionnels ont été reçus en retard), qu'il ne nuira pas aux intérêts des autres parties et que, si la prorogation est accordée, il existe de réelles chances que soit proposé un plan qui sera approuvé par les créanciers.

496. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité prévoit des délais pour la négociation et la proposition d'un plan, il convient de tenir compte des procédures converties de liquidation en redressement. Les délais courant dès l'ouverture de la procédure (de liquidation) risqueront d'être difficiles à appliquer aux insolvabilités qui se fondent sur la demande initiale d'ouverture de la procédure et traitent la conversion comme un prolongement de celle-ci.

4. Le plan

497. 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, autrement dit 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

498. 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), 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?) et à la question de savoir s'il existe ou non une exigence d'homologation du plan par le tribunal. De nombreuses lois sur 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 du débiteur 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. On notera que le plan ne doit pas nécessairement modifier ou influencer de quelque autre manière les droits de chaque catégorie de créanciers.

499. D'autres lois 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. 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. Les informations concernant ce qui est proposé dans le plan peuvent inclure, suivant l'objectif du plan et les circonstances d'un débiteur particulier, 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 le rejet des contrats qui ne sont pas entièrement exécutés; le traitement des baux en cours; les mesures et arrangements concernant les actifs du débiteur (par exemple transfert, liquidation, conservation); la vente ou tout autre traitement des actifs 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; la rémunération de la direction de l'entreprise débitrice; le financement de l'exécution du plan; le report de l'échéance ou une modification du taux d'intérêt ou de toute autre clause des sûretés existantes; 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 règlement des créances et les raisons pour lesquelles le montant que recevront les créanciers sera plus élevé que celui qu'ils auraient obtenu en cas de liquidation; le paiement des intérêts sur les créances; la répartition de tout ou partie des actifs de la masse entre les parties ayant un droit réel sur ces actifs; les modifications éventuelles de l'instrument ou du document organique constituant l'entreprise débitrice (modification du règlement intérieur, des statuts, etc.) ou de la structure de son capital ou la fusion ou le regroupement de l'entreprise avec une ou plusieurs personnes; les raisons pour lesquelles l'entreprise sera capable de poursuivre son activité et pourra être redressée; la supervision de l'exécution du plan; et la durée d'exécution du plan, y compris, dans certains cas, une durée légale maximale.

500. Au lieu d'indiquer tout un éventail d'informations qui devraient figurer dans le plan, il serait peut-être préférable que la loi sur l'insolvabilité définisse le contenu minimal de ce plan, se concentrant sur ses objectifs clefs et ses modalités d'exécution. Elle pourrait, par exemple, exiger que le plan indique les catégories de créanciers et le traitement que chacune s'y verrait accorder; ses conditions générales (par exemple le traitement des contrats et le rôle du débiteur); et ses conditions d'exécution (par exemple la vente d'actifs ou d'éléments de l'entreprise, le report d'échéances, les modifications de la structure du capital de l'entreprise et la supervision de l'exécution).

501. Le contenu du plan soulève également des questions liées à d'autres lois. Par exemple, si le droit national 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 uniquement à la remise de dette ou au report d'échéances, il risque d'avoir des difficultés à recevoir l'adhésion des créanciers. 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.

502. Le traitement de ces questions varie. Dans certains pays, la loi sur l'insolvabilité sera soumise à ces types de restrictions, ce qui aura pour conséquence de limiter éventuellement l'éventail des options en matière de redressement. D'autres lois sur 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. Il est souhaitable que les

restrictions imposées par d'autres lois et qui influeront sur la loi sur l'insolvabilité soient prises en compte dans l'élaboration de cette dernière et que, dans l'intérêt de la transparence et de la prévisibilité, une loi sur l'insolvabilité traite expressément la question de ses rapports avec d'autres lois, notant chaque fois que possible l'impact que ces dernières peuvent avoir sur elle.

b) Informations devant accompagner le plan

503. Lorsqu'ils sont appelés à se prononcer sur un plan, les créanciers et d'autres parties intéressées telles que les actionnaires, qui peuvent être tenus de se prononcer sur le plan, doivent pouvoir s'assurer que les propositions que contient ce dernier 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 et les autres parties intéressées devront disposer d'informations expliquant les propositions et leur impact sur le débiteur, sur les créanciers et sur les autres parties concernées. À cette fin, le plan pourra être présenté aux créanciers et aux autres parties accompagné d'une note d'information contenant des informations détaillées permettant à toutes les parties de l'évaluer correctement. Cette note pourra être établie par un professionnel qualifié dont on peut s'attendre qu'il fournisse une évaluation crédible et impartiale des mesures proposées par le plan ou par la partie même qui propose le plan, accompagnée ou non d'un avis professionnel. Lorsque le représentant de l'insolvabilité n'est associé ni à la proposition de plan ni à l'élaboration de la note, il sera peut-être souhaitable de lui demander de commenter les deux instruments. Si les créanciers et les autres parties intéressées 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).

504. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité spécifient les informations qui doivent être communiquées aux créanciers et aux autres parties intéressées pour leur permettre d'évaluer le plan en connaissance de cause, que ces informations doivent figurer dans le plan lui-même ou dans un document séparé. L'obligation de communiquer ces informations, étayée par des mécanismes appropriés d'obtention des informations voulues, 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 à des informations financières et commerciales potentiellement sensibles concernant le débiteur, même si celles-ci seront peut-être finalement rendues publiques du fait de l'approbation ou de l'homologation du plan par le tribunal. On peut répondre à cette préoccupation en incluant dans la loi une obligation de confidentialité qui s'appliquera au débiteur, aux créanciers, au représentant de l'insolvabilité et aux autres parties intéressées. Cette obligation peut aussi permettre d'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.

505. Il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité spécifie les informations minimales devant figurer dans la note d'information. Celle-ci pourrait comprendre

des informations relatives à la situation financière du débiteur, y compris les états de l'actif et du passif et des flux de trésorerie; une comparaison du traitement accordé aux créanciers par le plan proposé à ce qu'ils pourraient compter obtenir dans le cadre d'une liquidation; les raisons pour lesquelles l'entreprise débitrice serait capable de poursuivre son activité et pourrait être redressée; des informations sur les mécanismes de vote utilisés pour l'approbation du plan; des informations montrant, s'agissant de l'effet du plan, que le nécessaire a été fait pour qu'il soit satisfait à toutes les obligations prévues dans le plan et que le débiteur devrait disposer des flux de trésorerie requis pour régler ses dettes conformément au plan.

5. Approbation du plan

506. 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, telles que le fait de savoir si les créanciers devraient ou non voter sur le plan par catégorie et la façon dont les créanciers opposants seront traités. L'un des principes sous-jacents est que les créanciers ne peuvent être liés par un plan que s'il leur a été donné la possibilité de voter sur ce plan. Le principal objectif d'une classification des créances est de satisfaire à l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable aux créanciers, de traiter les créances de rang analogue de la même manière et de veiller à ce que tous les créanciers d'une catégorie donnée se voient proposer les mêmes conditions par le plan de redressement. C'est une façon de s'assurer que les créances prioritaires ou privilégiées seront traitées conformément à l'ordre de priorité fixé dans la loi sur l'insolvabilité. Cela pourra aussi faciliter le traitement des créances des gros créanciers, que l'on pourra persuader de bénéficier d'un traitement différent de celui réservé à la catégorie générale des créanciers chirographaires, si ce traitement est nécessaire pour rendre le plan réalisable. La classification peut, cependant, compliquer et renchérir la procédure d'insolvabilité suivant le nombre de catégories identifiées. Une autre façon de faire en sorte que les créanciers habilités à bénéficier d'un traitement spécial ne soient pas opprimés par la majorité serait de leur donner la possibilité, s'ils n'ont pas été traités de manière juste et équitable, de contester en justice la décision prise par la majorité. L'existence d'un tel mécanisme pourrait dissuader des majorités de présenter des propositions désavantageant indûment des créanciers privilégiés.

507. En ce qui concerne le traitement des créanciers opposants, 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 s'il serait possible de rendre le plan contraignant pour les catégories opposantes de créanciers et les autres parties concernées.

508. Dès lors qu'un plan peut être approuvé et imposé aux parties opposantes, il pourra être nécessaire de veiller à ce qu'il protège convenablement celles-ci et, en particulier, à ce que leurs droits ne puissent être injustement lésés. La loi pourrait prévoir, par exemple, qu'une catégorie opposante ne peut être liée que si elle est assurée d'un certain traitement. Il pourrait être exigé que les créanciers garantis soient réglés à hauteur de leur sûreté, tandis que les créanciers chirographaires, y compris les actionnaires, pourraient ne rien obtenir. Dès lors que la procédure

d'approbation a pour effet de porter fortement atteinte aux créances des créanciers (en particulier des créanciers garantis) et des autres parties concernées sans leur consentement, il y a le risque que ceux-ci ne soient guère disposés à accorder des crédits dans l'avenir. 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

509. De nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient la convocation d'une réunion spéciale des créanciers pour que ceux-ci votent sur le plan de redressement et exigent que celui-ci (et le document d'information lorsqu'il faut aussi en fournir) soit communiqué aux créanciers et aux autres parties intéressées habilitées à voter un certain temps avant cette réunion. Dans certaines lois, les créanciers doivent voter en personne à une réunion des créanciers, tandis que d'autres admettent aussi le vote par correspondance ou par procuration. Pour faciliter le vote et prendre en compte l'usage croissant des moyens électroniques de communication, il pourra être souhaitable d'autoriser le vote en personne, par procuration et par des moyens électroniques.

510. En ce qui concerne l'approbation du plan, il faut également se demander si les créanciers et autres parties intéressées devraient voter par catégorie en fonction de leurs droits respectifs; quels types de créances (créances admises ou provisoirement admises) seront pris en compte pour déterminer si la majorité requise pour le vote 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; quelles parties intéressées autres que les créanciers sont habilitées à voter sur le plan; et la façon dont seront considérés les créanciers qui s'abstiennent et ceux qui ne participent pas. Ces questions sont examinées dans les paragraphes ci-après. S'agissant du dernier point, certaines lois, par exemple, considèrent les créanciers qui s'abstiennent ou ne participent pas comme ayant voté contre le plan. Cette approche peut avoir pour effet de priver de leur droit de vote les créanciers qui n'ont pas participé au vote sur l'approbation du plan et risque, dans la pratique, de rendre très difficile l'approbation du plan. Comme alternative, dans de nombreux pays, on calcule le pourcentage d'adhésion au plan sur la base des suffrages effectivement exprimés, en partant du principe que les créanciers qui n'ont pas participé au vote ou qui se sont abstenus peuvent être considérés comme ne s'intéressant guère à la procédure. Il peut en résulter qu'un groupe potentiellement restreint et non représentatif de créanciers influe sur le cours du redressement, du fait en particulier de la fréquente apathie des créanciers. Il faut adopter une démarche équilibrée facilitant l'approbation du plan, garantissant un soutien suffisant des créanciers pour permettre l'exécution, et évitant les abus. Cela peut se faire, quelle que soit l'approche retenue, en exigeant que les créanciers et autres parties intéressées soient dûment avisés, en particulier lorsque les créanciers sont non-résidents, et en adoptant des mécanismes de vote n'exigeant pas la présence des personnes, tel le recours à la procuration et aux moyens électroniques.

511. Certaines lois sur l'insolvabilité admettent aussi des présomptions pour simplifier la procédure de 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 de cette partie 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. Le recours à de telles présomptions peut aussi rendre moins nécessaires la notification et l'information de ces créanciers et des autres parties intéressées.

b) Approbation par les créanciers garantis et les créanciers prioritaires

512. Dans de nombreux cas d'insolvabilité, 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 des biens grevés permettra de désintéresser le créancier garanti.

513. Lorsque la loi sur l'insolvabilité ne porte pas atteinte aux créanciers garantis et, en particulier, ne les empêche pas d'exercer leurs droits sur les actifs grevés, il est inutile 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 similaire: le plan ne peut réduire 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 actifs 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 reprenant possession de l'actif grevé et en le vendant, le redressement de l'entreprise 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. Ainsi, les perspectives de redressement peuvent être meilleures si les créanciers prioritaires acceptent un paiement étalé et si les créanciers garantis souscrivent à une modification dans le temps des conditions de leur garantie. Si ces créanciers ne sont pas inclus dans le plan et tenus de voter sur les propositions qui touchent leurs droits, il sera impossible de modifier ces droits.

514. Lorsque la valeur de l'actif grevé n'est pas suffisante pour désintéresser intégralement le créancier garanti, un certain nombre de lois sur l'insolvabilité donnent à ce dernier la possibilité de voter avec les créanciers chirographaires ordinaires pour la fraction non réglée de sa créance. Dans certains systèmes juridiques, cela soulève de difficiles questions d'évaluation pour déterminer si et dans quelle mesure un créancier garanti l'est effectivement. Par exemple, si trois créanciers détiennent une sûreté sur le même actif, il se peut que la valeur de cet actif permette seulement de garantir la créance de premier rang et une partie de la créance de deuxième rang. Le deuxième créancier ne sera alors habilité à voter que pour la fraction non garantie de sa créance et le troisième ne sera pas garanti du tout. L'évaluation de l'actif est donc cruciale pour déterminer la mesure dans laquelle les créanciers garantis le sont effectivement et, partant, s'ils sont tenus ou non de voter en tant que créanciers chirographaires pour une fraction de leur créance.

515. Il existe diverses approches en ce qui concerne le vote des créanciers garantis sur un plan de redressement. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, les créanciers garantis et les créanciers prioritaires sont appelés à voter, en tant que catégories distinctes, sur un plan qui modifierait les conditions de leurs créances ou à donner

d'une autre façon leur consentement à être liés par le plan. Adopter une approche permettant aux créanciers garantis de voter en tant que catégorie distincte c'est reconnaître que les droits et intérêts respectifs des créanciers garantis diffèrent de ceux des créanciers chirographaires. Le même raisonnement vaut pour les créanciers prioritaires. Dans de nombreux cas, cependant, les créanciers garantis n'auront pas tous les mêmes droits, et il pourra être impossible d'exiger que tous votent dans une même catégorie. Lorsqu'il en est ainsi, certaines lois prévoient que chaque créancier garanti forme une catégorie en soi. Lorsque les créanciers garantis votent effectivement, la majorité requise d'une catégorie de créanciers garantis sera généralement la même que celle applicable pour l'approbation par les créanciers chirographaires, bien que certaines lois prévoient des majorités différentes suivant la façon dont les droits des créanciers garantis seront affectés par le plan (par exemple, la majorité des trois quarts est nécessaire lorsqu'il doit y avoir un report d'échéance et la majorité des quatre cinquièmes lorsque les droits doivent être affectés d'une autre façon).

516. Lorsque les créanciers garantis votent par catégorie, certaines lois sur 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 liés par ce dernier, sous réserve de certaines protections. Dans ces lois, les protections accordées aux créanciers garantis opposants peuvent notamment consister à prévoir qu'ils 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, ou 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 au taux du marché. Certaines lois sur 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 l'actif grevé garantissant la sûreté ne sera pas affectée). D'autres lois sur l'insolvabilité prévoient que le plan ne peut être imposé aux créanciers garantis sans leur consentement.

517. 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, compte dûment tenu des objectifs de la loi sur l'insolvabilité et des avantages d'un redressement réussi pour l'économie.

c) Approbation par les créanciers chirographaires ordinaires

518. Différents mécanismes peuvent être utilisés pour 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

519. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité ne prévoient pas la répartition des créanciers chirographaires en différentes catégories, ceux-ci formant, aux fins du vote, un seul groupe.

520. 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 en 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 à un grand nombre de créanciers n'ayant pas le même intérêt économique. Parmi les critères pertinents pour déterminer l'absence de communauté d'intérêts, on peut citer la nature des dettes correspondant aux créances et les voies de recours ouvertes aux créanciers en l'absence du plan de redressement, y compris la mesure dans laquelle elles leur permettraient de recouvrer leurs créances. Lorsque les créanciers chirographaires sont peu nombreux ou lorsque leurs intérêts sont similaires, il n'est sans doute pas nécessaire que les créanciers votent sur le plan par catégorie, ce qui simplifie la procédure.

ii) Établissement des catégories

521. Certaines lois sur 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 partie qui propose le plan aura une certaine latitude pour inclure les créances dans telle ou telle catégorie. Suivant d'autres approches, le représentant de l'insolvabilité fait des recommandations au tribunal avant que les créanciers ne votent sur le plan, ou les catégories doivent être établies initialement par le débiteur auquel est laissée une certaine 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

522. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, le plan de redressement doit être approuvé par les actionnaires, 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 lorsqu'ils 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 l'émission de nouvelles actions.

523. Lorsque la loi sur l'insolvabilité autorise les créanciers ou un représentant de l'insolvabilité à proposer un plan et que celui-ci prévoit la conversion de créances en prises de participation, certains pays permettent l'approbation du plan par les créanciers malgré l'opposition des actionnaires, indépendamment des dispositions des statuts de l'entreprise débitrice. De tels plans peuvent avoir pour résultat que les intérêts des actionnaires en place se trouvent totalement évincés dans la nouvelle entreprise sans leur consentement.

e) Personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur

524. Certaines lois sur 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 lois sur l'insolvabilité, toutefois, ne comportent pas de dispositions traitant spécifiquement de la question des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur. Dans ce cas, ces personnes devraient voter comme les autres créanciers. Elles seront néanmoins en général soumises au droit commun pour ce qui est de leurs affaires personnelles avec le débiteur et son entreprise.

f) Conditions exigées pour l'approbation du plan

525. De nombreuses lois sur l'insolvabilité fixent le seuil minimal d'adhésion des créanciers nécessaire pour qu'un plan soit approuvé. La majorité requise peut être calculée de diverses manières, selon que les créanciers votent ou non par catégorie, selon la façon dont ces catégories sont prises en compte pour déterminer la majorité et, comme on l'a vu plus haut (II.5 a)), selon que la loi sur l'insolvabilité exige une majorité des créanciers votants ou de tous les créanciers.

i) Lorsque le vote ne s'effectue pas par catégorie

526. 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 lois 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 prenant effectivement part au vote concernant l'approbation du plan, dans certaines lois, elles sont déterminées par référence à la valeur totale des créances et au nombre total de créanciers, que ceux-ci prennent ou non part au vote. D'autres combinaisons ont également cours.

ii) Lorsque le vote s'effectue par catégorie

527. Lorsque les créanciers votent par catégorie, toutes sortes de formules sont possibles pour déterminer quand un plan a été approuvé. Ces formules peuvent être

assez complexes, avec des exigences relatives tant à l'approbation par une catégorie particulière qu'à l'approbation de toutes les catégories, les majorités étant déterminées par référence, dans certains cas, uniquement aux créanciers votant effectivement et, dans d'autres, au nombre total de créanciers, qu'ils votent ou non (voir 5 a) ci-dessus).

– *Majorité dans une catégorie particulière*

528. Certaines lois sur l'insolvabilité exigent l'approbation par une majorité des créanciers d'une catégorie, la majorité requise représentant un pourcentage ou une proportion de la valeur des créances ou un certain nombre de créanciers, ou une combinaison des deux. 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, encore que certaines législations donnent aux créanciers qui détiennent plus d'un certain pourcentage de la valeur totale des créances le pouvoir d'opposer leur veto à l'approbation du plan ou d'imposer une amélioration de ce dernier qui profitera à 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 lois sur l'insolvabilité comportent des dispositions telles que même lorsqu'une majorité du nombre de créanciers soutient le plan, mais que ces créanciers détiennent moins d'un certain pourcentage de la valeur totale des créances (par exemple, moins de 25 ou de 30 %), le tribunal hésitera 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 exécuté avec succès.

– *Majorité des catégories*

529. Certaines lois exigent que toutes les catégories de créanciers soutiennent le plan pour que celui-ci soit approuvé. Dans quelques autres, cependant, l'appui apporté par certaines catégories peut permettre de rendre le plan contraignant pour les catégories qui ne le soutiennent pas. 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 une catégorie opposante qui ne soutient pas le plan, à condition que le tribunal constate que certaines conditions sont réunies. Une loi, 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 lois prévoient que le soutien de catégories de créanciers chirographaires ne peut déboucher sur l'approbation du plan si des créanciers garantis y sont opposés. L'examen de cette question se poursuit aux points 7 et 8 ci-après.

6. Lorsque le plan proposé ne peut être approuvé

a) Modification du plan proposé

530. Quel que soit le mécanisme de vote retenu, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité soit suffisamment souple pour permettre, en vue d'obtenir un large soutien, qu'un plan soumis à l'approbation des créanciers et des autres parties intéressées soit négocié par ces parties lors de la procédure de vote. Si une telle négociation n'est pas possible et que les créanciers et autres parties intéressées doivent voter sur le plan proposé sans pouvoir le modifier, les chances d'obtenir l'approbation du plan risquent d'être réduites. Pour obtenir cette souplesse, on pourrait 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 régler des litiges et des questions en suspens. Comme dans nombre d'autres dispositions de la loi sur l'insolvabilité, cependant, il est souhaitable qu'un tel report soit possible seulement dans des circonstances bien circonscrites ou du moins 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) Échec de l'approbation du plan

531. Lorsqu'un plan de redressement n'est pas approuvé et qu'une renégociation et une modification du plan ne permettent pas de résoudre les difficultés rencontrées, une loi sur l'insolvabilité peut adopter différentes approches concernant la poursuite de la procédure. Certaines lois sur 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 (voir aussi première partie, chap. II.D et deuxième partie, chap. IV.A.14). Une telle approche peut encourager les débiteurs à proposer un plan acceptable, sous réserve 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. D'autres lois sur l'insolvabilité prévoient que la procédure de redressement doit être abandonnée. Cette approche a l'inconvénient de laisser le débiteur en état de difficulté financière, de faire courir le risque de voir de nouvelles dettes s'ajouter aux autres et les actifs se déprécier, et de retarder l'ouverture d'une procédure de liquidation sans doute inévitable.

7. Lier les catégories de créanciers opposantes

532. Comme il a été noté plus haut, quelques pays qui prévoient le vote des créanciers garantis et des créanciers prioritaires sur l'approbation du plan et la création de différentes catégories de créanciers chirographaires disposent en outre d'un mécanisme en vertu duquel l'appui d'une ou de plusieurs catégories permettra de rendre le plan contraignant pour d'autres catégories (y compris, dans certaines lois, celles des créanciers garantis et des créanciers prioritaires) qui ne soutiennent pas le plan. Une loi sur 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

533. 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 loi sur l'insolvabilité. Dans ces systèmes, le tribunal continuera d'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 ou d'autres parties intéressées, y compris le débiteur. D'autres pays, en revanche, exigent l'homologation par le tribunal du plan approuvé par les créanciers pour que celui-ci prenne effet et devienne contraignant.

a) Contestation de l'approbation du plan

534. De nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient que l'approbation du plan par les créanciers peut être contestée devant le tribunal. La façon dont une contestation sera entendue pourra dépendre du mécanisme utilisé pour donner effet au plan. Si l'habilitation du plan par le tribunal n'est pas requise, par exemple, les créanciers minoritaires ou d'autres parties intéressées, y compris le débiteur, peuvent présenter leur contestation au tribunal après le vote sur l'approbation. Lorsque la loi sur l'insolvabilité exige l'homologation d'un plan approuvé, une contestation peut être présentée à l'audience d'homologation. La loi devra aussi préciser quelles parties sont habilitées à contester l'approbation du plan et à quel moment cette contestation peut être présentée, en particulier lorsqu'elle est motivée par une fraude et il pourra être nécessaire de fixer un délai à compter de la découverte de cette fraude. Elle devra en outre préciser les conséquences d'une contestation qui aboutit, comme l'autorisation d'examiner plus avant le plan et de l'approuver en fonction des raisons pour lesquelles la contestation a abouti, ou la conversion de la procédure en liquidation.

535. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité fixent les motifs de contestation de l'approbation du plan, notamment le fait que cette approbation a été obtenue par des manœuvres dolosives (par exemple, des informations fausses ou trompeuses ont été données aux créanciers ou aux autres parties intéressées ou des informations importantes n'ont pas été communiquées au sujet du plan de redressement ou de la situation financière du débiteur); 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 loi sur 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 organisée ou menée la réunion au cours de laquelle le vote a eu lieu (par exemple, la tenue de la réunion n'a pas été notifiée en temps voulu); que des motivations répréhensibles sont à l'origine des propositions avancées dans le plan ou que celui-ci contient des dispositions contraires à la loi; que le plan n'est pas réalisable (par exemple, des actifs grevés 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); que les propositions lèsent de façon injuste les intérêts de celui qui remet en question l'approbation du plan; ou que le traitement des créances dans

le plan ne respecte pas la classification édictée par la loi sur l'insolvabilité (sauf s'il a été convenu de déroger à cette classification).

536. 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 pour permettre à un créancier de contester avec succès l'approbation. 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.

b) Mesures nécessaires pour l'homologation par le tribunal

537. Lorsque la loi sur l'insolvabilité exige que le tribunal (ou, dans certains pays, une autorité administrative) homologue le plan, on s'attend normalement à ce que le tribunal ou l'autorité administrative en question homologue un plan qui a été approuvé par la majorité requise des créanciers (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. 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 l'approbation du plan 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. Ces conditions peuvent être comparables ou identiques à celles exigées pour une contestation du plan: par exemple, que les catégories de créanciers opposées au plan participeront aux avantages économiques du plan, que les catégories de créanciers opposantes obtiendront du plan autant qu'elles auraient obtenu d'une liquidation, 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 prévu par la loi sur l'insolvabilité et que les créanciers ayant un rang similaire bénéficient de l'égalité de traitement. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, des catégories de créanciers chirographaires non habilitées à bénéficier d'un traitement prioritaire peuvent consentir, par vote à la majorité requise de la catégorie, à un rang différent de celui qui serait le leur dans une répartition à des fins de liquidation en vertu de la loi sur l'insolvabilité. Une catégorie de créanciers chirographaires ordinaires qui ne sera pas désintéressée intégralement pourra consentir, par exemple, à une répartition faite au profit d'une catégorie de créances ou d'actionnaires de dernier rang. Les créances ou dépenses afférentes à l'administration de la procédure ou habilitées à être réglées en priorité doivent généralement être réglées intégralement pour qu'un plan de redressement soit homologué, sauf si les détenteurs des créances ou les auteurs des dépenses acceptent un traitement différent. Dans certaines lois, le tribunal est tenu d'apprécier d'autres points, par exemple si le plan peut être considéré équitable à l'égard des catégories dont il lèse les intérêts mais qui l'ont néanmoins accepté.

538. Certaines lois sur 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 d'un point de vue pratique plutôt que d'un point de vue économique. Une telle solution 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 de leurs créances garanties. Le tribunal peut, en pareil cas, rejeter le plan s'il considère que les

créanciers garantis exerceront leurs droits sur les actifs grevés, ce qui rendrait le plan impossible à exécuter. On devrait chercher à parer à une telle éventualité dans les dispositions relatives à l'élaboration et à l'approbation du plan.

539. Plus les décisions que le tribunal est appelé à prendre concernant l'approbation ou l'homologation sont complexes, plus les juges sont tenus d'avoir des connaissances spécialisées, et plus ils risquent s'immiscer dans les choix à caractère essentiellement commercial, qui conduisent les créanciers à accepter ou à rejeter un plan. Il est souhaitable en particulier qu'il ne soit pas demandé au tribunal d'examiner les justifications économiques et commerciales de la décision des créanciers (y compris les questions d'équité qui ne concernent pas la procédure d'homologation, mais le fond de ce qui a été convenu), ni d'apprécier la faisabilité économique de certains aspects du plan, à moins qu'il n'ait les compétences et l'expérience voulues pour le faire. Pour ces raisons, il est souhaitable de concevoir avec soin les conditions d'approbation du plan par les créanciers et d'homologation de celui-ci par le tribunal (lorsque cette homologation est nécessaire) afin de réduire au minimum les problèmes tels que ceux qui sont évoqués ici.

9. Effets d'un plan approuvé [et homologué]

540. Lorsque le plan est approuvé par la majorité requise des créanciers et, si cela est nécessaire, homologué par le tribunal, les lois sur 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 lois sur 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 lois sur 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 dans des circonstances particulières, par exemple lorsque l'exécution échoue ou lorsque le débiteur ne s'acquitte pas de ses obligations comme le prévoit 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 lois prévoient également qu'une fois que le plan a été approuvé par les créanciers et 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 son homologation par le tribunal

541. Parmi les lois sur l'insolvabilité qui exigent que le plan soit homologué par un tribunal, nombreuses sont celles qui prévoient la possibilité de contester ce plan devant ce tribunal après l'audience d'homologation (dans certains cas, jusqu'à l'expiration d'un certain délai). Étant donné que le tribunal doit s'assurer qu'un certain nombre de conditions sont remplies avant d'homologuer un plan, les motifs de contestation après homologation pourraient être plus restreints que les motifs de contestation au moment de l'homologation et se limiter, par exemple, à la fraude. Lorsque la loi sur l'insolvabilité autorise une telle contestation après l'homologation, il peut être souhaitable de spécifier le délai dans lequel une action en contestation peut être intentée à compter du moment où la fraude a été découverte et de préciser par qui elle peut l'être. Dans le cas où la contestation d'un

plan qui a déjà été homologué est reçue par le tribunal, différentes options peuvent être prévues par la loi sur l'insolvabilité. Par exemple, le plan peut être écarté et la procédure convertie en une procédure de liquidation ou le débiteur peut rester en état de difficulté financière et reprendre le contrôle de ses actifs. Cette dernière option ne résout pas les difficultés financières du débiteur et risque simplement de retarder l'ouverture de la procédure de liquidation et d'aggraver encore dans l'intervalle la dépréciation des actifs du débiteur. Pour déterminer l'option qui convient le mieux lorsque la contestation a été reçue par le tribunal, 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

542. La loi sur l'insolvabilité peut ménager une possibilité limitée de modifier le plan après qu'il a été approuvé par les créanciers (et aussi bien avant qu'après son homologation lorsque celle-ci est nécessaire) si un problème majeur survient au cours de l'exécution du plan ou s'il s'avère impossible d'en exécuter une partie ou la totalité et qu'il ne peut être remédié au problème particulier qui se pose. Parmi les lois sur l'insolvabilité qui autorisent la modification, certaines prévoient cette possibilité uniquement lorsque les modifications proposées sont dans l'intérêt bien compris des créanciers. D'autres lois prévoient que le plan peut être modifié si les circonstances le justifient et s'il continue, une fois modifié, de satisfaire aux conditions posées par la loi sur l'insolvabilité concernant, par exemple, son contenu, les catégories de créanciers et la notification des créanciers. D'une manière générale, toute partie intéressée sera autorisée à proposer une modification du plan à tout moment. La seule limite temporelle qui peut être applicable concerne l'approbation de la modification par le tribunal. Pour qu'une telle approbation puisse être donnée, il faut que la procédure soit encore ouverte et que le tribunal soit compétent. Si la procédure est close après l'approbation (et l'homologation du plan), il peut être suffisant que la modification proposée soit approuvée par les créanciers concernés, à moins qu'une autre exigence soit imposée.

543. Suivant la nature de la modification, il se peut que l'approbation de toutes les catégories de créanciers ne soit pas requise, car cette approbation peut dans certains cas être difficile à obtenir. On peut envisager notamment comme autres solutions que des modifications mineures pourront être approuvées par le tribunal ou par les créanciers concernés par ces modifications, ou que les créanciers qui se sont prononcés pour l'approbation du plan seront avisés des modifications proposées et pourront élever des objections à leur encontre dans un certain délai, à défaut de quoi ils seront réputés les avoir acceptées. 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. Les lois sur l'insolvabilité qui exigent que le plan soit homologué par le tribunal peuvent aussi exiger que les modifications satisfassent aux règles ou aux conditions applicables à l'homologation.

544. Quelle que soit l'approche adoptée, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité exige non seulement qu'une notification soit adressée aux créanciers qu'il y a lieu d'aviser (qu'il s'agisse de l'ensemble d'entre eux ou seulement de ceux qui sont concernés) en spécifiant la partie à qui il incombe d'adresser cette

notification, mais aussi que soient divulguées des informations concernant l'échec du plan et la modification proposée. Lorsque le tribunal a homologué le plan initial, il pourra aussi être nécessaire qu'il en homologue la modification. Lorsque les modifications proposées n'ont pas recueilli ou ne peuvent pas recueillir l'approbation requise, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité en détermine les conséquences. Celles-ci peuvent être similaires à celles examinées plus haut lorsque le plan n'est pas approuvé par les créanciers ou est contesté avec succès, eu égard aux dispositions qui ont déjà été prises pour en assurer l'exécution et à la façon dont doivent être traités les versements déjà effectués, les contrats continués, etc.

12. Exécution d'un plan

545. De nombreux plans peuvent être exécutés par le débiteur sans que le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité ait à intervenir. Il en est ainsi en particulier dans le cas d'un redressement sans dessaisissement du débiteur ainsi qu'en vertu des lois qui prévoient la clôture de la procédure lorsque le plan prend effet. Lorsque la loi ne prévoit pas que la procédure doit être close à ce moment-là mais seulement lorsque le plan a été entièrement exécuté, 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 ce que celui-ci soit entièrement exécuté, ce qui peut être important 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'approbation du plan. Une autre solution consiste à autoriser les créanciers à nommer un contrôleur ou un représentant pour superviser l'exécution du plan.

13. Échec de l'exécution

546. Les lois sur l'insolvabilité adoptent un certain nombre de solutions différentes pour faire face aux conséquences du manquement du débiteur aux obligations que lui impose le plan ou de l'inexécution de celui-ci pour une autre raison. Certaines législations prévoient que le tribunal peut résilier le plan et transformer la procédure de redressement en procédure de liquidation. Dans d'autres, l'inexécution du plan entraîne la résiliation uniquement en ce qui concerne l'obligation précise qui n'a pas été exécutée, le plan demeurant par ailleurs valable. Le créancier de cette obligation ne sera pas lié par le plan et sa créance sera intégralement rétablie (s'il a accepté que le montant en soit réduit en vertu du plan). Cela ne sera parfois le cas que si le débiteur a accumulé un arriéré important[91] dans l'exécution de ses obligations en vertu du plan. Dans certains pays, les conséquences d'une inexécution peuvent être énoncées dans le plan lui-même.

547. Une autre solution serait de considérer que la procédure d'insolvabilité a atteint son terme et d'autoriser les créanciers à exercer les autres recours offerts par la loi. Comme on l'a déjà vu, cette solution ne résout pas les difficultés financières du débiteur et pourrait aboutir à une course aux actifs que l'ouverture de la

---

[91] 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.

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 acceptable n'a pu être élaboré dans ce délai. 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

548. Il sera souhaitable que la loi sur l'insolvabilité prévoie un mécanisme pour convertir la procédure de redressement en liquidation dans un certain nombre de situations qui peuvent survenir au cours d'une telle procédure, en particulier lorsqu'il n'a pas été possible de proposer ou d'approuver un plan de redressement ou d'approuver des modifications qu'il était proposé d'y apporter, lorsqu'il n'a pas été possible d'obtenir l'homologation du plan par le tribunal (si celle-ci est nécessaire), lorsqu'un plan approuvé ou homologué a été contesté avec succès, lorsqu'il a été décidé à la majorité des voix à une réunion des créanciers de mettre fin à la procédure de redressement, ou en cas de manquement notable ou substantiel du débiteur aux obligations découlant du plan. Il peut également y avoir lieu d'envisager une telle conversion 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 ou le tribunal (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 pendant la période de redressement ou que les dépenses d'administration ne sont pas payées (voir également le chap. I.B.8). Afin de préserver la valeur des actifs dans l'intérêt des créanciers, certaines lois font également obligation au représentant de l'insolvabilité de mettre fin à son mandat d'administrateur de la procédure de redressement dès qu'il est évident que le redressement ne sera pas possible. Prévoir dans la loi sur l'insolvabilité que le redressement pourra être converti en liquidation rendra prévisible l'issue ultime de la procédure, mais risque aussi d'entraîner de nouveaux retards et une dépréciation supplémentaire des actifs si la liquidation doit être considérée comme une nouvelle procédure et non comme la poursuite de la même procédure sur la base de la demande initiale.

549. Lorsque la procédure de redressement est convertie en liquidation, la loi sur l'insolvabilité devra également considérer le statut de toutes mesures prises par le représentant de l'insolvabilité avant l'approbation du plan, le maintien de l'arrêt des poursuites, en particulier à l'égard des créanciers garantis lorsqu'elle prévoit une date limite pour l'ouverture de la procédure (voir chap. II.B.3 c)), le traitement des versements effectués en exécution du plan avant la conversion et le traitement des créances qui ont été réduites au cours du redressement. Il peut être nécessaire de protéger les versements effectués au cours du redressement de l'application des dispositions d'annulation. Les créances qui ont été réduites au cours du redressement peuvent être rétablies dans leur intégralité lors de toute liquidation ultérieure. Le plan de redressement peut également envisager l'hypothèse de son échec et spécifier les droits des créanciers en pareil cas. Une telle solution facilite le traitement de ces créances et permet d'éviter des questions potentiellement difficiles concernant la loi applicable.

550. Lorsque la loi sur l'insolvabilité permet la conversion de la procédure, une question connexe est de savoir si cette conversion doit être automatique une fois que certaines conditions sont réunies ou s'il est nécessaire qu'une demande à cet effet soit adressée au tribunal par le représentant de l'insolvabilité ou les créanciers. 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.

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant le plan de redressement est:

a) de faciliter le sauvetage d'entreprises soumises à la loi et ainsi de préserver les emplois et, dans les cas appropriés, de protéger les investissements;

b) d'identifier les entreprises susceptibles de redressement;

c) de maximiser la valeur de la masse;

d) de faciliter la négociation et l'approbation d'un plan de redressement et de définir les effets de l'approbation de ce plan, y compris un mécanisme qui lui confère un caractère contraignant pour le débiteur, tous les créanciers et les autres parties intéressées;

e) de prévoir ce qu'il adviendra s'il n'est proposé aucun plan de redressement acceptable ou si l'approbation de ce plan par les créanciers ne peut être obtenue, y compris, dans certaines circonstances, la conversion de la procédure en liquidation;

f) de permettre l'exécution du plan de redressement et de prévoir ce qu'il adviendra si l'exécution du plan échoue.

Contenu des dispositions législatives

Délai pour l'élaboration du plan

123) a) Lorsqu'un plan est nécessaire, la loi devrait spécifier que le plan de redressement est proposé au moment de la présentation, ou après la présentation, d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, ou dans un délai spécifié après l'ouverture de cette procédure:

i) le délai devrait être fixé par loi;

ii) le tribunal devrait être autorisé à proroger le délai si les circonstances le justifient.

b) La loi devrait également traiter la question du délai lorsque la procédure de redressement est convertie en procédure de liquidation.

Parties autorisées à proposer le plan

124) La loi devrait indiquer quelles parties ont le droit de proposer un plan pour approbation.

125) Dans ses dispositions autorisant à présenter un plan, la loi devrait adopter une approche souple qui permette la participation de toutes les parties qui ont un rôle central dans la procédure d'insolvabilité, à savoir le débiteur, les créanciers et le représentant de l'insolvabilité. La loi 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 devrait être donnée au débiteur. Celui-ci peut être tenu de consulter les autres parties pour faire en sorte qu'un plan acceptable soit proposé;

b) Si aucun plan 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 justifiée.

Élaboration d'une note d'information

126) La loi devrait exiger qu'un plan soumis à l'examen des créanciers et des actionnaires soit accompagné d'une note d'information qui permette une décision en connaissance de cause sur le plan. Cette note devrait être établie par la même partie que celle qui propose le plan et être soumise aux créanciers et aux actionnaires en même temps que le plan.

Présentation du plan et de la note d'information

127) La loi devrait prévoir un mécanisme pour la présentation du plan et de la note d'information aux créanciers et aux actionnaires qui doivent approuver le plan.

Contenu du plan

128) La loi devrait spécifier les éléments minimums d'un plan. Ces éléments pourraient 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 actifs grevés;]

ii) le traitement des contrats, y compris les contrats de travail;

iii) le rôle du débiteur dans l'exécution du plan, y compris le contrôle qu'il exercera sur les actifs;

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 de l'acte constitutif de l'entreprise;

iv) la fusion ou le regroupement de l'entreprise avec une ou plusieurs personnes;

v) [la modification des conditions attachées à des sûretés, y compris] le report de la date d'échéance ou la modification du taux d'intérêt ou d'une autre condition;

[vi) la poursuite de l'utilisation des actifs grevés;]

vii) la répartition de tout ou partie des actifs de la masse entre ceux qui ont un droit sur ces actifs;

viii) l'identification des personnes qui seront chargées de la gestion future de l'entreprise;

ix) la supervision de l'exécution du plan.

Contenu de la note d'information

129) La loi devrait spécifier que les éléments ci-après seront fournis dans la note d'information[92]:

a) des informations sur la situation financière du débiteur, y compris des états de l'actif, du passif et des flux de trésorerie;

b) une comparaison du traitement accordé aux créanciers par le plan et de ce qu'ils 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;

d) des informations montrant que l'exécution du plan fera que l'actif du débiteur excédera le passif et que des dispositions adéquates ont été prises pour que toutes les obligations prévues dans le plan soient satisfaites; et

e) des informations sur les mécanismes de vote applicables pour l'approbation du plan.

Mécanismes de vote

130) La loi devrait établir, pour l'approbation du plan, un mécanisme de vote indiquant les créanciers qui ont le droit de se prononcer sur le plan par un vote; les modalités de vote (vote lors d'une réunion 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. Elle devrait permettre qu'un plan soumis à l'approbation des créanciers puisse être négocié au cours de ce processus d'approbation.

---

[92] Lorsqu'il n'élabore pas le plan ni la note, et qu'il ne participe pas non plus à leur élaboration, le représentant de l'insolvabilité devrait être tenu de présenter ses observations au sujet de ces deux documents.

Approbation du plan par les membres d'une catégorie particulière

131) La loi devrait spécifier la majorité requise pour l'approbation du plan par une catégorie particulière de créanciers. Lorsque le plan est appuyé par la majorité requise, cette catégorie sera considérée comme approuvant le plan. Ne devraient être pris en compte pour le calcul de la majorité que ceux qui ont effectivement pris part au vote, que ce soit en personne, par procuration ou autrement.

132) L'exigence de l'unanimité ou d'une majorité simple des votants n'est pas recommandée. D'autres solutions peuvent consister à exiger à la fois un certain nombre de votants et une certaine proportion du montant des créances, par exemple la majorité simple des 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 catégories

133) Lorsque, pour l'approbation du plan, il est procédé à un vote par catégories, la loi devrait spécifier comment seront traités, aux fins de cette approbation, les résultats obtenus dans chaque catégorie. [Différentes solutions sont possibles: par exemple, on peut exiger l'approbation du plan par une majorité spécifiée ou par l'ensemble des catégories.]

134) Lorsque la loi n'exige pas l'approbation de l'ensemble des catégories, elle devrait indiquer le traitement à réserver à celles qui n'ont pas voté pour un plan qui par ailleurs a été approuvé par [les catégories requises] [la majorité des catégories requise].

Non-approbation d'un plan

135) La loi devrait spécifier les conséquences de la non-approbation d'un plan par la majorité requise des créanciers.

Effet contraignant d'un plan

136) La loi devrait spécifier que le débiteur, les créanciers et les autres parties intéressées seront liés par un plan à condition que celui-ci ait été:

a) soit approuvé par la majorité requise des créanciers;

b) soit approuvé comme prévu à l'alinéa a) puis homologué par le tribunal.

Poursuite de l'utilisation continue des actifs grevés

[137) La loi peut, lorsque des créanciers garantis n'appuient pas un plan et que les actifs grevés sont nécessaires au redressement, autoriser le tribunal à ordonner que ces actifs puissent continuer d'être utilisés pour le redressement, sous réserve que les intérêts des créanciers garantis soient protégés.]

Homologation d'un plan approuvé

138) Lorsque la loi exige qu'un approuvé soit homologué par le tribunal, celui-ci devrait homologuer ce plan si:

a) le processus d'approbation a été régulier;

[b) les créanciers ont été traités de façon juste et équitable;]

c) le plan accorde aux créanciers au moins autant que ce qu'ils auraient reçu en cas de liquidation, à moins qu'ils n'aient expressément accepté un traitement moins favorable;

d) le plan ne comporte pas de dispositions contraires au droit commun;

[e) les créances et dépenses afférentes à l'administration de la procédure et les créances prioritaires qui ont la priorité seront intégralement payées, sauf dans la mesure où le titulaire accepte un traitement différent;] et

[f) le traitement des créances[93] dans le plan est conforme à leur classement prévu par la loi, sauf dans la mesure où les créanciers concernés sont convenus de modifier ce classement[94].]

Contestation de l'approbation (lorsqu'aucune homologation n'est exigée)

139) Lorsqu'un plan devient contraignant lors de son approbation par les créanciers sans que son homologation par le tribunal soit requise, la loi devrait permettre aux parties intéressées, y compris au débiteur, d'en contester l'approbation. Elle devrait spécifier des critères permettant d'apprécier le bien-fondé de la contestation, parmi lesquels devraient figurer:

a) le fait que les conditions énoncées dans la recommandation 142) sont satisfaites;

b) la fraude, auquel cas les alinéas a) à c) de la recommandation 144) devraient s'appliquer.

Contestation d'un plan homologué

140) La loi devrait permettre qu'un plan homologué puisse être contesté au motif qu'il y a eu fraude. Elle devrait spécifier:

a) un délai pour introduire la contestation à compter du moment où la fraude a été découverte;

b) la partie qui peut introduire une telle contestation; et

c) que la contestation devrait être introduite devant le tribunal.

141) La loi devrait spécifier les conséquences de l'aboutissement d'une contestation introduite conformément aux recommandations 139) et 140).

Modification du plan

142) La loi devrait permettre de modifier un plan contraignant et spécifier les parties qui peuvent proposer des modifications et le moment auquel le plan peut être modifié.

---

[93] Y compris celles afférentes aux frais et dépenses d'administration.

[94] Si un ou plusieurs créanciers doivent recevoir un traitement moins favorable que celui correspondant à leur rang prévu par la loi, le tribunal doit s'assurer qu'ils y ont consenti

Approbation des modifications

143) La loi devrait établir un mécanisme pour l'approbation des modifications du plan. Ce mécanisme devrait exiger l'envoi d'une notification aux créanciers et aux autres parties intéressés; spécifier la partie qui doit envoyer la notification; exiger que les créanciers concernés donnent leur approbation et que les règles prévues pour l'homologation (lorsque celle-ci est requise) soient respectées. Elle devrait également spécifier les conséquences de la non-acceptation des modifications proposées.

Supervision de l'exécution

144) La loi peut établir un mécanisme de supervision de l'exécution du plan, cette supervision pouvant être assurée notamment par le tribunal, par un contrôleur nommé par le tribunal, par le représentant de l'insolvabilité ou par un contrôleur nommé par les créanciers[95].

Conversion en liquidation

145) La loi devrait autoriser le tribunal à convertir la procédure de redressement en liquidation lorsque:

[a) aucun plan n'est proposé dans le délai pouvant être spécifié par la loi et aucune prolongation de ce délai n'est approuvée par le tribunal;]

[b) une demande de conversion est présentée par le représentant de l'insolvabilité ou les créanciers;]

c) le plan proposé n'est pas approuvé;

d) le plan approuvé n'est pas homologué (lorsque l'homologation est exigée par la loi);

e) le plan approuvé ou homologué est contesté avec succès;

f) il y a eu une violation substantielle des stipulations du plan.

B. Procédure de redressement accélérée

1. Introduction

551. 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 de procédures informelles (c'est-à-dire menées dans un cadre extrajudiciaire) de négociation et d'acceptation d'un plan (appelées ci-après négociations et accords volontaires de redressement), dans lesquelles le tribunal intervient peu ou n'intervient pas du tout et qui dépendent essentiellement de l'accord des parties concernées. Comme elles permettent d'éviter en grande partie les coûts, retards et exigences procédurales et juridiques liés aux procédures de redressement formelles, les négociations volontaires de redressement représentent souvent le moyen le plus efficace et le plus économique de résoudre les

---

[95] Lorsque la procédure concerne un débiteur non dessaisi ou lorsqu'elle est close lors de l'approbation du plan, il peut ne pas être nécessaire de nommer un contrôleur.

difficultés financières du débiteur, même s'il se peut qu'elles ne soient pas toujours efficaces pour faire face à de telles difficultés du fait qu'elles dépendent de certaines conditions préalables qui sont examinées ci-après. Elles peuvent néanmoins constituer un outil précieux parmi les différentes solutions auxquelles peut recourir le milieu des affaires d'un pays en cas d'insolvabilité. Le recours à de telles solutions négociées devrait être encouragé, 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.

552. Il est souvent impossible de parvenir à un accord dans le cadre de négociations volontaires de redressement 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 contribuer au succès de ces négociations, 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. Ces principes ont pour but d'accélérer les négociations 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.

553. Les négociations volontaires de redressement peuvent également se heurter à l'opposition d'une minorité de créanciers qui, afin de tirer avantage de leur position pour obtenir de meilleures conditions pour eux-mêmes au détriment des autres parties, peuvent refuser d'accepter une solution qui servirait au mieux les intérêts de la plupart des créanciers (on parle alors souvent de "résistance"). Dans ces cas, l'accord volontaire ne peut être exécuté que si les droits contractuels de ces créanciers opposants peuvent, d'une manière ou d'une autre, être modifiés sans leur consentement. Dans la plupart des systèmes juridiques existants, une telle modification des droits contractuels exige que l'accord volontaire soit converti en une procédure de redressement judiciaire ordinaire et conforme aux dispositions de la loi sur 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 les lenteurs (inhérentes à une procédure d'insolvabilité judiciaire ordinaire) risquent souvent d'être coûteuses, voire de faire échec à toute solution efficace. Il importe donc que le tribunal puisse tirer parti des négociations volontaires et accepte un plan de redressement convenu avant l'ouverture d'une procédure de redressement en application de la loi sure l'insolvabilité et que cette loi l'autorise à accélérer cette procédure, qui est appelée dans la présente section "procédure de redressement accélérée".

2. Créanciers participant généralement aux négociations volontaires de redressement

554. Participent généralement aux négociations volontaires de redressement le débiteur et une ou plusieurs catégories de créanciers, tels que les prêteurs, les obligataires et les actionnaires. Interviennent souvent aussi de gros créanciers non

institutionnels, généralement lorsque leur engagement est si important qu'une restructuration effective est impossible sans leur participation. Ces types de créanciers trouvent souvent avantageux de participer à ces négociations car elles sont susceptibles de réduire les pertes qu'ils subiraient normalement dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité judiciaire ordinaire.

555. Du fait que peu de catégories de créanciers participent normalement à des négociations volontaires de redressement et, et donc à une procédure accélérée, il est plus facile de parvenir à un accord que dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire ordinaire, qui touche généralement toutes les créances. Dans le cas de négociations volontaires de redressement, 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. Toutefois, si leurs droits doivent être modifiés, il faudra qu'ils acceptent les modifications proposées.

3. Procédure d'exécution d'un accord volontaire de redressement

556. Une loi sur l'insolvabilité peut prévoir la reconnaissance d'un plan négocié et convenu avant l'ouverture d'une procédure de redressement régie par ses dispositions et la possibilité d'accélérer cette procédure. Dans ce cas, il faudra envisager de préciser quels sont les débiteurs et les parties qui pourront être concernés.

a) Débiteurs pouvant bénéficier de la procédure

557. Une procédure de redressement accélérée peut être ouverte à la demande de tout débiteur que les dispositions générales de la loi sur l'insolvabilité relatives au redressement autorisent à engager une action.

558. Lorsque la loi sur l'insolvabilité exige l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité si le débiteur satisfait à des critères donnés concernant sa situation financière (par exemple, lorsqu'il est insolvable), il pourra être nécessaire de prévoir expressément que l'ouverture d'une procédure accélérée satisfait à cette exigence. La loi peut aussi prévoir 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).

b) Obligations visées

559. Comme indiqué plus haut, les négociations volontaires de redressement portent généralement sur des obligations liées à une dette bancaire ou obligataire, garantie ou non garantie, et sur d'autres obligations financières similaires. Les créances garanties pourraient aussi être incluses dans de telles négociations avec l'accord des créanciers concernés. Les autres types de créances, telles que celles détenues par les créanciers commerciaux, les créanciers privilégiés comme les autorités fiscales et les organismes de sécurité sociale et les salariés, sont généralement exclues, parce qu'il est difficile d'obtenir les approbations nécessaires pour l'aménagement de leurs créances[96] et que ces créanciers continueront d'être

[96] Ces créances pourraient être réaménagées si l'approbation par la majorité requise pouvait être

payés dans le cours normal des affaires. Toutefois, ces créances pourraient être incluses, en particulier si les droits de leurs détenteurs devaient être modifiés au cours de la procédure de redressement, à condition que soient respectées toutes les garanties applicables en vertu de la loi sur l'insolvabilité. Les obligations particulières qui seront visées dans un cas d'espèce seront celles spécifiées dans le plan devant être homologué dans le cadre de ce type de procédure.

c) Application de la loi sur l'insolvabilité

560. Un régime d'insolvabilité permettant le recours à une procédure accélérée 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 loi sur l'insolvabilité régissant la procédure judiciaire ordinaire s'appliqueront à ce type de procédure, en particulier si leurs modalités d'application doivent être modifiées. Ainsi, par exemple, 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 à des fins de notification et pour 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 à adresser aux créanciers visés, la détermination des catégories de créanciers, les comités de créanciers et les critères et les majorités requises pour l'approbation), l'effet et l'homologation du plan, les questions concernant l'exécution du plan et la remise des dettes. Lorsque l'exécution d'un plan homologué dans le cadre d'une procédure accélérée échoue, il faudra prévoir dans la loi sur l'insolvabilité les conséquences de cet échec et en particulier si ces conséquences devraient être les mêmes qu'en cas d'échec d'un plan approuvé dans le cadre de la procédure formelle (examinée au chap. IV.A.13 et 14) et si les paiements déjà effectués en exécution du plan devraient faire l'objet d'une disposition spéciale.

561. Les dispositions de la loi sur l'insolvabilité qui pourraient ne pas s'appliquer à une procédure accélérée 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 expressément prévue dans le plan, la déclaration des créances, les obligations de notification de délai pour l'approbation du plan (lorsque la loi sur l'insolvabilité comporte de telles dispositions), et le vote sur le plan. Une autre exception importante à l'application de la loi sur l'insolvabilité serait que, si l'homologation du plan de redressement semble probable, le tribunal pourrait autoriser que les créanciers non visés par le plan continuent d'être payés dans le cours normal des affaires.

562. La demande d'ouverture d'une procédure accélérée devra sans doute être quelque peu différente d'une demande d'ouverture de procédure judiciaire ordinaire afin de tenir compte des différences de contexte. Elle pourra comporter, par exemple, des informations supplémentaires concernant les négociations déjà menées et l'appel à voter et le vote des catégories de créanciers concernés avant l'ouverture de la procédure, ainsi que sur les mesures de protection en faveur des créanciers

---

obtenue.

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, en particulier parce que la demande est le fruit de négociations et d'un accord et que tout retard est préjudiciable non seulement à l'entreprise du débiteur, mais aussi à l'exécution du plan.

d) Accélération de la procédure

563. Pour tirer pleinement parti de l'accord négocié et éviter les lenteurs qui risquent de rendre son application impossible, il faudra peut-être examiner comment ce type de procédure pourra être mené à bien plus rapidement qu'une procédure de redressement judiciaire ordinaire. Par exemple, si un plan et d'autres documents remplissant les conditions de forme imposées par la loi ont été négociés 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. Une dispense d'une partie de la procédure formelle pourra également être accordée. Par exemple, si un plan de redressement a été accepté par une catégorie particulière de créanciers – généralement les créanciers institutionnels – à une majorité suffisante pour son approbation en vertu des règles de vote de la loi sur l'insolvabilité et si sur application ne porte pas atteinte aux droits des autres créanciers, le tribunal pourrait ordonner une réunion ou une audience limitée à cette catégorie de créanciers. De même, si les catégories de créanciers concernées ont été appelées à voter d'une manière conforme aux lois applicables en la matière (y compris aux règles de publicité prévues par les lois applicables aux valeurs mobilières), une dispense par le tribunal des procédures d'appel à voter postérieures à l'ouverture devrait être possible.

564. Même si elle prévoit le traitement rapide des affaires remplissant les conditions requises, il est hautement souhaitable que la loi sur l'insolvabilité n'accorde pas aux créanciers opposants et aux 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 pour l'essentiel les mêmes garanties et les mêmes protections que celles applicables aux procédures de redressement judiciaire ordinaires.

565. Il faudra peut-être modifier d'autres lois pour encourager tant les négociations volontaires de redressement que les procédures de redressement accélérées ou pour en tenir compte. Ainsi faudrait-il peut-être revoir les lois qui rendent les administrateurs responsables des opérations effectuées pendant que sont menées des négociations informelles de redressement, 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 des négociations volontaires de redressement et l'acceptation d'un plan avec une procédure accélérée menée conformément à la loi sur l'insolvabilité en vue de l'approbation de ce plan par le tribunal est:

a) de reconnaître que les négociations volontaires de redressement, qui supposent 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'incluent pas toutes les catégories de créanciers, sont un instrument économique et efficace de sauvetage des entreprises en difficulté financière;

b) d'encourager et de faciliter le recours aux négociations volontaires de redressement;

c) de mettre en place dans le cadre de la loi sur l'insolvabilité une procédure qui:

i) préservera les avantages des négociations volontaires de redressement lorsqu'une majorité dans chacune des catégories de créanciers concernés souscrits à un plan;

ii) réduira au minimum les retards et les dépenses et préservera l'accord négocié et conclu dans le cadre des négociations volontaire de redressement;

iii) liera les membres minoritaires de chacune des catégories de créanciers et d'actionnaires concernés qui n'acceptent pas le plan négocié;

iv) suivra les mêmes règles de fond, à l'exception de délais plus courts, que les procédures de redressement régies par la loi, tout en offrant pour l'essentiel les mêmes garanties;

d) suspendra, en prévoyant les garanties voulues, les dispositions d'autres lois qui peuvent empêcher ou rendre difficile l'utilisation de mécanismes retardant le recours à la loi[97].

Contenu des dispositions législatives

Ouverture de la procédure de redressement accélérée

146) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une procédure accélérée peut être ouverte à la demande de tout débiteur:

[a) qui, d'une manière générale, ne sera probablement pas en mesure de payer ses dettes à l'échéance [ou dont le passif risque de dépasser l'actif]] [qui est

---

[97] Par exemple, 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 pendant la période au cours de laquelle les négociations amiables ont lieu, qui ne reconnaissent pas les obligations découlant de financements accordés pendant cette période, et qui limitent la conversion de dettes en prises de participation.

en droit d'ouvrir une procédure de redressement en application des dispositions de la loi sur l'insolvabilité];

b) qui a négocié un plan et l'a fait accepter par [la majorité requise de] chacune des catégories de créanciers concernés [appelés à voter conformément aux dispositions des autres lois applicables] et par chaque créancier concerné n'appartenant à aucune catégorie votante; et

c) qui satisfait aux conditions exigées pour l'ouverture d'une procédure de redressement conformément aux dispositions de la loi.

Conditions requises pour présenter une demande

147) La loi devrait spécifier que la demande d'ouverture d'une procédure de redressement accélérée devrait être accompagnée des pièces suivantes:

a) le plan et la note d'information;

b) une description des négociations volontaires de redressement qui ont précédé le dépôt de la demande d'ouverture, y compris les informations fournies aux créanciers concernés pour leur permettre de se prononcer en connaissance de cause sur le plan [ou un condensé de ces informations];

c) un certificat attestant que les créanciers non concernés sont payés dans le cours normal des affaires et que le plan ne modifie ni ne compromet sans leur accord les droits ou les créances des créanciers privilégiés tels que les autorités fiscales ou les organismes de sécurité sociale ou les salariés;

d) un relevé des voix dans les catégories de créanciers concernés démontrant que celles-ci ont accepté le plan à la majorité fixée pour chacune d'elle par la loi;

e) l'acceptation de tout créancier individuel dont les droits sont modifiés par le plan;

f) une analyse financière démontrant que le plan satisfait à toutes les conditions applicables au redressement; et

g) une liste des membres de tout comité de créanciers constitué au cours des négociations informelles.

Ouverture

148) La loi devrait spécifier que la demande d'ouverture entraînera l'ouverture automatique de la procédure ou que le tribunal sera tenu de décider rapidement s'il y a lieu d'ouvrir la procédure.

Effet de l'ouverture

149) La loi devrait spécifier que:

a) ses dispositions applicables à la procédure de redressement ordinaire s'appliqueront également à la procédure accélérée, sauf s'il est spécifié qu'elles ne sont pas applicables[98];

---

[98] Les dispositions de la loi qui ne seraient pas applicables d'une manière générale concerneraient

b) [sauf décision contraire du tribunal,] les effets de l'ouverture se limiteront au débiteur, aux créanciers individuels et aux catégories de créanciers et d'actionnaires dont les droits sont modifiés ou qui sont concernés par le plan;

c) tout comité de créanciers constitué au cours des négociations volontaires de redressement sera assimilé à un comité de créanciers constitué en application de la loi; et

d) une audience aux fins de l'homologation du plan devra avoir lieu le plus rapidement possible.

Notification de l'ouverture

150) La loi devrait spécifier que l'ouverture d'une procédure accélérée devrait être notifiée individuellement aux créanciers et aux actionnaires. Cette notification devrait indiquer:

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 où il peut la déclarer;

c) le délai à respecter et la procédure à suivre pour contester les créances déclarées par d'autres parties;

d) la date et le lieu de l'audience d'homologation du plan et où et quand toute objection à l'encontre de l'homologation doit être déposée; et

e) les conséquences du plan pour les actionnaires.

Homologation du plan

151) La loi devrait spécifier que le tribunal homologuera le plan si:

a) celui-ci satisfait aux conditions de fond pour l'homologation d'un plan dans le cadre d'une procédure de redressement ordinaire, pour autant que ces conditions s'appliquent aux créanciers et aux actionnaires concernés;

b) la notification adressée et les informations communiquées aux créanciers et aux actionnaires concernés durant les négociations volontaires de redressement 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];

c) les créanciers non concernés sont payés dans le cours normal des affaires et le plan ne modifie ni ne compromet sans leur accord les droits ou les créances des

---

notamment la déclaration de la totalité des créances; la notification et les délais pour l'approbation du plan; les mécanismes de communication du plan et de la note d'information aux créanciers et aux autres parties intéressées et d'appel à voter et de vote sur le plan après l'ouverture de la procédure; la nomination d'un représentant de l'insolvabilité (en général cette nomination n'interviendra que si le plan l'exige); la modification du plan après son homologation. Une exception à l'application des dispositions de la loi applicable à la procédure d'insolvabilité normale serait que les créanciers non concernés par le plan seraient payés dans le cours normal des affaires pendant l'exécution dudit plan.

créanciers privilégiés tels que les autorités fiscales, les organismes de sécurité sociale ou les salariés.

d) l'analyse financière accompagnant la demande démontre que le plan satisfait à toutes les conditions applicables au redressement.

Effet d'un plan homologué

152) La loi devrait spécifier que le plan homologué ne devrait avoir d'effet que pour le débiteur et pour les créanciers et les actionnaires concernés par ce plan.

Échec de l'exécution d'un plan homologué

153) La loi devrait spécifier qu'en cas de violation substantielle des stipulations d'un plan homologué conformément à la recommandation 150), la procédure peut être [close et les créanciers peuvent faire valoir leurs droits] [convertie en liquidation].

V. Administration de la procédure

A. Le traitement des créances

1. Introduction

566. 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 classe à laquelle ils appartiennent et de la valeur de leur créance, lorsque ce facteur est pertinent) et, deuxièmement, aux fins de la répartition (voir chap. V.B). La procédure de déclaration et d'admission des créances 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 les procédures applicables à la déclaration, à la vérification et à l'admission ou au 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 réunion 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

567. 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 prévoie un autre mécanisme de vérification et d'admission des créances

n'exigeant pas que tous les créanciers déclarent leurs créances – point examiné ci-dessous).

568. Dans les lois sur l'insolvabilité qui n'incluent pas les actifs grevés dans la masse de l'insolvabilité et qui autorisent les créanciers garantis à réaliser librement leur sûreté sur les actifs grevés, les créanciers garantis peuvent être dispensés de l'obligation de déclarer leur créance dans la mesure où celle-ci sera couverte par la valeur de vente du bien grevé. Si cette valeur est inférieure au montant de la créance, le créancier garanti peut être tenu de déclarer une créance pour la fraction non garantie en tant que créancier chirographaire ordinaire. La valeur de la créance chirographaire dépend donc de la valeur de l'actif 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 lorsque ceux-ci sont calculés par référence à la valeur des créances[99].

569. Une autre approche exige des créanciers garantis qu'ils déclarent une créance d'un montant correspondant à la valeur totale de leur sûreté, qu'une partie de la créance soit ou non insuffisamment garantie, obligation qui, dans certaines lois, ne vaut que pour les détenteurs de certains types de sûreté, tels que les charges flottantes, les actes de vente ou les hypothèques mobilières. Certaines des lois qui exigent que tous les créanciers garantis déclarent leurs créances prévoient des conséquences importantes pour ceux qui ne le font pas (point examiné ci-dessous). Certaines lois sur l'insolvabilité autorisent aussi les créanciers garantis à remettre leur sûreté au représentant de l'insolvabilité et à déclarer une créance d'un montant correspondant à la valeur totale de la sûreté.

570. 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. Cette obligation de déclarer leurs créances présentes a pour but de renseigner le représentant de l'insolvabilité sur l'existence de toutes les créances, l'étendue de la dette garantie et les actifs qui pourraient être soumis à une sûreté, ainsi que sur le montant total 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. Il est important aussi, en particulier lorsqu'une loi sur l'insolvabilité prévoit que la procédure peut avoir des incidences sur les sûretés d'un créancier garanti, que la notification de l'ouverture de la procédure contienne des informations concernant la déclaration, ou le défaut de déclaration, des créances garanties.

b) Restrictions en ce qui concerne les créances qui peuvent être déclarées

571. Il est arrivé assez souvent dans le passé que des lois sur l'insolvabilité limitent le type de créances pouvant être déclarées, et excluent, par exemple, les créances de dommages-intérêts non liquides. Plus récemment, toutefois, on a observé une tendance à étendre la définition des créances pouvant être déclarées à ces dernières et aux créances contractuelles, ainsi qu'aux créances conditionnelles. Si ces créances ne sont pas prises en compte dans la procédure d'insolvabilité, les créanciers qui les détiennent ne peuvent participer et n'ont pas de recours pour les recouvrer. Il est donc souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité adopte une définition

---

[99] Pour l'évaluation des actifs grevés, voir chap. II.B.8.

large des créances pouvant être déclarées. Il convient de noter toutefois que l'élargissement de cette définition risque de compliquer la procédure d'insolvabilité, en particulier lorsque ces créances doivent être évaluées en vue de permettre leur déclaration et leur admission, même à titre provisoire.

i) Créances nées après l'ouverture de la procédure

572. Le principe général est que seules peuvent être déclarées les créances nées avant l'ouverture de la procédure. Ce qu'il adviendra de celles qui sont nées après l'ouverture dépendra de la nature de la procédure et des dispositions de la loi sur l'insolvabilité - beaucoup d'entre elles prévoient que ces créances sont payables intégralement parce que considérées comme des dépenses liées à la procédure (voir chap. V.B.).

ii) Types de créances exclues

573. Pour diverses raisons d'ordre public, une loi sur l'insolvabilité peut chercher à exclure de la procédure d'insolvabilité 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. Certaines lois disposent que ces créances peuvent être déclarées, mais qu'elles peuvent faire l'objet d'un traitement spécial, par exemple prendre rang après les autres créances chirographaires. Il est hautement 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 chap. V.B).

– Créances fiscales étrangères

574. 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, qui 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.

– Créances résultant d'une activité illégale

575. 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 exemples 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.

– *Amendes* et pénalités

576. Pour ce qui est des amendes et des pénalités, la loi sur 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 d'amendes et de pénalités 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 actifs 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.

c) Procédure de déclaration des créances

i) Délai de la déclaration des créances

577. Pour faire en sorte que les créances soient déclarées sans tarder et que la procédure d'insolvabilité ne traîne pas inutilement, des délais peuvent être spécifiés. Certaines lois sur l'insolvabilité précisent que les créances doivent être déclarées dans un certain délai après l'ouverture de la procédure ou par référence à la survenue d'un autre événement spécifié dans la procédure. D'autres disposent que le délai doit être fixé par le tribunal ou par le représentant de l'insolvabilité et exigent qu'il soit indiqué dans la loi sur l'insolvabilité, des délais de 10 jours à 3 mois après la survenue d'un événement spécifié, par exemple l'ouverture, étant observés dans la pratique. D'autres encore ne prescrivent aucun délai de déclaration, laissant au représentant de l'insolvabilité le soin de fixer ce délai ou autorisant la déclaration de créances jusqu'à un moment spécifié de la procédure, par exemple la remise par le représentant de l'insolvabilité de son rapport final et de ses comptes. D'autres établissent 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 signification publique. Un facteur clef, dans la détermination de tout délai de déclaration, sera la procédure de vérification et d'admission des créances. Si cette procédure doit obligatoirement avoir lieu lors d'une audience ou d'une réunion des créanciers convoquée à cette fin, on peut s'attendre à moins de souplesse pour la date de déclaration, et les créances qui n'auront pas été déclarées à la date spécifiée avant cette réunion ou audience exigeront la convocation d'une audience ou d'une réunion spéciale. Lorsque la vérification et l'admission sont effectuées par le représentant de l'insolvabilité, une plus grande souplesse sera possible car il n'y aura pas le même besoin de satisfaire aux conditions procédurales liées à la convocation de réunions de créanciers ou d'audiences.

578. Si les délais aident à faire en sorte que la déclaration des créances ne retarde pas indûment la procédure, ils 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. Afin d'assurer l'égalité de traitement des créanciers nationaux et étrangers, et de tenir compte 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 ou un autre événement spécifié, soit consisterait à fixer un délai qui pourrait être prolongé ou levé lorsque le créancier ne peut, pour des raisons valables, le respecter ou lorsque le délai lui cause de sérieuses difficultés.

579. Lorsqu'un délai est fixé (que ce soit par la loi sur l'insolvabilité, le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité) et que la créance est déclarée tardivement et, de ce fait, entraîne des frais, ceux-ci pourraient être supportés par le créancier. Lorsque les créances peuvent être déclarées à un stade avancé de la procédure, une question connexe à aborder est de voir si des répartitions intérimaires peuvent être faites avant que toutes les créances aient été déclarées et, dans l'affirmative, si les créanciers qui déclarent leurs créances après qu'une répartition a été effectuée peuvent néanmoins y participer. Certaines lois disposent que dans ce cas un créancier ne peut participer qu'à des répartitions intervenant après déclaration, tandis que d'autres exigent que le représentant de l'insolvabilité constitue une provision pour les créanciers qui n'ont pas déclaré leurs créances au moment de la répartition.

ii) Charge de la déclaration et de la justification des créances

580. 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. 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; certaines lois permettent aussi le rejet de créances qui n'ont pas été dûment justifiées. Dans certains pays, on peut faciliter l'admission en exigeant 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; les formalités à accomplir pour de telles déclarations, dans certains pays, a conduit à l'abandon de cette pratique.

581. Il est des circonstances dans lesquelles un certain nombre de lois sur l'insolvabilité autorisent l'admission de créances sans que les créanciers aient à déclarer et justifier celles-ci, par exemple lorsque le représentant de l'insolvabilité peut, à partir des livres et des registres du débiteur, déterminer quels créanciers il doit payer et quel est le montant de la dette. Bien que dans de nombreuses affaires d'insolvabilité les livres et registres du débiteur ne soient peut-être pas entièrement fiables, cette méthode a l'avantage de réduire les formalités liées à la vérification et à l'admission des créances et peut être appropriée lorsque les créances ne sont pas contestées (point examiné plus avant ci-dessous). On peut faciliter cette approche en exigeant l'établissement, dès le lancement de la procédure, d'une liste des créanciers et des créances. 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 peut avoir rapidement une idée de l'état de l'entreprise. Une autre solution pourrait être d'exiger du représentant de l'insolvabilité qu'il aide le débiteur à établir cette liste ou qu'il l'établisse lui-même. Bien que cette dernière formule puisse réduire les formalités liées à la vérification des créances, elle risque d'alourdir les dépenses et d'entraîner des retards, car elle

suppose que le représentant de l'insolvabilité obtienne du débiteur des informations exactes et pertinentes. Une fois la liste établie, elle pourrait servir à déterminer quelles créances pourraient être admises sans preuve formelle et quels créanciers devraient être invités à déclarer leurs créances au représentant de l'insolvabilité aux fins de vérification, ainsi qu'aux fins d'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 manière à donner non seulement une idée précise du niveau d'endettement du débiteur, mais aussi de l'état de la vérification et de l'admission des créances.

582. Il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité traite la question des fausses créances et prévoie des sanctions appropriées pour les créanciers et autres personnes qui présentent des réclamations qui se révèlent fausses.

iii) Formalités de déclaration des créances étrangères

583. 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, revêt une importance particulière pour les créanciers étrangers. Afin de faciliter l'accès de ces créanciers à la procédure, il est souhaitable de se demander si ces formalités sont essentielles ou si elles peuvent être levées, 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 chap. VII).

iv) Conversion des créances libellées en devises étrangères

584. Lorsque le débiteur a des activités commerciales dans différents pays, les créanciers étrangers peuvent avoir des créances libellées dans des monnaies autres que celle du pays où se déroule la procédure d'insolvabilité. Aux fins de la vérification et de la répartition, ces créances sont normalement converties dans la monnaie nationale, bien qu'il puisse y avoir des cas dans lesquels une telle conversion n'est pas nécessaire. La date de conversion pourra avoir été convenue contractuellement entre le débiteur et le créancier, ou peut avoir été fixée par référence à une date déterminée, telle que l'ouverture ou un autre moment de la procédure. Lorsqu'il y a un décalage entre la date de la conversion et celle de la répartition (qui pourrait intervenir sensiblement plus tard), il peut y avoir, dans l'intervalle, dépréciation ou appréciation de la monnaie, et, de ce fait, fluctuation du montant de la créance également. Lorsque la monnaie est relativement stable, cette fluctuation peut être sans grandes conséquences. En période de forte instabilité monétaire, en revanche, elle peut avoir pour effet de désavantager ou d'avantager considérablement un créancier par rapport à d'autres. Dans ces conditions, une loi sur l'insolvabilité pourrait prévoir qu'une conversion provisoire est faite au moment de l'ouverture de la procédure aux fins du vote, et que, lorsque le taux de change fluctue au-delà d'un certain pourcentage (stipulé dans la loi sur l'insolvabilité) pendant la période précédant la répartition, la conversion sera faite au moment de la répartition ou un ajustement approprié pourra être apporté au calcul précédent.

v) Partie autorisée à recevoir les déclarations de créance

585. Pour ce qui est de la question de savoir à qui les créances devraient être déclarées, les lois sur l'insolvabilité adoptent généralement deux approches

différentes. Certaines exigent que ce soit au tribunal, d'autres au représentant de l'insolvabilité, la différence tenant généralement au processus de vérification et aux rôles respectifs du tribunal et du représentant de l'insolvabilité. Lorsque ce dernier est responsable de la vérification et de l'admission des créances, les créanciers auraient en général un droit de recours au tribunal en cas de contestation de la valeur ou du rang de priorité des créances admises ou de rejet de leurs créances (voir ci-dessous).

d) Défaut de déclaration des créances

i) Défaut de déclaration dans le délai stipulé

586. Les lois sur l'insolvabilité adoptent différentes approches à l'égard des créances non déclarées dans un délai stipulé. Certaines font preuve de souplesse et prévoient que, nonobstant la fixation d'un délai, les créances peuvent être déclarées à tout moment jusqu'à ce que, par exemple, le représentant de l'insolvabilité ait présenté son rapport final et ses comptes relatifs à la liquidation; le créancier doit toutefois assumer les dépenses supplémentaires qu'entraîne une déclaration tardive. L'une des conséquences possibles d'une telle déclaration est que le créancier ne puisse pas participer aux répartitions intérimaires intervenant avant la déclaration (ou l'admission) de la créance; encore que certaines lois, comme on l'a noté plus haut, 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 réunions de créanciers lorsque la déclaration d'une créance est une condition préalable à la participation.

587. Une autre approche consiste à exiger le strict respect des délais de déclaration, le défaut de déclaration pouvant, dans certaines lois, entraîner l'extinction de la créance ou l'annulation ou la perte de sûretés, à condition que le créancier ait été informé comme il est prescrit de l'ouverture et de la nécessité de déclarer sa créance. Dans d'autres lois, le créancier qui n'a pas déclaré sa créance dans les délais doit s'adresser au tribunal pour qu'elle soit admise. Lorsque le tribunal admet la créance, le créancier peut ne participer qu'aux futurs dividendes.

588. S'il est vrai que les créanciers devraient se voir accorder le maximum de possibilités pour déclarer leurs créances dans la procédure d'insolvabilité et, pour cela, être avertis à temps et de manière appropriée de l'ouverture de la procédure et de l'obligation de déclarer, il ne faudrait pas que la procédure soit retardée par des créanciers qui, tout en ayant connaissance de cette obligation et du délai applicable, ne respectent pas ce dernier, car un retard risque d'accroître les dépenses liées à la procédure et pénalise les autres créanciers. Les conséquences du défaut de déclaration devraient donc être clairement définies et les créanciers devraient en être informés au moment où ils sont avisés des délais à respecter pour la déclaration.

ii) Défaut de déclaration d'une créance avant la clôture de la procédure

589. Le défaut de déclaration d'une créance avant la publication du rapport final et des comptes peut aboutir à des résultats différents 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 l'extinction des créances non déclarées dans la procédure d'insolvabilité.

3. Vérification et admission des créances

a) Liste des créances déclarées

590. Dans de nombreuses lois sur l'insolvabilité, 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, soit de façon continue lorsqu'il n'y a pas de délai ou que la date limite intervient plus tard dans la procédure. Lorsque la loi sur l'insolvabilité exige l'établissement d'une liste des créanciers, ainsi qu'il a été dit plus haut (voir aussi chap. III.A), la liste de créances actualise celle-ci et 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. De nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient que tous les créanciers identifiés et identifiables doivent recevoir notification des créances qui ont été produites, soit personnellement, par voie de publication dans des revues ou journaux commerciaux appropriés, soit par dépôt d'une liste au tribunal. Cela permettra aux créanciers, au débiteur et aux parties intéressées de voir quelles créances ont été déclarées et de contester les créances figurant sur la liste (lorsque la loi sur l'insolvabilité l'autorise).

b) Procédures de vérification et d'admission

591. La vérification consiste non seulement à apprécier la légitimité de la créance et de son montant, mais aussi à déterminer son rang aux fins du vote et de la répartition (créances garanties ou non, créances prioritaires, etc.).

i) Délai de vérification et d'admission

592. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité 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 30 jours après l'expiration du délai de déclaration. D'autres lois ne prévoient pas de délai. Pour décider si une loi sur l'insolvabilité devrait ou non imposer des délais dans ce cas, il est fondamental de savoir si la procédure de vérification et d'admission exige une audience ou la tenue d'une réunion des créanciers, ou bien si elle est conduite par le représentant de l'insolvabilité. Dans le premier cas, l'admission a généralement lieu à l'audience ou à la réunion des créanciers, sous réserve que soient réglés les litiges résultant des contestations des créances. Pour des raisons de transparence et de sécurité juridique, et pour assurer la conduite efficace de la procédure sans retard excessif, il est souhaitable que la décision d'admission ou de rejet soit prise rapidement, en particulier lorsque l'admission déterminera la participation à la procédure et les droits de vote. Toutefois, comme c'est généralement le cas lorsque l'on examine la nécessité d'un délai, il faut mettre en balance les avantages de la fixation d'un délai et les inconvénients potentiels de la rigidité ainsi que de la nécessité de veiller à ce que ce délai soit respecté.

ii) Procédure d'admission

593. Les lois sur l'insolvabilité adoptent des approches diverses à l'égard de la procédure d'admission, qui comportent des degrés divers de complexité et d'intervention du tribunal, du représentant de l'insolvabilité et des créanciers,

exigeant dans certains cas une contribution des trois à des moments différents. Si l'on considère les voies de recours et les difficultés liées au traitement des types de créances pour lesquelles une évaluation est nécessaire, la complexité du processus risque de perturber fortement la conduite de la procédure et d'entraîner un retard qui se répercutera sur les autres étapes. Pour ces raisons, il est hautement souhaitable que les formalités soient limitées au minimum et que la prise de décision soit aussi simplifiée que possible.

– Admission par le représentant de l'insolvabilité

594. Comme il a été noté plus haut, les lois sur l'insolvabilité exigent généralement que les créances soient déclarées au représentant de l'insolvabilité ou au tribunal. Nombre de ces 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. L'exigence d'un écrit augmentera la transparence de la procédure et sera aussi de nature à la rendre ci plus prévisible pour les créanciers. Certaines lois sur l'insolvabilité exigent également, comme cela a déjà été indiqué, que les décisions du représentant de l'insolvabilité concernant l'admission des créances soient régulièrement consignées 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. 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.

595. Dans d'autres lois sur l'insolvabilité, 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 et qu'il leur a communiquée. 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 réunion, aucune objection à l'admission des créances, les lois sur l'insolvabilité qui adoptent cette approche disposent le plus souvent que les recommandations du représentant de l'insolvabilité sont réputées approuvées ou les créances réputées admises.

– Admission par le tribunal

596. Lorsque les créances doivent être déclarées au tribunal, celui-ci convoquera généralement la réunion ou l'audience à laquelle les créances sont examinées et une décision prise quant à leur admission. Un certain nombre de lois exigent que les créances soient déclarées dans le délai de tant de jours avant la date fixée pour la réunion et qu'une liste provisoire d'admissions, établie soit par le tribunal, soit par le représentant de l'insolvabilité, soit communiquée à tous les créanciers avant l'audience ou la réunion. Lorsqu'il n'est fait, à cette réunion, aucune objection à l'admission des créances figurant sur la liste, les créances sont généralement, en vertu de la loi sur l'insolvabilité, réputées admises.

– Exigence de la présence des créanciers

597. Un point pouvant poser un problème pour les créanciers, et en particulier les créanciers étrangers, tient à l'obligation qui leur est faite, dans certaines lois sur l'insolvabilité, d'assister en personne aux réunions de créanciers convoquées aux fins de l'examen des créances pour que celles-ci soient admises. Cette condition risquant de contrarier l'objectif de l'égalité de traitement des créanciers qui sont dans la même position et d'entraîner des retards, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité n'exige pas dans tous les cas que les créanciers assistent en personne pour que leurs créances soient admises, mais qu'elles puissent être admises sur la base de justificatifs.

iii) Admission automatique des créances

598. 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 permettant de déterminer l'existence, la valeur et le rang de priorité des créances. Bien que cela ne suffise peut-être pas dans tous les cas, pour des raisons de fiabilité et d'exhaustivité, il peut être indiqué, dans un premier temps, de se fier aux livres et registres du débiteur, et sur la liste des créanciers à établir dans le cadre de la procédure afin de recenser toutes les créances non réglées. Lorsque ces créances ne sont pas contestées, elles peuvent être admises sans que les créanciers aient à les déclarer de façon formelle et à les justifier. Ce mode d'admission automatique des créances peut éviter bon nombre des difficultés liées à la nécessité d'une évaluation de la situation dès le début de la procédure afin de permettre aux créanciers de participer aux réunions tenues à un stade précoce et d'y voter.

iv) Admission provisoire des créances

599. On distingue deux types de créances des créanciers: les créances liquides et les créances non liquides, quand le montant dû par le débiteur n'a pas été déterminé au moment où elle doit être déclarée, ou ne peut toujours l'être à ce stade (par exemple parce qu'elles font l'objet d'une action en justice qui n'est pas terminée au moment de l'ouverture et peut-être être soumise à l'arrêt des poursuites). 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).

600. 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, sous réserve que lui soit attribuée une valeur fictive La détermination de la valeur d'une telle créance soulève un certain nombre de questions concernant, par exemple, la date à laquelle la valeur doit être déterminée et le point de savoir si elle doit être ou non liquide (auquel cas elle devra être examinée par un tribunal), ou estimée (ce dont pourrait se charger le représentant de l'insolvabilité, le tribunal ou quelque autre personne désignée à cet effet). Lorsqu'un tribunal est tenu de trancher, une question connexe est celle de

savoir quel tribunal sera compétent (le tribunal de l'insolvabilité ou un autre tribunal), et comment il faut traiter l'effet de tout retard dans la décision sur la conduite de la procédure d'insolvabilité. La question de l'évaluation des créances non liquides peut avoir un impact important sur la procédure d'insolvabilité lorsque, par exemple, des créances de dommages-intérêts collectives entrent en ligne de compte. Pour ce qui est du moment de l'évaluation, de nombreuses lois sur l'insolvabilité exigent que ce soit celui de l'ouverture de la procédure, encore que des règles spéciales puissent être requises lorsqu'il y a conversion d'une forme de procédure dans une autre.

601. Une raison importante de permettre l'admission provisoire est d'autoriser les créanciers détenant ces créances de participer à la procédure, et en particulier de voter sur des questions clefs, telles que l'approbation du plan de redressement ou d'autres questions fondamentales exigeant une décision de leur part.

602. 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 réunion 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 soumise à la même procédure d'approbation à un stade ultérieur. Il faut aussi se demander si, lorsque des créanciers dont les créances ont été admises provisoirement votent effectivement sur un plan de redressement, ils peuvent, en tant que créanciers minoritaires, être liés par un plan auquel ils n'ont pas consenti (voir chap. IV); si les créanciers détenant des créances provisoirement admises ont le droit de participer aux répartitions survenant avant que la créance ait été entièrement admise; et, si une créance admise provisoirement est ensuite rejetée ou admise seulement en partie, quel sera l'effet de la non-admission sur les décisions auxquelles le créancier a participé. 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.

c) Créances contestées

603. 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 – il est souhaitable qu'elle précise aussi 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 autres créanciers et le débiteur, sont autorisés 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 la réunion des créanciers tenue pour examiner les créances. Lorsqu'une telle réunion 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 la réunion faciliteront l'examen des créances. Lorsque des créances sont contestées dans la procédure d'insolvabilité, 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 lois sur l'insolvabilité, le litige doit être tranché par le tribunal de sorte que la décision soit définitive.

604. Lorsque des créances déclarées dans le cadre de la procédure d'insolvabilité font l'objet d'un litige en dehors de cette procédure, elles peuvent généralement, entrer dans l'une des catégories de créances qui peuvent être provisoirement admises dans le cadre de cette procédure, en fonction de leur nature et en attendant le règlement de ce litige (sous réserve de l'arrêt des poursuites – voir chap. II.B.3 a) et 8).

d) Effet de l'admission d'une créance

605. L'admission d'une créance de créancier établit le droit de ce créancier d'assister aux réunions, et le montant pour lequel il sera habilité à voter à ces réunions, que ce soit pour l'élection d'un représentant de l'insolvabilité, l'approbation d'un plan de redressement, ou une autre question spécifiée dans la loi sur l'insolvabilité. Elle déterminera également le montant et le rang de priorité dont le représentant de l'insolvabilité devra tenir compte lors de la répartition du produit de la masse entre les créanciers.

e) Compensation des créances réciproques

606. Comme noté plus haut dans le chapitre II.G, un certain nombre de lois sur l'insolvabilité prévoient, à certaines conditions, la compensation dans la procédure d'insolvabilité d'obligations monétaires réciproques contractées entre le débiteur et les créanciers. Ces conditions peuvent être par exemple les suivantes: les créances existaient et étaient exigibles au moment de l'ouverture de la procédure; le créancier a acquis la créance sans fraude ou ne connaissait pas la situation financière de son débiteur; le créancier n'a pas acquis la créance pendant la période suspecte; le créancier a déclaré au représentant de l'insolvabilité son intention de solliciter une compensation; et les créances étaient liées. Quelques très rares lois 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*. Lorsque la compensation est autorisée, elle sera généralement prise en compte par le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal lors de la vérification et de l'admission des créances.

f) Créances appelant un traitement spécial

i) Créances afférentes à l'administration de la procédure

607. La procédure d'insolvabilité nécessite, dans bien des cas, l'assistance de professionnels, tels que le représentant de l'insolvabilité et les conseillers du débiteur ou du représentant de l'insolvabilité. Des dépenses peuvent être encourues par les comités de créanciers aux fins de l'exploitation de l'entreprise du débiteur, 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, et pour d'autres activités liées à l'exécution de la procédure.

608. 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 baser l'engagement de telles dépenses sur leur utilité pour l'augmentation de la valeur de la masse dans l'intérêt général, ou sur le fait qu'elles sont 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.

609. 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 autre approche consisterait à exiger que les créanciers procèdent 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) Créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur

610. 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 chap. II.F.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 que les autres créanciers et qu'elles aient eu connaissance, à un stade précoce, des difficultés financières du débiteur. Bien que 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 nettement sous-capitalisé (par exemple, lorsque le dirigeant de l'entreprise a avancé des fonds à la société sous forme d'un prêt lorsque celle-ci est sous-capitalisé et poursuit ses activités sans avoir suffisamment de fonds pour payer ses créanciers) ou lorsqu'il y a des preuves d'opérations d'initié (c'est-à-dire

que les personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur ont profité de leur position pour obtenir un avantage, par exemple si six mois avant une liquidation le dirigeant de l'entreprise accepte une rémunération que la société ne peut pas payer, et déclare une créance pour ce montant dans la liquidation). Dans de tels cas, la créance pourra être réduite dans les proportions pouvant être admises ou subordonnées aux créances d'autres classes de créanciers (voir chap. V.B), ou les droits de vote du créancier ayant des liens privilégiés avec le débiteur pourront être limités pour certaines questions (par exemple, pour le choix du représentant de l'insolvabilité, lorsque la loi sur l'insolvabilité permet aux créanciers de faire ce choix).

iii) Créances d'intérêts

611. 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. D'autres prévoient que les intérêts puissent continuer de courir, mais que le paiement se verra accorder un faible rang de priorité et intervenir par exemple après le remboursement de tous les créanciers chirographaires.

4. Créances non admises

612. De nombreuses lois sur l'insolvabilité disposent que lorsqu'une créance est rejetée, le créancier concerné aura un droit de recours contre la décision de rejet, que cette décision ait été prise par le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité, dans un délai spécifié. Dans la pratique, ce délai peut aller de 10 à 45 jours (voir chap. II.D).

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet de dispositions relatives aux créances de créanciers est:

a) d'indiquer les créances qui peuvent ou doivent être déclarées et le traitement qui doit leur être accordé;

b) de permettre aux personnes qui détiennent une créance contre un débiteur de la déclarer sur la masse;

c) d'établir un mécanisme de vérification et d'admission des créances;

d) de prévoir un recours en cas de contestation de créances;

e) de veiller à l'égalité de traitement des créanciers de même rang.

Contenu des dispositions législatives

Obligation de déclaration

154) La loi devrait exiger des créanciers qu'ils déclarent leurs créances[100], y compris la justification et le montant de celles-ci. Elle devrait aussi limiter au minimum les formalités liées à cette déclaration.

Créances pouvant être déclarées

155) La loi devrait préciser que les créances pouvant être déclarées comprennent tous les droits à paiement nés d'actes ou d'omissions du débiteur[101] avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, qu'ils soient échus ou non échus, liquides ou non liquides, certains ou conditionnels[102]. Elle devrait indiquer les créances qui ne seront pas soumises à la procédure d'insolvabilité[103].

Créances garanties

156) La loi devrait préciser si les créanciers garantis sont tenus de déclarer leurs créances[104].

Égalité de traitement des créanciers de même rang

157) La loi devrait préciser que tous les créanciers de même rang, qu'il s'agisse de créanciers nationaux ou étrangers, doivent être traités sur un pied d'égalité en ce qui concerne la déclaration et le traitement de leurs créances.

Délai de déclaration des créances

158) La loi devrait préciser le délai, à compter de l'ouverture de la procédure, dans lequel les créances peuvent être déclarées,

Conséquences du défaut de déclaration

159) La loi devrait préciser les conséquences du défaut de déclaration d'une créance dans le délai spécifié.

---

100 La loi sur l'insolvabilité devrait traiter des créances qui peuvent nécessiter un traitement particulier, telles que celles des créanciers étrangers, les créances monétaires conditionnelles ou non conditionnelles, les créances d'intérêt, et les créances non échues.

101 Elles pourraient comprendre les créances de tiers ou du garant d'un paiement nées d'actes ou d'omissions du débiteur.

102 Voir le chapitre II.E pour les recommandations concernant les créances nées du rejet de contrats.

103 Dans certaines lois sur l'insolvabilité, 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.

104 Voir la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, article 14-3 et le paragraphe 111 du Guide pour son incorporation, où il est indiqué que dans certaines lois un créancier garanti qui déclare une créance est réputé avoir renoncé à la sûreté ou à certains des privilèges attachés au crédit, tandis que dans d'autres le défaut de déclaration a ce résultat.

Créances libellées en monnaie étrangère

160) Lorsque les créances sont libellées en monnaie étrangère, la loi devrait préciser les circonstances dans lesquelles elles doivent être converties et les raisons de la conversion. Lorsque la conversion est requise, la loi devrait préciser que la créance sera convertie dans la monnaie locale par référence à une date spécifiée, telle que la date de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité [sous réserve des mesures spéciales susceptibles d'être appliquées dans des situations de forte instabilité monétaire].

Justification des créances

161) La loi peut autoriser l'admission des créances non contestées sur la base de la liste des créanciers et des créances établie par le débiteur en coopération avec le représentant de l'insolvabilité[105] ou le tribunal, ou bien le représentant de l'insolvabilité peut exiger d'un créancier qu'il justifie sa créance. La loi ne devrait pas exiger qu'un créancier se présente dans tous les cas en personne pour justifier sa créance.

Admission ou rejet des créances

162) La loi devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à admettre ou à refuser toute créance, en totalité ou en partie[106]. En cas de rejet, le créancier devrait être informé du motif du refus.

163) La loi devrait autoriser les créanciers dont les créances ont été rejetées, en totalité ou en partie, à demander au tribunal [, dans un délai spécifié après la notification de la décision de rejet,] d'examiner leurs créances.

Contestation d'une créance

164) La loi devrait autoriser une partie intéressée à contester toute créance déclarée, avant ou après son admission, et demander son examen par le tribunal.

Admission provisoire

165) La loi devrait préciser que les créances contestées dans le cadre de la procédure d'insolvabilité pourront être admises provisoirement par le représentant de l'insolvabilité en attendant que le litige soit tranché par le tribunal.

[166) La loi devrait autoriser l'admission provisoire des créances non liquides, en attendant que leur montant soit déterminé par le représentant de l'insolvabilité.]

[167) La loi devrait prévoir que le représentant de l'insolvabilité peut déterminer la fraction garantie et la fraction non garantie de la créance d'un créancier garanti en évaluant l'actif grevé.]

Effets de l'admission

---

105 Voir les recommandations sur les devoirs et les fonctions du débiteur et du représentant de l'insolvabilité.

106 Dans certains pays, le tribunal peut être tenu de ratifier la décision du représentant de l'insolvabilité.

168) La loi devrait spécifier les effets de l'admission, y compris provisoire, d'une créance. Ces effets peuvent être notamment les suivants:

a) Donner au créancier le droit de participer à la procédure et d'être entendu;

b) Permettre au créancier de voter lors d'une réunion de créanciers, en particulier pour l'approbation d'un plan;

c) Déterminer le rang de priorité de la créance des créanciers;

d) Déterminer le montant pour lequel le créancier a le droit de voter;

e) Sauf en cas d'admission provisoire d'une créance, permettre au créancier de participer à une répartition[107].

Créances des personnes ayant un lien privilégié avec le débiteur

169) La loi devrait spécifier que les créances des personnes ayant un lien privilégié avec le débiteur devrait être examinée de près et que, lorsque cela est justifié[108]:

a) Les droits de vote de la personne ayant un lien privilégié avec le débiteur pourront être restreints;

b) Le montant de la créance de cette personne pourra être limité; ou

c) La créance pourra être déclassée[109].

B. Priorités et répartition [du produit de la liquidation]

1. Priorités

a) Introduction

613. De nombreux intérêts différents et concurrents sont en jeu dans une procédure d'insolvabilité. 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 détenteurs de créances indemnitaires (dont la participation sera généralement moins fréquente). Aussi les droits des créanciers seront-ils régis par plusieurs lois différentes.

614. Si de nombreux créanciers peuvent se trouver dans la même situation 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. C'est pourquoi les lois sur l'insolvabilité classent généralement les créanciers en fonction de leurs créances aux fins de la répartition du produit de la liquidation de la masse, ce qui n'est pas incompatible avec l'objectif d'un traitement équitable. Dans la

---

[107] Toutefois, au moment de la répartition, le représentant de l'insolvabilité devrait peut-être tenir compte des créances qui ont été admises provisoirement ou qui ont été déclarées mais n'ont pas encore été admises: voir chap. V.B.

[108] La sous-capitalisation du débiteur ou la réalisation d'opérations d'initié, notamment, pourrait être un motif suffisant, comme indiqué ci-dessus, voir 3 f) ii).

[109] Sur le déclassement, voir chap. V.B.

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 différents arrangements, préserve les intérêts commerciaux légitimes, favorise la prévisibilité dans les relations commerciales et encourage l'égalité de traitement des créanciers se trouvant dans la même situation. L'établissement d'un système de classement clair et prévisible aux fins de la répartition peut permettre aux créanciers de déterminer avec certitude leurs droits au moment de conclure des arrangements commerciaux avec le débiteur et, le cas échéant, faciliter l'octroi de crédits garantis.

615. Toutefois, ces objectifs contradictoires ne peuvent être atteints que dans une certaine limite, car il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité les concilie avec d'autres considérations d'ordre public. Lorsque ces intérêts généraux plus larges entrent en concurrence avec des intérêts particuliers, il peut en découler une distorsion des incitations commerciales normales. Outre qu'elles se fondent sur des classements établis en fonction des relations juridiques et commerciales entre le débiteur et ses créanciers, les règles de répartition reflètent aussi très souvent des choix qui tiennent compte d'intérêts généraux importants (telle la protection de l'emploi), ainsi que de la nécessité d'assurer le déroulement ordonné 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). Lorsque la priorité est accordée à ces intérêts généraux et que l'égalité de traitement fondée sur le 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 chap. V.A), de la répartition (voir chap. V.C) et de la constitution de classes de créanciers dans le cadre d'un plan de redressement (chap. IV.A).

616. Les lois sur l'insolvabilité adoptent des règles très diverses en ce qui concerne non seulement l'ordre de priorité entre les différentes classes mais également le traitement accordé aux créanciers d'une classe particulière, par exemple, les créanciers généralement appelés "chirographaires", qui peuvent être divisés en sous-classes.

b) Déclassement des créances

617. Lorsqu'une personne physique ou morale a des dettes envers plusieurs créanciers, le classement établi dans la loi applicable ou par convention entre les parties déterminera dans quel ordre ces dettes devraient être payées. Toutefois, en dépit d'un tel classement, un créancier de rang supérieur peut être payé après un créancier de rang inférieur suite au déclassement de sa créance.

618. Le déclassement désigne une modification de l'ordre de priorité entre créanciers indépendamment de la validité ou de la légalité d'une créance. Une créance peut être valable et opposable mais, en raison de son déclassement par convention ou sur décision judiciaire, elle sera remboursée après les autres lors de la répartition alors que normalement elle l'aurait été avant. Ces deux modes de déclassement sont examinés ci-après.

i) Déclassement contractuel

619. Il y a déclassement contractuel lorsque deux créanciers ou plus d'un seul et même débiteur concluent un accord (appelé "accord de cession de rang" ou "accord de répartition") par lequel un créancier convient d'être payé après un autre. Cet accord peut être conclu entre créanciers garantis ou entre créanciers chirographaires. Dans le premier cas, il prévoit généralement qu'un créancier bénéficie d'un droit de priorité sur le détenteur d'une sûreté réelle occupant normalement un rang supérieur. Dans le second cas, il prévoit habituellement qu'un créancier sera intégralement remboursé avant que le créancier ayant cédé son rang ne soit payé.

620. Les accords de cession de rang peuvent voir le jour dans différents contextes. Par exemple, les titulaires d'obligations conviennent généralement de céder leur rang au prêteur finançant le fonds de roulement du débiteur. De même, lorsqu'une entreprise connaît des difficultés financières, certains créanciers peuvent accepter le déclassement de leurs créances pour aider cette entreprise dans ses efforts de redressement. Ils peuvent décider de céder leur rang à un prêteur injectant de nouveaux fonds dans l'entreprise dans l'espoir que ces fonds faciliteront son sauvetage et augmenteront ainsi leurs chances d'être remboursés intégralement.

621. Les lois qui déterminent la validité et l'opposabilité des contrats de même que les motifs habituellement invoqués pour contester ceux-ci, tels que l'absence de contrepartie, la fraude ou les clauses léonines, s'appliquent aussi aux accords de cession de rang.

ii) Déclassement décidé par le tribunal pour des raisons d'équité (équitable subordination)

622. Un tribunal peut être habilité à modifier l'ordre de paiement des créances pour empêcher, par exemple, qu'un créancier ayant commis une fraude ou un autre acte illégal ou inapproprié en vue d'obtenir un avantage sur d'autres créanciers ne tire parti de cet acte. Cette mesure a été instaurée initialement pour empêcher les personnes ayant un lien privilégié avec le débiteur de recourir à des mécanismes juridiques pour être mieux classées.

623. Pour que la créance soit déclassée, il faut que l'acte considéré soit effectivement préjudiciable à d'autres créanciers, par exemple qu'il change l'ordre normal de répartition et donne au créancier un droit de priorité inéquitable. Le tribunal pourrait alors déclasser le rang de la créance pour rétablir l'ordre de priorité en vue d'une répartition équitable. Si l'acte commis ne procure pas d'avantage inéquitable, le déclassement n'est généralement pas possible.

c) Classement des créances

i) Créanciers garantis

624. De nombreuses lois sur l'insolvabilité reconnaissent aux créanciers garantis le droit d'être payés en premier soit sur le produit de la vente de certains actifs grevés, soit sur les fonds généraux. Le mode de répartition des sommes entre créanciers garantis dépend de la méthode employée pour les protéger durant la procédure. Si la protection de la sûreté réelle a été assurée par la préservation de la valeur de l'actif grevé, le créancier garanti aura généralement une créance prioritaire sur le produit de la vente de cet actif à concurrence du montant de sa créance garantie. 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 global de la masse à hauteur de cette valeur. Lorsque la créance excède la valeur de l'actif grevé ou le montant de la fraction garantie fixé à l'ouverture de la procédure (si cette approche est retenue), la fraction non garantie de la créance sera généralement traitée, aux fins de la répartition, comme une créance ordinaire non garantie.

625. Certaines lois sur l'insolvabilité n'accordent pas aux créanciers garantis le droit d'être désintéressés en premier. Le remboursement de ces derniers peut passer après le paiement des frais d'administration et d'autres créances bénéficiant d'un droit de priorité, telles que les créances salariales impayées, les créances fiscales, les créances environnementales et les créances pour préjudice corporel. Dans d'autres lois, le montant pouvant être recouvré (en priorité) par les créanciers garantis sur les actifs garantissant leur créance est limité à un certain pourcentage de cette dernière. Certaines de ces lois font une distinction entre les sûretés réelles grevant presque tous les actifs d'une entreprise (parfois appelées nantissement d'entreprise ou charge flottante) et d'autres types de sûretés réelles. La fraction soustraite sert généralement à désintéresser d'autres créanciers – créanciers de rang inférieur ou créanciers chirographaires ordinaires – ou à financer la rémunération et les dépenses du représentant de l'insolvabilité ainsi que les frais de préservation et d'administration de la masse, lorsque la valeur des actifs qui la composent est insuffisante pour les couvrir. Cette approche se justifie notamment par le fait que le créancier garanti devrait, d'une manière équitable, partager certaines des pertes des autres créanciers dans le cas d'une liquidation et certaines dépenses dans le cas d'un redressement. Si aucune part des actifs du débiteur n'est réservée au remboursement des autres créanciers, ceux-ci n'obtiendront probablement rien lors de la répartition. L'adoption de telles exceptions au remboursement prioritaire des créanciers garantis peut toutefois rendre incertain le recouvrement du crédit garanti et, de ce fait, décourager l'octroi de ce type de crédit et en augmenter le coût. Il est très souhaitable que le recours à ces exceptions dans une loi sur l'insolvabilité soit limité.

626. Lorsque le produit net de la réalisation de l'actif 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 frais découlant de la procédure d'insolvabilité, à moins que ne soient prévues des dispositions comme celles indiquées ci-dessus. Toutefois, il peut encore être tenu, dans de tels cas, de contribuer à d'autres frais directement liés à ses intérêts, tels que les dépenses d'administration encourues pour le maintien de la valeur de l'actif grevé. Si le représentant de l'insolvabilité a utilisé des fonds à cette fin, il peut être raisonnable de les recouvrer en tant que dépenses d'administration sur le montant qui serait normalement versé en priorité au créancier garanti sur le produit de la vente de l'actif. Une autre exception peut consister à octroyer un droit de priorité au financement postérieur à l'ouverture de la procédure. Dans ce cas, il faudrait que l'effet d'un tel droit 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 les créanciers garantis (voir chap. VI.B).

ii) Frais et dépenses d'administration

627. Les dépenses d'administration de la procédure d'insolvabilité ont souvent la priorité sur les créances non garanties, généralement afin que les parties agissant pour le compte de la masse de l'insolvabilité reçoivent une rémunération appropriée. Ces dépenses comprennent habituellement la rémunération du représentant de l'insolvabilité et de tous professionnels qu'il emploie, ou dans certains cas du débiteur; les dettes découlant de l'exercice attendu des fonctions et des pouvoirs du représentant de l'insolvabilité (ou, dans certains cas, du débiteur) (voir chap. IV.A et B); les frais découlant de la continuation des obligations contractuelles (contrats de travail et de louage, 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 de créanciers.

iii) Créances prioritaires ou privilégiées

628. 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 de priorité, 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 créanciers chirographaires ordinaires du fait qu'ils réduisent la valeur des actifs à répartir entre eux. L'octroi de tels droits risque de susciter des débats stériles sur les créanciers qui devraient être prioritaires et pour quelles raisons. En outre, il a des répercussions sur l'offre et le coût du crédit, qui augmentera à mesure que diminuera le montant des fonds disponibles aux fins de la répartition entre les autres créanciers.

629. Certaines priorités sont motivées par des préoccupations sociales auxquelles il peut être plus facile de répondre dans d'autres lois, 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 si les priorités prévues dans d'autres lois seront reconnues et auront effet dans la procédure d'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). Ainsi, l'impact du régime de l'insolvabilité sur les créanciers sera au moins transparent et prévisible et les prêteurs pourront évaluer avec plus de justesse les risques auxquels ils s'exposent.

630. Certaines lois récentes sur l'insolvabilité ont sensiblement réduit le nombre de ces droits de priorité, reflétant en cela un changement intervenu dans l'opinion publique concernant l'acceptabilité d'un tel traitement. Quelques pays, par exemple, ont supprimé récemment la priorité traditionnellement accordée aux créances fiscales. D'autres pays, en revanche, ont tendance à multiplier les catégories de créances jouissant d'une priorité. Le maintien de plusieurs rangs prioritaires différents pour de nombreux types de créances risque de rendre plus difficile la réalisation des principaux objectifs de la procédure d'insolvabilité et de nuire à l'efficacité et à l'effectivité de cette dernière. 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 la modification de l'ordre de répartition pour créer ces priorités n'augmente 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 sont nombreuses, plus les autres groupes sont enclins à réclamer eux aussi un traitement prioritaire. Plus les créanciers recevant un traitement prioritaire sont nombreux, moins ce traitement est avantageux.

631. Pour déterminer s'il y a des raisons impérieuses d'accorder un privilège à un type particulier de créance, plusieurs facteurs peuvent être pris en considération, parmi lesquels la nécessité de donner effet à des obligations internationales; la nécessité de trouver un équilibre entre les intérêts particuliers, les intérêts généraux et 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 le prix au niveau le plus bas possible; l'incidence de certains droits de préférence sur le coût de l'opération ou le coût d'exécution; et l'opportunité d'établir des distinctions subtiles entre créanciers qui obligent une classe de créanciers à assumer une plus large part des créances impayées.

632. Les types de créances bénéficiant d'une priorité et la nature de cette dernière varient considérablement suivant les pays. Deux types de créances sont toutefois souvent prioritaires: d'une part, les salaires et prestations (sécurité sociale et pensions) dus aux salariés et, d'autre part, les créances fiscales. La priorité des créances fiscales peut être particulièrement problématique dans les affaires d'insolvabilité internationale. 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 lorsque la reconnaissance de ce type de créances est réciproque, soit lorsque la procédure d'insolvabilité à laquelle est soumis un débiteur unique est administrée conjointement dans plusieurs États. L'article 13 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale reconnaît l'importance du principe de non-discrimination dans le classement 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[110].

– *Créances salariales*

633. Dans une majorité de pays, les créances salariales (qui comprennent notamment les rémunérations, les indemnités de congés payés, les indemnités pour d'autres absences rémunérées et les indemnités de licenciement) constituent une catégorie de créances prioritaires, qui dans un certain nombre de cas priment les créances fiscales et les créances de sécurité sociale. Cette approche est généralement conforme à la protection spéciale accordée aux salariés dans d'autres domaines du droit de l'insolvabilité (voir chap. III.D.6) ainsi qu'aux principes de certaines conventions internationales[111]. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, la priorité

---

[110] Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, article 13-2 et note 2.

[111] Par exemple, la Convention de l'OIT sur 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.

accordée à la préservation de l'emploi sur d'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 attestée par le fait que l'accent est mis sur la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité (avec transfert des obligations existantes concernant l'emploi) et non sur la liquidation ou le redressement, qui permettent de modifier ces obligations ou d'y mettre fin.

634. Dans certains pays, les créances salariales bénéficient d'un droit de priorité, mais occuperont le même rang que les créances fiscales et les créances de sécurité sociale dans une classe unique de créances prioritaires et peuvent être réglées au prorata de leur montant au cas où les fonds seraient insuffisants. Dans d'autres pays, elles ne sont pas prioritaires et occupent le rang de créances ordinaires non garanties, encore que dans certains cas, le règlement de certaines obligations nées au cours de périodes spécifiées (par exemple, pour les salaires et rémunérations, dans 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 salariales en fonction de considérations de politique générale telles que l'utilisation des deniers publics (plutôt que des actifs du débiteur insolvable) pour financer le versement des salaires. 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.

– *Créances fiscales*

635. Les créances fiscales bénéficient souvent d'un droit de priorité aux fins de la protection des recettes publiques, mais aussi pour un certain nombre d'autres raisons, notamment le fait qu'un tel droit peut être bénéfique au processus de redressement – car les autorités fiscales seront encouragées à retarder le recouvrement des impôts auprès d'une entreprise en difficulté au motif qu'elles obtiendront finalement un paiement prioritaire dans le cadre de la procédure d'insolvabilité – et que, l'État étant un créancier non commercial et involontaire, certaines options en matière de recouvrement de créances commerciales peuvent lui être fermées. Cela dit, l'octroi d'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 de l'insolvabilité efficace est censé favoriser. Il risque d'inciter les autorités fiscales à négliger le contrôle des débiteurs et le recouvrement des créances selon des méthodes commerciales qui contribueraient à empêcher l'insolvabilité et la dispersion des actifs.

iv) Créanciers chirographaires ordinaires

636. Une fois tous les créanciers garantis et prioritaires désintéressés, 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 classe, certaines créances étant déclassées ou bénéficiant d'une priorité comme on l'a vu plus haut. Certaines des créances généralement déclassées sont examinées ci-après.

v) Propriétaires et actionnaires

637. Les propriétaires et les actionnaires peuvent avoir des créances nées 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 deux types de créances. S'agissant des secondes, nombre de ces lois excluent généralement les propriétaires et les actionnaires de la répartition du produit des actifs tant que toutes les autres créances ayant un rang de priorité supérieur n'ont pas été intégralement remboursées (y compris les créances d'intérêts courant à partir de l'ouverture de la procédure). Aussi les actionnaires et les propriétaires recevront-ils rarement quelque chose pour leur participation au capital du débiteur. Lorsqu'une partie du produit leur revient, celle-ci est généralement répartie en fonction du classement des actions spécifié dans le droit des sociétés et dans les statuts de l'entreprise. En revanche, les créances nées de prêts ne sont pas toujours déclassées.

vi) Personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur

638. Une catégorie de créanciers pouvant nécessiter une attention particulière est celle des créances ayant des liens privilégiés – qu'ils soient familiaux ou d'affaires – avec le débiteur (voir plus haut, chap. II.E.3 e) et V.A). Dans certaines lois sur l'insolvabilité, les créances de ces personnes sont toujours déclassées; dans d'autres, elles ne le sont qu'en cas de comportement inéquitable, frauduleux ou quasi frauduleux. Lorsqu'elles sont déclassées, elles peuvent passer après les créances ordinaires non garanties. Un traitement autre que le déclassement appliqué à ce type de créances consiste à restreindre le droit de vote ou le montant de la créance qui sera admis dans le cadre de la procédure.

vii) Amendes, pénalités et intérêts postérieurs à l'ouverture de la procédure

639. Certains pays traitent les créances telles que les libéralités, les pénalités et les amendes (qu'elles soient administratives, pénales ou autres) comme des créances ordinaires non garanties et les font passer après d'autres créances non garanties. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, ces types de créances sont purement et simplement rejetées.

640. Différentes règles sont appliquées au cours et au 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. Dans les autres cas où les intérêts peuvent continuer de courir après l'ouverture de la procédure, la créance d'intérêts peut être déclassée et ne sera réglée qu'après le remboursement de toutes les autres créances non garanties.

2. Répartition

a) Liquidation

641. 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 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.

b) Redressement

642. 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. Il peut être souhaitable, dans une procédure de redressement, de subordonner la confirmation du plan au règlement intégral des créances prioritaires, à moins que les créanciers prioritaires touchés n'en conviennent autrement (voir chap. IV).

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant la priorité et la répartition est:

a) d'établir l'ordre dans lequel les créances devraient être remboursées sur la masse;

b) de garantir que les créanciers occupant le même rang soient remboursés sur les actifs de la masse au prorata de leurs créances;

c) de spécifier les cas limités dans lesquels l'octroi d'une priorité dans la répartition est permis.

Contenu des dispositions législatives

Classes de créanciers concernés par l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et traitement de ces classes

170) La loi devrait spécifier les classes de créanciers qui seront concernés par l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et le traitement réservé à ces classes en matière de priorité et de répartition.

Établissement d'un ordre de remboursement des créances

171) La loi devrait établir l'ordre dans lequel les créances doivent être remboursées sur la masse.

Créances prioritaires

172) La loi devrait limiter au minimum les droits de priorité accordés aux créances non garanties. Elle devrait indiquer clairement les créances qui pourront être remboursées en priorité dans la procédure d'insolvabilité.

Créances garanties

173) La loi devrait spécifier que les créances garanties devraient être remboursées sur la sûreté dans le cadre d'une liquidation ou d'un plan de redressement, sous réserve des créances ayant éventuellement un rang de priorité supérieur. Les

créances ayant un rang de priorité supérieur à celui des créances garanties devraient être limitées au minimum et clairement indiquées dans la loi. Lorsque la valeur de la sûreté est insuffisante pour rembourser la créance du créancier garanti, ce dernier peut participer en tant que créancier chirographaire ordinaire.

Classement des créances

174) La loi devrait spécifier que les créances autres que les créances garanties sont classées dans l'ordre suivant:

a) frais et dépenses d'administration;

b) créances prioritaires;

c) créances ordinaires non garanties;

d) créances différées ou déclassées[112].

175) La loi devrait spécifier que tout surplus restant après remboursement intégral de toutes les créances est remis au débiteur.

Répartition dans la liquidation

176) La loi devrait prévoir, comme principe général, que les créances du même rang sont payées suivant le principe *pari passu*. Toutes les créances occupant le même rang dans une classe particulière devraient être réglées intégralement avant celles du rang suivant.

177) La loi devrait spécifier que, lors de la répartition, le représentant de l'insolvabilité est tenu de constituer une provision pour les créances déclarées qui n'ont pas encore été définitivement admises.

178) La loi devrait spécifier que, dans une procédure de liquidation, la répartition doit se faire rapidement et que des versements provisionnels peuvent être effectués.

C. Traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité

1. Introduction

643. Il est courant que des opérations commerciales soient réalisées 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 d'une 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 régler les dettes ou obligations d'une société

---

[112] La loi peut prévoir un classement supplémentaire des créances à l'intérieur de chacune des classes mentionnées aux alinéas a), b) et d). Lorsque les créances d'une même classe ne peuvent pas toutes être entièrement remboursées, l'ordre de paiement devrait tenir compte de tout classement supplémentaire spécifié dans la loi pour ces créances.

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.

644. 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).

645. Les lois sur l'insolvabilité apportent diverses réponses à ces questions. Certaines 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 chaque cas d'espèce sur la base de principes directeurs spécifiques. Dans ce dernier cas, l'éventail des résultats possibles est plus large que dans les lois qui suivent une approche restrictive. Dans un cas comme dans l'autre, toutefois, il est fréquent que les lois sur l'insolvabilité se fondent pour régler les questions de dettes intragroupe sur le rapport existant entre la société insolvable et les sociétés apparentées du groupe tant au niveau de l'actionnariat qu'à celui du contrôle de la gestion. Le fait de traiter ces questions dans une loi sur l'insolvabilité peut avoir l'avantage d'encourager les groupes de sociétés à suivre en permanence les activités des sociétés membres du groupe et à réagir, à un stade précoce, en cas de difficultés financières de l'une d'elles. Traiter les sociétés comme si elles n'étaient pas dotées de personnalités juridiques distinctes peut toutefois empêcher 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

646. 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.

647. Dans de nombreux pays, la société apparentée doit souvent assumer la responsabilité de la dette lorsqu'elle a donné une garantie concernant ses filiales. De même, de nombreux régimes prévoient la responsabilité de réparer toute perte ou tout dommage 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 permettrait aux tiers de se prévaloir de leurs droits directement à l'encontre de la société apparentée en tant que mandant.

648. Lorsque la loi sur l'insolvabilité laisse aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation pour déterminer la responsabilité d'une ou plusieurs sociétés pour les dettes d'autres sociétés du groupe, suivant certains principes directeurs, ceux-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 ces créanciers pensaient traiter avec une seule entité économique et non pas avec deux ou plusieurs sociétés du 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[113], 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. La contribution serait généralement versée au représentant de l'insolvabilité administrant la masse au profit de l'ensemble de celle-ci.

649. Une autre considération importante dans les lois sur l'insolvabilité qui autorisent de telles mesures est l'effet de celles-ci sur les créanciers. Ces régimes doivent, lorsqu'ils cherchent à assurer un traitement équitable à l'ensemble des créanciers, concilier les intérêts de deux séries (ou plus) de créanciers qui ont traité avec deux sociétés distinctes (ou plus). Ces intérêts collectifs entreront en conflit si le total des actifs de toutes les sociétés prises ensemble est insuffisant pour satisfaire l'ensemble des créances. Dans un tel cas, les créanciers d'une société du groupe qui dispose d'actifs importants verraient ces actifs réduits par les créances de créanciers d'une autre société du groupe moins bien dotée. Une solution est d'examiner si les économies réalisées pour l'ensemble des créanciers l'emporteraient sur le préjudice accessoire causé à certains d'entre eux. Lorsque les deux sociétés sont insolvables, certaines lois disposent qu'il faut déterminer si le refus de regrouper celles-ci, qui entraîne l'ouverture de procédures d'insolvabilité distinctes, augmenterait le coût et la durée des procédures et diminuerait les fonds qui auraient normalement été destinés aux créanciers, mais aussi permettrait aux actionnaires de certaines sociétés

---

[113] Si le tribunal décide qu'un groupe de sociétés a opéré comme une seule et même entité économique, d'autres dispositions de la loi sur l'insolvabilité s'appliqueront, par exemple celles relatives à l'obligation des administrateurs d'empêcher la poursuite de l'activité en cas d'insolvabilité. Certaines lois autorisent également, dans des circonstances limitées, les sociétés à regrouper d'elles-mêmes leurs actifs et leurs passifs.

du groupe de recevoir des dividendes au détriment des créanciers d'autres sociétés du groupe[114].

650. Le principe commun à tous les régimes comportant des lois de ce type est que, pour ordonner le regroupement, le tribunal doit être convaincu que les créanciers seraient davantage lésés par son refus de l'ordonner que les sociétés insolvables et les créanciers opposants ne le seraient par sa décision de l'imposer. Par souci d'équité, certaines législations autorisent un regroupement partiel, en excluant les créances de certains créanciers et en prévoyant leur remboursement sur des actifs particuliers (non visés par la décision de regroupement) de l'une des sociétés insolvables. Les difficultés qu'entraîne cette solution de compromis font que les décisions de regroupement partiel sont rares dans les pays où elles sont autorisées.

651. Il convient de noter que les lois sur l'insolvabilité qui prévoient le regroupement sont sans incidence sur les droits des créanciers garantis, à l'exception peut-être des détenteurs de sûretés intragroupe (lorsque le créancier garanti est une société du groupe).

3. Dettes intragroupe

652. Les dettes intragroupe peuvent être traitées de différentes manières. Comme on l'a vu plus haut (voir chap. II.E), les opérations intragroupe peuvent faire l'objet d'actions en annulation. Dans certaines lois sur l'insolvabilité qui prévoient le regroupement, la décision de regroupement met fin aux obligations intragroupe. D'autres solutions consistent à distinguer les opérations intragroupe des opérations analogues entre parties non apparentées (par exemple une créance peut être considérée comme une participation au capital et non comme un prêt intragroupe), en conséquence de quoi l'obligation intragroupe aura un rang de priorité inférieur à la même obligation entre parties non apparentées.

D. Loi applicable régissant la procédure d'insolvabilité

(Note: La section sur la loi applicable est en cours d'élaboration. Un projet final sera présenté au Groupe de travail pour examen à sa trentième session en 2004. La version révisée des recommandations ci-dessous tient compte des débats de la vingt-neuvième session du Groupe de travail, qui a eu lieu en septembre 2003.)

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant la loi applicable régissant la procédure d'insolvabilité est:

a) de faciliter les opérations commerciales en fournissant un cadre clair et transparent permettant de prévoir la loi qui s'appliquera dans le cadre de la procédure d'insolvabilité;

---

[114] Certaines lois exigent que les créanciers, ainsi que l'actif et le passif, de chacune des sociétés du groupe concernées soient séparément identifiés avant toute répartition.

b) de fournir aux tribunaux des règles claires et prévisibles pour déterminer la loi applicable dans le cadre de la procédure d'insolvabilité [y compris l'application des dispositions contractuelles relatives au choix de la loi].

Contenu des dispositions législatives

Loi de la procédure d'insolvabilité

179) La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que la loi du lieu où est ouverte la procédure d'insolvabilité devrait s'appliquer à tous les aspects du déroulement, de l'administration et de la clôture de cette procédure, à savoir notamment:

a) les critères d'admissibilité et d'ouverture;

b) la constitution et l'étendue de la masse de l'insolvabilité;

c) le traitement des biens de la masse, notamment la portée de l'arrêt des poursuites, les exceptions à cet arrêt et ses aménagements;

d) les frais et dépenses;

e) la proposition, l'approbation, la confirmation et l'exécution d'un plan de redressement;

f) la nullité, l'annulabilité ou l'inopposabilité d'actes légaux préjudiciables aux créanciers;

g) l'effet de l'ouverture de la procédure sur les contrats dans lesquels ni le débiteur ni son cocontractant ne se sont encore pleinement acquittés de leurs obligations respectives, notamment le caractère exécutoire des clauses de résiliation automatique et des clauses de non-cession figurant dans ces contrats;

h) les conditions dans lesquelles il peut y avoir compensation après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité;

i) les droits et obligations du débiteur, du représentant de l'insolvabilité, des créanciers et du comité des créanciers;

j) les créances et leur traitement;

k) les priorités pour le classement des créances;

l) la répartition du produit de la liquidation; et

m) le règlement et la clôture de la procédure.

Exception à l'application de la loi de la procédure d'insolvabilité

180) À titre d'exception aux alinéas f) et h) de la recommandation 179), la loi sur l'insolvabilité peut prévoir que la loi d'un autre État s'applique à la compensation ou à l'annulabilité d'une opération réalisée avant le dépôt de la demande d'ouverture ou l'ouverture de la procédure d'insolvabilité[115].

---

[115] 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 [ou un acte visant à rendre une sûreté réelle opposable aux tiers] et peut recouvrir une série composite d'opérations.

Validité des dispositions contractuelles relatives au choix de la loi

181) La loi 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 de telles dispositions sont considérées comme manifestement contraires à l'ordre public [du pays dont la loi s'appliquerait en leur absence].

Détermination de la loi applicable

182) La loi sur l'insolvabilité devrait indiquer clairement les cas dans lesquels elle autoriserait l'application des lois d'un autre pays.

183) En ce qui concerne l'application d'une loi autre que la loi sur l'insolvabilité, le tribunal de l'insolvabilité devra appliquer une règle de conflit pour déterminer l'État dont la loi devrait s'appliquer. Les règles de conflit devraient être claires et prévisibles et suivre les règles de conflit modernes énoncées dans les traités internationaux et les guides législatifs établis sous l'égide d'organismes internationaux.

VI. Clôture de la procédure

A. Décharge

1. Décharge du débiteur dans la procédure de liquidation[116]

653. Il est probable qu'un certain nombre de créanciers n'auront pas été payés intégralement une fois réparti le produit de la liquidation de la masse d'un débiteur personne physique. Une loi sur l'insolvabilité devra déterminer si ces créanciers conserveront une créance sur ce débiteur ou si le débiteur sera libéré ou "déchargé" de ces créances résiduelles.

654. Lorsque le débiteur est une société à responsabilité limitée, la question de la décharge après 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.

655. On prend de plus en plus conscience dans certains milieux de la nécessité 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. Il se peut que les

---

[116] Ces paragraphes portent sur la décharge du débiteur en tant que personne physique.

personnes ayant échoué dans une entreprise aient tiré 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 de l'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 associé à la faillite, au lieu de les sanctionner. Il faut adapter la loi sur l'insolvabilité de manière à supprimer les conditions et restrictions inutiles imposées à la décharge, 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 de l'insolvabilité doit protéger le public et la communauté commerciale des débiteurs qui ont mené leurs affaires financières de façon irresponsable, imprudente ou malhonnête.

656. 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 10 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, l'innovation et l'activité entrepreneuriale car les sanctions sont sévères en cas de faillite.

657. 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 est tenu d'essayer de bonne foi de remplir ses obligations en cours.

658. Certaines lois sur l'insolvabilité adoptent le principe selon lequel il peut être indiqué, dans certains cas, de limiter la faculté d'accorder une décharge. Ces cas varient d'une loi à l'autre, 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 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 des informations ou les a activement retenues ou dissimulées; a poursuivi ses activités commerciales 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 actifs ou des registres après le dépôt de la demande d'ouverture d'une procédure.

659. Différentes conditions s'appliquent à la décharge dans ce type de cas. Dans certains pays, la décharge est accordée à l'expiration d'un délai qui peut être assez

long ou est soumise à des conditions et restrictions, ou bien est subordonnée aux deux mesures à la fois. La décharge peut être exclue pour certains types de dettes, telles que les dettes indemnitaires; les dettes qui découlent d'une obligation alimentaire (pension versée au conjoint divorcé ou au profit des enfants du débiteur); les dettes liées à des actes frauduleux; les amendes prononcées en substitution d'une peine d'emprisonnement; et les obligations fiscales.

660. 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 fonction de la situation du débiteur. Les autres restrictions adoptées par les lois sur l'insolvabilité 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 minimum de 10 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 consiste à imposer des restrictions à la décharge lorsque, par exemple, le débiteur a déjà bénéficié d'une décharge un certain temps avant l'ouverture de la procédure en cours et que les paiements effectués dans le cadre de cette procédure ont été inférieurs à un pourcentage fixé.

661. Pour choisir entre ces différentes solutions, il faut mettre en balance l'objectif fondamental de la procédure d'insolvabilité et de la décharge avec la nécessité de sanctionner certains comportements. On pourrait distinguer entre des comportements inappropriés et éventuellement négligents et des comportements qui équivaudraient à des actes délictueux. Si l'objectif fondamental de la loi sur l'insolvabilité est de régler les difficultés financières du débiteur et le laisser prendre un nouveau départ pour encourager l'entreprenariat et la prise de risque, un débiteur honnête et coopératif qui s'est acquitté des obligations que lui impose la loi sur l'insolvabilité peut bénéficier d'une décharge après liquidation avec quelques restrictions. Une approche consistant à imposer de lourdes restrictions à ce débiteur et à n'autoriser sa décharge qu'après expiration d'un long délai et sous réserve de nombreuses conditions montre que l'objectif principal est de punir et non de réhabiliter le débiteur. L'imposition de conditions et de restrictions pourrait être davantage indiquée lorsque le débiteur a été malhonnête, n'a pas coopéré avec le représentant de l'insolvabilité ou ne s'est pas acquitté des obligations qui lui incombent en vertu de la loi sur l'insolvabilité ou, dans des cas plus graves, lorsqu'il a commis une infraction.

662. Il faut également examiner le lien entre les conditions imposées et l'objectif fondamental de la décharge. L'imposition au débiteur de certaines conditions de portée générale, comme l'interdiction d'exercer des activités commerciales, peut être incompatible avec la notion même de décharge. Suivant les cas, des conditions plus limitées, comme le fait de restreindre la faculté du débiteur de siéger au conseil d'administration, seraient sans doute plus appropriées. Lorsqu'une loi sur

l'insolvabilité impose des conditions et exclut la remise de certaines dettes, il est souhaitable que ces conditions et exclusions soient limitées au minimum. Dans la mesure du possible, les types de dettes exclues devraient être indiquées dans la loi sur l'insolvabilité pour assurer la transparence et la prévisibilité.

663. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient également que, si elle est accordée au début de la procédure, une décharge peut être suspendue lorsque, par exemple, le débiteur ne s'acquitte pas d'une obligation, ou annulée par exemple lorsqu'elle a été obtenue par fraude, que 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.

664. S'agissant de la décharge des personnes physiques exerçant une activité commerciale, il faudrait peut-être tenir compte du recoupement 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 personnes physiques des règles différentes selon qu'il s'agit de dettes commerciales ou de dettes liées à la consommation.

2. Remise des dettes dans la procédure de redressement

665. Afin de donner au débiteur faisant l'objet d'un redressement les meilleures chances de succès, une loi sur l'insolvabilité peut reconnaître la remise ou le réaménagement des dettes et créances prévus dans le plan. Cette approche contribue à la sécurité commerciale en conférant un caractère contraignant aux remises, annulations ou réaménagements de dettes 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 prêteurs et investisseurs l'assurance qu'ils ne se trouveront pas impliqués dans une liquidation imprévue ou que leurs créances n'entreront pas en concurrence avec des créances cachées ou non divulguées. Ainsi, la décharge établit clairement que le plan tient pleinement compte des droits légaux des créanciers.

666. La décharge pourrait prendre effet à partir du moment où le plan de redressement prend lui-même effet conformément à la loi sur l'insolvabilité ou à compter du moment où il a été pleinement exécuté. Si le plan n'a pas pu être exécuté ou ne l'a pas été entièrement, de nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient la possibilité d'annuler la décharge.

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant la décharge est:

a) de permettre à un débiteur personne physique d'être finalement libéré des dettes antérieures à l'ouverture de la procédure afin qu'il puisse ainsi prendre un nouveau départ;

b) de déterminer les circonstances dans lesquelles une décharge sera accordée et quelles en seront les modalités.

Contenu des dispositions législatives

Décharge dans la procédure de liquidation

184) Lorsqu'une personne physique remplit les conditions requises pour être considérée comme débiteur en vertu de la loi sur l'insolvabilité, la question de la remise des dettes antérieures à l'ouverture de la procédure devrait être traitée. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que la décharge ne peut pas s'appliquer avant l'expiration d'un délai spécifié à compter de l'ouverture de la procédure, le débiteur étant censé, en attendant, coopérer avec le représentant de l'insolvabilité. À l'expiration de ce délai, le débiteur peut être libéré lorsqu'il n'a pas agi de manière frauduleuse et a coopéré avec le représentant de l'insolvabilité en s'acquittant des obligations que lui impose la loi sur l'insolvabilité. La loi peut spécifier que la décharge est annulée lorsqu'elle a été obtenue de manière frauduleuse.

185) Lorsque la loi sur l'insolvabilité exclut la remise de certaines dettes, celles-ci devraient être limitées au minimum pour aider le débiteur à prendre un nouveau départ et devraient être indiquées dans la loi. Lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit que la remise de dettes peut être soumise à certaines conditions, celles-ci devraient être limitées au minimum pour aider le débiteur à prendre un nouveau départ.

B. Clôture de la procédure

667. 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 formalités à accomplir.

1. Liquidation

668. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité exigent généralement que le représentant de l'insolvabilité, à l'issue de la réalisation des actifs et de la répartition de leur produit, convoque une réunion des créanciers et leur présente une comptabilité finale. Si les créanciers approuvent cette comptabilité, certaines lois exigent simplement (lorsque le débiteur est une société), pour que l'entreprise 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 sociétés, tandis que d'autres lois exigent qu'une demande formelle soit adressée au tribunal pour qu'il ordonne la dissolution. Parfois, des modalités légèrement

différentes sont prévues selon que la procédure est ouverte à la demande du débiteur ou des créanciers.

2. Redressement

669. En général, les lois sur l'insolvabilité adoptent l'un des trois modes de clôture de la procédure de redressement suivants. La procédure peut être réputée close lorsque le plan de redressement est approuvé (et confirmé lorsqu'une telle confirmation est exigée) (voir chap. IV.A.6); lorsque les dettes ont été remises conformément au plan et que ce dernier a par ailleurs été pleinement exécuté (qu'il soit ou non nécessaire d'obtenir une décision formelle du tribunal, encore que certaines lois disposent que le représentant de l'insolvabilité doit être libéré de ses obligations par une décision formelle du tribunal); et lorsque le tribunal ordonne que la procédure soit abandonnée parce qu'elle constituait un abus de la loi sur l'insolvabilité ou que le débiteur ne satisfaisait pas aux critères d'ouverture au moment de l'ouverture de la procédure. La procédure peut également être close conformément aux dispositions du plan ou de tout autre accord contractuel avec les créanciers. Lorsque le plan de redressement n'est pas pleinement exécuté, la loi sur l'insolvabilité peut prévoir la possibilité pour le tribunal de convertir la procédure en liquidation, afin d'éviter que le débiteur ne reste insolvable, sa situation financière n'ayant pas été résolue. Suivant l'approche adoptée par le pays, cette conversion peut revenir ou non à clore officiellement la procédure de redressement et à ouvrir la procédure de liquidation. Lorsque la procédure de redressement est achevée une fois que le plan a été approuvé (et confirmé, lorsqu'une telle confirmation est exigée), l'exécution des droits et obligations prévus dans le plan relèvera d'une autre loi que la loi sur l'insolvabilité.

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant la clôture de la procédure est de déterminer les modalités de clôture de la procédure une fois que l'objectif de cette dernière a été atteint.

Contenu des dispositions législatives

Liquidation

186) La loi devrait spécifier que la procédure de liquidation devrait être close à l'issue de la répartition définitive ou après qu'il a été constaté qu'aucune répartition n'était possible.

Redressement

187) La loi devrait spécifier que la procédure de redressement devrait être close lorsque le plan de redressement a été pleinement exécuté ou à une date antérieure fixée par le tribunal.

F. Note du secrétariat sur le traitement des sûretés réelles dans le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa trentième session

(A/CN.9/WG.V/WP.71) [Original: Anglais]

1. À sa trente-cinquième session (2002), la Commission a noté avec une satisfaction particulière les efforts engagés par le Groupe de travail VI (Sûretés) et le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) pour coordonner leurs tâches sur un thème d'intérêt commun, à savoir le traitement des sûretés réelles dans 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 (Insolvabilité) 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, notamment par l'organisation d'une réunion conjointe entre eux d'une journée à leur prochaine session[1].

2. À leur première session conjointe (Vienne, 16 et 17 décembre 2002), les Groupes de travail V et VI ont examiné le traitement des sûretés dans la 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). À cette occasion, le secrétariat a été prié d'établir une version révisée de ce chapitre (voir A/CN.9/535, par. 8).

3. À sa trente-sixième session (2003), la Commission a remercié les Groupes de travail V et VI des progrès réalisés pendant leur première session conjointe sur des questions d'intérêt commun et a noté avec satisfaction que d'autres réunions d'experts communes étaient prévues[2].

4. À sa quatrième session (Vienne, 8-12 septembre 2003), le Groupe de travail VI a examiné la version révisée du chapitre IX (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6) et a prié le secrétariat de la remanier encore (voir A/CN.9/543, par. 15).

5. Les Groupes de travail V et VI tiendront leur deuxième session conjointe le 26 mars 2004. Leur objectif est de confirmer le traitement accordé dans le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité (document A/CN.9/WG.V/WP.70 (Parties I et II)) aux créanciers garantis dans une procédure d'insolvabilité en répondant à un certain nombre de questions soulevées lors de la quatrième session du Groupe de travail VI tenue en septembre 2003[3]. La Commission a prié le Groupe

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 203.

[2] Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n°17* (A/58/17), par. 217.

[3] [3] Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa quatrième session (Vienne, 8-12 septembre 2003), A/CN.9/543, par. 81 à 83.

de travail V d'achever ses travaux sur le projet de guide législatif et de le lui soumettre à sa trente-septième session, en 2004, pour finalisation et adoption.

6. Les questions relatives au traitement des sûretés réelles sont présentées dans le tableau ci-après. La manière dont elles sont traitées dans le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité est résumée dans la quatrième colonne, les deuxième et troisième colonnes renvoyant aux sections de chapitres correspondantes du projet de guide.

7. Les Groupes de travail souhaiteront peut-être examiner si, parmi les questions mentionnées dans le tableau, celles qui sont énumérées ci-après en particulier devraient être traitées plus en détail dans le guide:

a) Application de l'arrêt des poursuites et des dispositions d'annulation aux actions visant à rendre une sûreté réelle opposable (voir questions 3 et 18);

b) Détermination de la valeur économique des sûretés réelles (en particulier date devant servir de référence pour cette évaluation) (voir questions 7 et 9);

c) Traitement des créanciers garantis dans une procédure de redressement lorsqu'ils s'opposent au plan de redressement ou s'abstiennent lors du vote sur ce plan (voir questions 23 à 28);

d) Dérogation à la règle du remboursement prioritaire des créanciers garantis (voir questions 32 et 33);

e) Traitement des accords de cession de rang (voir question 34); et

f) Traitement des arrangements relatifs à la propriété (voir questions 36 à 43).

Question	Titre de la section	Réf.	Traitement de base prévu dans le projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité
1. Les actifs grevés font-ils partie de la masse?	Actifs constituant la masse de l'insolvabilité	II.A	L'alinéa a) de la recommandation 24 dispose que: "La loi devrait indiquer les actifs qui constitueront la masse. Pourraient notamment être inclus … les droits du débiteur sur les actifs grevés de sûretés réelles ou sur les actifs appartenant à des tiers [au moment du dépôt de la demande d'ouverture] [à l'ouverture] de la procédure d'insolvabilité" (voir aussi par. 156 et 159 à 161). Les paragraphes 159 et 160 examinent les motifs justifiant l'inclusion des actifs grevés dans la masse et indiquent que la loi sur l'insolvabilité devrait préciser que les créanciers ne sont pas entièrement privés de leurs droits même si l'ouverture de la procédure peut avoir pour effet de limiter ou suspendre la réalisation des sûretés. *Note aux Groupes de travail: La formule"droits du débiteur sur les actifs" est-elle suffisante pour englober toutes les situations envisagées? Recouvre-t-elle, par exemple, les droits du débiteur dans un accord de transfert de propriété lorsque la loi ne laisse pas à ce dernier de droit de propriété démembré (en equity par exemple) sur les actifs ou ne lui octroie pas le droit de libérer ces actifs? Si le débiteur doit dans ce cas se prévaloir de droits contractuels ou légaux, ces derniers devraient-ils être expressément mentionnés dans la formule actuellement employée?*
2. Quelle est la portée de l'arrêt des poursuites et à partir de quand s'applique-t-il?	Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité	II.B	Le guide prévoit qu'un tribunal peut prononcer des mesures provisoires (y compris un arrêt des poursuites) qui s'appliqueront entre le dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure (recommandation 27) et qu'à l'ouverture de la procédure certaines actions devraient être interdites ou suspendues (recommandation 34), à savoir: "a) l'ouverture des actions ou des procédures individuelles visant les actifs, les droits ou les obligations du débiteur ... et la poursuite desdites actions ou procédures ...; b) [les actions visant à rendre des sûretés réelles opposables aux tiers] ou la réalisation de sûretés réelles ...; c) les mesures d'exécution ou autres voies de droit contre les actifs de la masse ...; d) le droit d'un cocontractant de mettre fin à tout contrat conclu avec le débiteur ...; et e) le droit de transférer tout actif de la masse, de le grever ou d'en disposer autrement ...". L'arrêt des poursuites s'appliquerait aux actions du débiteur et à celles des créanciers ou de tiers, notamment à la constitution d'une sûreté par le débiteur après l'ouverture de la procédure.

Question	Titre de la section	Réf.	Traitement de base prévu dans le projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité
			Les créanciers garantis peuvent demander un aménagement de l'arrêt des poursuites (voir question 5).
3. L'arrêt des poursuites devrait-il s'appliquer aux actions visant à rendre des sûretés opposables?			L'alinéa a) de la recommandation 27 dispose que les mesures provisoires peuvent consister notamment à "interdire ou suspendre les mesures d'exécution contre les actifs du débiteur, y compris [les mesures visant à rendre des sûretés réelles opposables aux tiers] ou la réalisation de sûretés réelles". Voir aussi recommandation 34. Voir plus généralement le paragraphe 181. La note 35 se rapportant au paragraphe 189 indique que "Lorsqu'un régime s'appliquant aux opérations garanties prévoit un délai de grâce pour l'accomplissement des formalités visant à rendre une sûreté réelle opposable, il faudra aussi examiner si la loi sur l'insolvabilité devrait reconnaître ce délai et ne pas soumettre les créanciers garantis à l'arrêt des poursuites pour qu'ils puissent accomplir lesdites formalités dans les cas applicables".
4. Quelle est la durée de l'arrêt des poursuites?			L'alinéa c) de la recommandation 37 dispose que: "La loi devrait spécifier que les mesures applicables à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité auront effet pendant toute la procédure d'insolvabilité: a) jusqu'au prononcé de leur aménagement par le tribunal; b) dans une procédure de redressement, jusqu'à la prise d'effet d'un plan de redressement; c) s'agissant des créanciers garantis dans une procédure de liquidation, jusqu'à expiration d'une période fixe spécifiée par la loi , à moins que le tribunal ne proroge cette période s'il est montré que: i) une prorogation est nécessaire pour maximiser la valeur des actifs dans l'intérêt des créanciers; et ii) les créanciers garantis seront protégés contre une dépréciation de l'actif grevé". La note 52 se rapportant à l'alinéa c) de la recommandation 37 indique que l'arrêt des poursuites ne devrait s'appliquer aux créanciers garantis dans le cadre de la procédure de liquidation que pendant une courte période, de l'ordre de 30 à 60 jours, et que cette période devrait être clairement spécifiée dans la loi.
5. Pour quels motifs le créancier garanti peut-il bénéficier d'un aménagement de l'arrêt des poursuites?			La recommandation 38 dispose que "...un créancier garanti peut demander au tribunal de prononcer un aménagement des mesures applicables à l'ouverture de la procédure pour certains motifs, dont notamment les suivants: a) l'actif grevé n'est pas nécessaire à un éventuel redressement ou à une éventuelle cession de l'entreprise débitrice; b) [lorsque le montant de la créance

Question	Titre de la section	Réf.	Traitement de base prévu dans le projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité
			garantie dépasse la valeur de l'actif grevé,] l'actif grevé se déprécie et le créancier garanti n'est pas protégé contre cette dépréciation; c) dans le cas d'un redressement, aucun plan n'a été approuvé dans tout délai applicable".
			D'autres motifs sont mentionnés (voir par. 200 et 207), à savoir notamment lorsque la protection de la valeur est impossible ou trop lourde pour la masse ou lorsque l'aménagement est demandé pour protéger ou préserver la valeur de certains actifs comme les marchandises périssables
6. Hormis l'aménagement de l'arrêt des poursuites, quelles sont les autres protections dont pourraient bénéficier les créanciers garantis et sous quelles conditions?			La recommandation 39 dispose que "... un créancier garanti peut demander au tribunal de bénéficier d'une protection. Lorsque la valeur de l'actif grevé n'excède pas le montant de la créance garantie ou sera insuffisante pour rembourser cette créance si celui-ci se déprécie durant l'imposition des mesures applicables à l'ouverture de la procédure, cette protection peut notamment prendre la forme: a) de versements en espèces effectués par la masse; b) de la constitution de sûretés supplémentaires; ou c) d'autres moyens déterminés par le tribunal". D'autres mesures sont examinées (voir par. 160, 189 et 206), notamment le maintien de la valeur des actifs grevés ou de la valeur de la fraction garantie de la créance d'un créancier; le versement d'intérêts; et la consultation des créanciers garantis sur l'utilisation et la vente des actifs grevés. Le paragraphe 206 indique que les différents moyens de protection doivent être mis en balance avec leur complexité et leur coût potentiels. S'agissant des actifs appartenant à des tiers, il est noté au paragraphe 237 que la loi devrait envisager de protéger ces tiers contre toute dépréciation de la même manière que les créanciers garantis.
7. Quelle "valeur" sera protégée?			Les paragraphes 210 à 215 examinent différentes approches adoptées pour protéger la valeur. La première est exposée dans la recommandation 39 (voir question 6). Une deuxième approche examinée (mais qui ne fait pas actuellement l'objet de recommandations) consiste à protéger le montant de la fraction garantie de la créance: l'actif fait l'objet d'une évaluation à l'ouverture de la procédure, sur la base de laquelle est déterminé le montant de la fraction garantie, montant qui reste fixe pendant toute la procédure et qui est réparti à la clôture. Il est noté que certaines lois prévoient la possibilité de verser des intérêts.

Question	Titre de la section	Réf.	Traitement de base prévu dans le projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité
8. Au besoin, comment la sûreté pourrait-elle être "remplacée"?			Le paragraphe 214 indique que, lorsque le représentant de l'insolvabilité a besoin de vendre des actifs grevés, il est "souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité donne au représentant de l'insolvabilité la possibilité de fournir au créancier une sûreté de remplacement équivalente, par exemple un privilège sur un autre actif ou sur le produit de la vente de l'actif grevé, ou de verser l'intégralité de la valeur des actifs servant à garantir la créance soit immédiatement soit selon un plan de versement convenu". La loi peut restreindre l'utilisation du produit de la vente d'actifs grevés (voir question 13).
9. En référence à quelle date et comment déterminer la valeur économique d'une sûreté?			Les paragraphes 213 et 214 examinent les différentes raisons pour lesquelles il est nécessaire d'évaluer les actifs grevés et soulignent que la loi sur l'insolvabilité doit indiquer la date devant servir de référence pour déterminer la valeur de ces actifs, par exemple la date d'ouverture de la procédure, en ménageant la possibilité de réévaluer ceux-ci en permanence. Diverses méthodes d'évaluation sont examinées, notamment l'évaluation d'un commun accord entre les parties et l'évaluation par un tribunal, qui pour ce faire peut recourir à des experts, se fonder sur des études de marché et/ou appliquer des principes énoncés dans la loi sur l'insolvabilité. Aucune recommandation n'a été formulée à propos de la méthode d'évaluation ou de la date devant servir de référence pour cette évaluation.
10. Restrictions s'appliquant après l'ouverture de la procédure à la réalisation des sûretés et question de savoir si la convention constitutive de sûreté est un contrat qui n'a pas encore été pleinement exécuté.			Voir II.B Application de l'arrêt des poursuites et II.E Traitement des contrats. Le guide parle d'une manière générale de contrats dans lesquels les deux parties n'ont pas pleinement exécuté leurs obligations (par. 257), en indiquant que des exceptions aux règles générales sur les contrats peuvent être nécessaires pour certains contrats, comme les contrats de travail, les contrats pour services personnels, les contrats financiers, les contrats de prêt et les contrats d'assurance (par. 259). Les conventions constitutives de sûretés ne sont pas abordées.
11. Dans quelle mesure le représentant de l'insolvabilité peut-il utiliser ou vendre des actifs grevés?	Utilisation et disposition des actifs	II.C	Les recommandations 40, 43 et 44 disposent que la loi devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à utiliser des actifs de la masse (y compris des actifs grevés de sûretés réelles) et à en disposer dans le cours normal des affaires et en dehors de celui-ci à condition que: la vente proposée ou tout autre acte de disposition soit notifié aux créanciers garantis; que ceux-ci aient la possibilité de

Question	Titre de la section	Réf.	Traitement de base prévu dans le projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité
			s'opposer à toute vente proposée; que l'arrêt des poursuites soit maintenu; et que l'ordre de priorité des droits réels sur le produit de la vente soit préservé. Les paragraphes 229 et 230 examinent les différentes approches adoptées concernant l'utilisation ou la disposition d'actifs grevés (autre que par constitution d'une nouvelle sûreté). Le paragraphe 231 étudie diverses approches concernant la vente d'actifs grevés libres de toute charge et mentionne les différentes conditions imposées par les lois sur l'insolvabilité, notamment que le prix de vente soit supérieur à la valeur de la sûreté réelle, que le titulaire de la sûreté réelle puisse être contraint (à l'issue d'une autre procédure judiciaire) d'accepter des espèces ou une sûreté de remplacement équivalente à titre de désintéressement et que la vente soit autorisée par le tribunal si le créancier garanti n'y consent pas. Ce même paragraphe précise que si le prix proposé pour l'actif est insuffisant, le titulaire de la sûreté peut être autorisé à compenser ce prix. Ventes d'urgence: La recommandation 46 dispose que la loi devrait autoriser les ventes d'urgence " lorsque, de par leur nature ou en raison d'autres circonstances, les actifs sont périssables, susceptibles de se déprécier ou autrement menacés. La loi peut prévoir que l'approbation préalable du tribunal ou des créanciers n'est pas nécessaire dans ce cas". Pouvoir de vente du créancier garanti: le paragraphe 229 indique que si les actifs grevés ne font pas partie de la masse, le créancier garanti peut les vendre; autrement, c'est au représentant de l'insolvabilité que revient normalement ce pouvoir, dont l'exercice peut néanmoins être limité, en particulier dans le cadre d'une liquidation. Dans certains cas, le représentant de l'insolvabilité peut renoncer à des actifs grevés.
12. Quand les actifs grevés peuvent-ils être remis au créancier garanti?			La recommandation 48 dispose que "... lorsque le montant d'une créance garantie excède la valeur de l'actif grevé, et que l'actif n'est pas nécessaire au redressement ou à la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, ... la loi peut permettre au représentant de l'insolvabilité de renoncer à l'actif en faveur du créancier garanti sans en aviser les autres créanciers". Les actifs peuvent aussi être abandonnés lorsque cela est dans l'intérêt de la masse ou lorsque le créancier garanti obtient un aménagement de l'arrêt des poursuites. D'autres situations sont examinées (par. 234) notamment: lorsque les

Question	Titre de la section	Réf.	Traitement de base prévu dans le projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité
			actifs n'ont pas de valeur ou ont une valeur insignifiante pour la masse; lorsqu'ils sont grevés de telle sorte que leur maintien dans la masse nécessiterait des dépenses excessives qui excéderaient leur valeur de réalisation ou engendrerait une obligation lourde ou une obligation de paiement; ou lorsque les actifs sont invendables ou difficilement vendables par le représentant de l'insolvabilité, du fait par exemple qu'ils sont uniques ou n'ont pas de marché ou de valeur marchande évidents.
13. Qui a droit au produit d'actifs grevés tiré d'opérations et d'actes postérieurs à l'ouverture de la procédure? Ce produit peut-il inclure à la fois des actifs de remplacement et le produit en découlant directement? (voir question 8)			Les paragraphes 238 et 239 indiquent que la plupart des lois prévoient que le créancier garanti ayant un droit réel sur un actif grevé détient un droit réel équivalent sur les espèces obtenues de la disposition dudit actif. Le produit peut être utilisé avec le consentement du créancier garanti ou l'approbation du tribunal. Dans certaines lois, le tribunal doit parfois se renseigner sur certains éléments avant d'autoriser cette utilisation, à savoir: la sûreté réelle constituée et la valeur du bien grevé; le risque couru par le créancier garanti; et l'existence de mesures suffisantes pour protéger la valeur économique de la créance garantie.
14. Quels types de financement garanti peuvent être obtenus après l'ouverture de la procédure? Comment le créancier apportant un nouveau financement garanti se classe-t-il par rapport aux créanciers garantis antérieurs à l'ouverture de la procédure?	Financement postérieur à l'ouverture de la procédure	II.D	La recommandation 50 dispose que "La loi devrait permettre la constitution d'une sûreté en garantie du remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, notamment d'une sûreté sur des actifs non grevés, y compris des actifs acquis après l'ouverture de la procédure, ou d'une sûreté de rang inférieur constituée sur des actifs déjà grevés de la masse." (voir aussi question 15). Les paragraphes 247 à 250 examinent les questions relatives à la constitution d'une sûreté et à la priorité.
15. Un créancier garanti antérieur doit-il consentir à un nouveau financement garanti? (voir "Privilège")			La recommandation 51 dispose que "La loi devrait spécifier qu'une sûreté constituée sur les actifs entrant dans la masse pour garantir le remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure ne prime pas une sûreté antérieure sur les mêmes actifs, sauf si le représentant de l'insolvabilité obtient l'accord du (des) créancier(s) garanti(s) antérieur(s) ou s'il applique la procédure

Question	Titre de la section	Réf.	Traitement de base prévu dans le projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité
			décrite dans la recommandation 52." La recommandation 52 dispose que "... lorsque le créancier garanti antérieur ne donne pas son accord, le tribunal peut autoriser la constitution d'une sûreté primant les sûretés antérieures, sous réserve que soient remplies certaines conditions, notamment: a) que la possibilité ait été donnée au créancier garanti antérieur d'être entendu par le tribunal; b) que le débiteur puisse prouver qu'il ne peut obtenir le financement par un autre moyen; c) que les intérêts du créancier garanti antérieur soient protégés, notamment que la valeur de la fraction non grevée de l'actif soit suffisante pour que le créancier garanti antérieur ne soit pas exposé à un risque déraisonnable de préjudice." D'autres conditions pourraient être imposées (par. 250), notamment que les actifs grevés soient protégés contre toute diminution de leur valeur économique.
16. Le superprivilège est-il uniquement réservé aux créanciers garantis qui financent l'acquisition de nouveaux actifs au moyen d'une clause de réserve de propriété ou d'un prêt garanti?			Question non traitée.
	Traitement des contrats	II.E	Le guide prévoit généralement que les clauses de résiliation automatique devraient être inopposables au représentant de l'insolvabilité et au débiteur (recommandation 56) et que le représentant de l'insolvabilité peut décider de poursuivre ou de rejeter un contrat dans lequel le débiteur et son cocontractant ne se sont pas encore pleinement acquittés de leurs obligations (recommandations 58 à 71).
17. Les opérations garanties devraient-elles être soumises aux règles générales relatives à	Procédure d'annulation	II.F	La recommandation 74 dispose que "La loi devrait spécifier: a) que si une sûreté est efficace et opposable en vertu d'une autre loi, cette efficacité et cette opposabilité seront reconnues dans la procédure d'insolvabilité; b) que nonobstant le fait qu'une sûreté est efficace et opposable en vertu d'une autre loi,

Question	Titre de la section	Réf.	Traitement de base prévu dans le projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité
l'annulation des opérations en cas d'insolvabilité?			elle peut faire l'objet des dispositions d'annulation de la loi pour les mêmes motifs que d'autres opérations" (voir aussi par. 322 à 324).
18. Les sûretés constituées ou rendues opposables dans un délai prescrit avant l'ouverture de la procédure devraient-elles être susceptibles d'annulation?			Le paragraphe 325 indique que, dans certaines lois sur l'insolvabilité, des dispositions d'annulation peuvent s'appliquer à une sûreté qui n'a pas été rendue opposable en vertu de la loi pertinente sur les opérations garanties ou à une sûreté rendue opposable peu de temps avant l'ouverture de la procédure. Cette question n'est pas abordée dans les recommandations.
19. Quelle sera la durée de la période suspecte pour l'annulation d'une opération garantie?			La recommandation 75 dispose que "La loi devrait spécifier que des opérations décrites dans la recommandation 73 a) à c) peuvent être annulées si elles sont intervenues au cours d'une période spécifiée (la période suspecte) calculée rétroactivement à partir d'une date spécifiée, soit la date de la demande d'ouverture, soit la date de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Elle peut spécifier des périodes suspectes différentes pour des types d'opérations différentes". Aucune recommandation n'a été formulée au sujet de la durée de la période suspecte pour l'un quelconque de ces types d'opérations. Différentes approches sont toutefois examinées (voir par. 332 à 335) et il est noté que, dans le cas d'opérations conclues avec des créanciers qui n'ont pas de liens privilégiés avec le débiteur, cette période peut être brève (de 3 à 6 mois par exemple).
	Droits de compensation	II.G	Il n'est pas fait expressément mention des opérations garanties. Voir par. 349 à 352 et recommandation 85.
	Contrats financiers et compensation globale	II.H	La recommandation 88 dispose que "Une fois les contrats financiers du débiteur résiliés, la loi devrait permettre aux cocontractants de réaliser leurs sûretés pour s'acquitter des obligations découlant de contrats financiers. Les contrats financiers devraient être exempts de toute interdiction de la réalisation des sûretés prévue par la loi sur l'insolvabilité".
20. Les créanciers garantis peuvent-ils participer à la procédure d'insolvabilité?	Créanciers – participation à la procédure d'insolvabilité	III.C	La recommandation 110 dispose que tous les créanciers, tant garantis que chirographaires, ont le droit de participer à la procédure d'insolvabilité et que la loi devrait préciser quelles fonctions peuvent être accomplies dans le cadre de cette participation.
21. Comment les créanciers garantis pourraient-ils participer à la procédure			Les recommandations 110 à 120 relatives à la participation des créanciers ne font pas de distinction entre créanciers garantis et créanciers chirographaires.

Question	Titre de la section	Réf.	Traitement de base prévu dans le projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité
d'insolvabilité?			Il est noté aux paragraphes 444, 458 et 459 que certaines lois sur l'insolvabilité exigent des créanciers garantis qu'ils renoncent à leur sûreté pour pouvoir participer à la procédure et voter en tant que membres de la collectivité des créanciers. En revanche, quand la valeur de leur sûreté est inférieure au montant de leur créance, leur participation au sein du comité ou au vote de l'ensemble des créanciers peut être utile. Dans une procédure de redressement, les créanciers garantis souhaiteront négocier avec le débiteur et d'autres parties, en particulier lorsqu'un plan de redressement risque de modifier leurs droits ou que l'actif grevé sera essentiel au succès de ce plan. En règle générale, les comités de créanciers ne représentent que les créanciers chirographaires. Certaines lois admettent la constitution d'un comité distinct de créanciers garantis tandis que d'autres prévoient la représentation des deux types de créanciers au sein du même comité. Selon une autre approche, la loi sur l'insolvabilité ne précise pas quels créanciers devraient être représentés dans un cas donné, mais autorise les créanciers à choisir collectivement leurs propres représentants sur la base du consentement à siéger.
22. Dans quels cas les créanciers garantis peuvent-ils voter?			La recommandation 111 dispose que la loi devrait spécifier les questions pour lesquelles un vote des créanciers est requis et établir les droits et règles de vote correspondants. En particulier, l'approbation d'un plan de redressement devrait être soumise au vote des créanciers. Le paragraphe 474 indique que certaines lois 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. Voir aussi redressement.
	Droit des parties intéressées d'être entendues	III.D	La recommandation 121 dispose que toutes les parties intéressées devraient avoir le droit d'être entendues (les créanciers garantis ne sont pas expressément mentionnés).
	Le plan de redressement	IV.A	La recommandation 128 dispose que la loi devrait spécifier les éléments minimums d'un plan, qui peuvent comprendre ... les modalités d'exécution du plan, lesquelles peuvent inclure ...v) [la modification des conditions attachées à des sûretés, y compris] le report de la date d'échéance ou la modification du taux d'intérêt ou d'une autre condition; [vi) la poursuite de l'utilisation des actifs

Question	Titre de la section	Réf.	Traitement de base prévu dans le projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité
			grevés;]..." (voir aussi par. 498 et 499).
23. Comment les créanciers garantis sont-ils liés par un plan de redressement lorsqu'ils s'opposent à ce plan ou s'abstiennent de voter?			Les paragraphes 512 à 517 examinent différentes approches concernant l'approbation du plan par les créanciers garantis et les créanciers prioritaires. Le paragraphe 516 examine les diverses façons de lier les membres opposants d'une catégorie de créanciers garantis qui a par ailleurs voté pour le plan de redressement ainsi que les mesures de protection pouvant être accordées ou les conditions à satisfaire pour pouvoir lier ces membres opposants.
24. Un montant minimum devrait-il être fixé pour les sommes susceptibles d'être recouvrées par un créancier garanti dans une procédure de redressement?			Le paragraphe 529 examine si toutes les catégories de créanciers doivent soutenir le plan ou non pour que celui-ci soit approuvé. Les paragraphes 532 à 540 examinent les mécanismes permettant de lier les créanciers opposants, en particulier l'homologation par le tribunal d'un plan approuvé par la majorité requise de créanciers, ainsi que les conditions auxquelles peut être soumise cette homologation.
25. Le créancier garanti doit-il approuver la modification de ses droits?			En ce qui concerne les abstentions, il est noté au paragraphe 510 que la loi sur l'insolvabilité devra indiquer comment seront traités les créanciers qui ne participent pas ou qui s'abstiennent. Il est noté, en particulier, que certaines lois considèrent ces créanciers comme ayant voté contre le plan, tandis que d'autres, afin de déterminer si la majorité requise pour l'approbation du plan a été obtenue, ne tiennent compte que des créanciers ayant effectivement voté. Les recommandations n'abordent pas expressément l'approbation du plan par les créanciers garantis, mais disposent que la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier (recommandation 133), lorsque il est procédé à un vote par catégories, comment seront traités, aux fins de cette approbation, les résultats obtenus dans chaque catégorie et, lorsque l'approbation de l'ensemble des catégories n'est pas exigée (recommandation 134), elle devrait indiquer le traitement à réserver à celles qui n'ont pas voté pour un plan qui par ailleurs a été approuvé par les catégories requises ou la majorité des catégories requise. La recommandation 136 dispose que le débiteur, les créanciers et les autres parties intéressées devraient être liés par un plan à condition que celui-ci ait été soit approuvé par la majorité requise des créanciers, soit approuvé par la majorité requise puis homologué par le tribunal. La recommandation 137 dispose que "[La loi peut, lorsque des créanciers garantis n'appuient pas un plan et que les actifs grevés sont nécessaires au redressement,

Question	Titre de la section	Réf.	Traitement de base prévu dans le projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité
			autoriser le tribunal à ordonner que ces actifs puissent continuer d'être utilisés pour le redressement, sous réserve que les intérêts des créanciers garantis soient protégés]". Lorsque la loi exige qu'un plan approuvé par les catégories requises ou la majorité des catégories requise soit homologué par le tribunal, cette homologation ne peut se faire que sous certaines conditions (énoncées dans la recommandation 138) à savoir notamment si "c) le plan accorde aux créanciers au moins autant que ce qu'ils auraient reçu en cas de liquidation, à moins qu'ils n'aient expressément accepté un traitement moins favorable...; et f) le traitement des créances dans le plan est conforme à leur classement prévu par la loi, sauf dans la mesure où les créanciers concernés sont convenus de modifier ce classement".
26. Les créanciers garantis peuvent-ils se prononcer par un vote sur un plan de redressement?			Les paragraphes 510 et 512 à 514 indiquent que l'opportunité d'un vote des créanciers garantis dépend 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 des actifs grevés permettra de les désintéresser. Lorsque la loi sur l'insolvabilité ne porte pas atteinte aux créanciers garantis, il est inutile de leur donner le droit de vote ou de les protéger. Toutefois, les chances de succès du plan sont compromises. Un créancier garanti peut voter dans la mesure où sa créance est insuffisamment garantie. Le paragraphe 515 note qu'il existe diverses approches en ce qui concerne le vote: les créanciers garantis peuvent voter en tant que catégorie distincte sur un plan qui porterait atteinte à leurs créances ou chaque créancier garanti peut former une catégorie en soi, car les intérêts varient très souvent d'un créancier à l'autre. Il est noté dans les paragraphes 515 et 529 que les règles de vote sont généralement les mêmes pour les créanciers garantis que pour les créanciers chirographaires, bien que certaines lois exigent des majorités différentes suivant la façon dont les droits des créanciers garantis seront affectés par le plan et selon la nécessité d'obtenir leur appui.
27. Que se passe-t-il si le plan n'est pas approuvé?			Le guide examine la modification d'un plan proposé (par. 530) et la conversion de la procédure de redressement en liquidation (par. 531). La recommandation 145 prévoit que la procédure de redressement est convertie en liquidation par le tribunal notamment lorsque "c) le plan proposé n'est pas

Question	Titre de la section	Réf.	Traitement de base prévu dans le projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité
			approuvé".
28. Une fois approuvé, un plan peut-il être contesté?			La recommandation 138 énonce les conditions à remplir pour qu'un plan soit homologué par le tribunal (lorsqu'une telle homologation est exigée); la recommandation 139 traite de la contestation de l'approbation lorsque aucune homologation n'est exigée; la recommandation 140 prévoit la possibilité de contester un plan homologué au motif qu'il y a eu fraude. Le paragraphe 535 examine les motifs de contestation prévus dans les différentes lois. Ces motifs peuvent notamment être les suivants: le plan n'est pas réalisable, par exemple, des actifs grevés 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 la réalisation de leurs sûretés.
29. L'arrêt des poursuites continue-t-il de s'appliquer aux créanciers garantis en cas de conversion du redressement en liquidation?			Il est noté au paragraphe 549 qu'une loi sur l'insolvabilité doit traiter cette question.
	Procédure de redressement accélérée	IV.B	Inclusion des créances garanties: il est noté au paragraphe 559 que les créances garanties peuvent être incluses dans des négociations volontaires de restructuration avec l'accord des créanciers garantis.
30. Les créanciers garantis sont-ils tenus de déclarer leurs créances? Quelles sont les conséquences d'une telle déclaration?	Le traitement des créances	V.A	La recommandation 156 dispose que "La loi devrait préciser si les créanciers garantis sont tenus de déclarer leurs créances" (la note 104 se rapportant à cette recommandation indique que dans certaines lois un créancier garanti qui déclare une créance est réputé avoir renoncé à la sûreté ou à certains des privilèges attachés au crédit, tandis que dans d'autres le défaut de déclaration a ce résultat). Voir aussi par. 567 à 569 et 587. Les paragraphes 586 à 589 examinent les différentes approches adoptées en cas de non-déclaration d'une créance. La recommandation 159 souligne la nécessité pour une loi sur l'insolvabilité de préciser les conséquences du défaut de déclaration d'une créance. Notification de l'obligation de déclarer sa créance: il est indiqué au paragraphe 570 que, lorsque la procédure peut avoir des incidences sur les sûretés d'un créancier garanti, la notification de l'ouverture de la procédure devrait

Question	Titre de la section	Réf.	Traitement de base prévu dans le projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité
			contenir des informations concernant la déclaration, ou le défaut de déclaration, des créances garanties. Voir recommandation 19. La recommandation 154 exige des créanciers qu'ils déclarent leurs créances, y compris la justification et le montant de celles-ci. La recommandation 161 traite de la justification des créances.
31. Qu'advient-il lorsque la valeur de l'actif grevé est inférieure au montant de la créance garantie?			La recommandation 167 dispose que "[La loi devrait prévoir que le représentant de l'insolvabilité peut déterminer la fraction garantie et la fraction non garantie de la créance d'un créancier garanti en évaluant l'actif grevé]". (Voir aussi question 9) Les paragraphes 567 à 569 examinent différentes approches, en particulier la possibilité d'obliger un créancier garanti à déclarer une créance pour la fraction non garantie en tant que créancier chirographaire ordinaire. La valeur de la créance chirographaire dépend donc de la valeur de l'actif grevé, du moment auquel cette valeur est déterminée et de la méthode d'évaluation utilisée. Une autre approche exige des créanciers garantis qu'ils déclarent une créance d'un montant correspondant à la valeur totale de leur sûreté, qu'une partie de la créance soit ou non insuffisamment garantie, obligation qui, dans certaines lois, ne vaut que pour les détenteurs de certains types de sûreté, tels que les charges flottantes, les actes de vente ou les hypothèques mobilières.
32. En cas d'insolvabilité, les priorités légales peuvent-elles modifier la règle du remboursement prioritaire des créanciers garantis?	Priorités et répartition [du produit de la liquidation]	V.B	Les paragraphes 624 à 626 examinent le classement des créances et indiquent que de nombreuses lois sur l'insolvabilité reconnaissent aux créanciers garantis le droit d'être payés en premier soit sur le produit de la vente de certains actifs grevés, soit sur les fonds généraux. Le paragraphe 625 précise toutefois que certaines lois sur l'insolvabilité n'accordent pas aux créanciers garantis le droit d'être désintéressés en premier et examine les différentes approches adoptées, par exemple le remboursement de ces créanciers après le paiement des frais d'administration et d'autres créances ou la limitation du montant pouvant être recouvré (en priorité) par les créanciers garantis sur les actifs garantissant leur créance à un certain pourcentage de cette dernière. Le paragraphe 626 indique qu'une autre exception à la règle du remboursement prioritaire peut consister à octroyer un droit de priorité au financement postérieur à l'ouverture de la procédure. Dans ce cas, il faudrait que l'effet d'un tel droit 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 les créanciers garantis (voir

Question	Titre de la section	Réf.	Traitement de base prévu dans le projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité
			aussi questions 14 à 16). Il est en outre indiqué que de telles exceptions peuvent rendre incertain le recouvrement du crédit garanti et qu'il est très souhaitable d'en limiter le recours. La recommandation 173 dispose que "La loi devrait spécifier que les créances garanties devraient être remboursées sur la sûreté dans le cadre d'une liquidation ou d'un plan de redressement, sous réserve des créances ayant éventuellement un rang de priorité supérieur. Les créances ayant un rang de priorité supérieur à celui des créances garanties devraient être limitées au minimum et clairement indiquées dans la loi. Lorsque la valeur de la sûreté est insuffisante pour rembourser la créance du créancier garanti, ce dernier peut participer en tant que créancier chirographaire ordinaire". Voir aussi recommandations 172 et 174.
33. La loi devrait-elle réserver un pourcentage de la valeur des actifs grevés au remboursement des créances autres que les créances garanties?			Le paragraphe 625 (voir question 32) indique aussi que certaines lois qui réservent effectivement un certain pourcentage au remboursement des créanciers de rang inférieur font une distinction entre les sûretés réelles grevant presque tous les actifs d'une entreprise (nantissement d'entreprise ou charge flottante) et d'autres types de sûretés réelles.
34. Quel traitement est réservé aux accords de cession de rang en cas d'insolvabilité?			Les paragraphes 617 à 623 examinent les différents types de déclassement. La recommandation 174 établit le classement des créances, dans lequel figurent également les créances différées ou déclassées. Le guide ne contient ni examen comparatif ni recommandation sur le traitement des accords de cession de rang en cas d'insolvabilité.
35. Les créanciers garantis devraient-ils contribuer aux frais d'administration de la procédure d'insolvabilité?			Le paragraphe 626 indique que le créancier garanti peut être tenu de contribuer aux frais directement liés à ses intérêts, tels que les dépenses d'administration encourues pour le maintien de la valeur de l'actif grevé. Si le représentant de l'insolvabilité a utilisé des fonds à cette fin, il peut être raisonnable de les recouvrer en tant que dépenses d'administration sur le montant qui serait normalement versé en priorité au créancier garanti sur le produit de la vente de l'actif.
	Traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité	V.C	Le paragraphe 651 indique que les lois sur l'insolvabilité qui prévoient le regroupement des dettes sont sans incidence sur les droits des créanciers garantis, à l'exception peut-être des détenteurs de sûretés intragroupe (lorsque le créancier garanti est une société du groupe).

Question	Titre de la section	Réf.	Traitement de base prévu dans le projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité
	Loi applicable régissant la procédure d'insolvabilité	V.D	Voir A/CN.9/WG.V/WP.72. La recommandation 179 dispose que la loi sur l'insolvabilité devrait reconnaître les droits et créances découlant du droit commun, sauf limitation expresse. La recommandation 180 prévoit que la loi qui s'applique à la validité et à l'efficacité de tout droit ou de toute créance existant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité devrait être déterminée par les règles de droit international privé du pays dans lequel est ouverte la procédure. La recommandation 181 dispose que la loi de l'État où est ouverte la procédure d'insolvabilité devrait s'appliquer à tous les aspects du déroulement, de l'administration et de la clôture de cette procédure et à leurs effets. Les recommandations 182 à 184 prévoient les exceptions à l'application de la loi de la procédure: les effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits et obligations des participants à un système de paiement ou de règlement ou à un marché financier réglementé devraient être régis par la loi applicable au système ou au marché; le rejet, la continuation et la modification des contrats et des relations de travail peuvent être régis par la loi applicable au contrat; et les autres exceptions devraient être limitées en nombre et être clairement énoncées dans la loi sur l'insolvabilité.
36. Traitement des arrangements relatifs à la propriété en cas d'insolvabilité	Arrangements relatifs à la propriété		Le guide n'aborde pas expressément le traitement des arrangements relatifs à la propriété en cas d'insolvabilité. Les développements consacrés aux sûretés réelles, au traitement des actifs appartenant à des tiers et au traitement des contrats peuvent néanmoins apporter des éléments de réponse. Voir généralement par. 162 à 164; 236 et 237; traitement des contrats II.E. Les paragraphes 162 et 163 indiquent que certaines lois sur l'insolvabilité autorisent la distraction des actifs dont le créancier conserve la propriété en droit; et que dans certaines lois, cette distraction peut être soumise aux dispositions relatives au traitement des contrats. En règle générale, la masse de l'insolvabilité comprendra tous droits que le débiteur pourrait avoir sur les actifs. (voir question 1). Il est en outre indiqué que les actifs appartenant à des tiers peuvent être indispensables au redressement de l'entreprise ou à sa cession dans le cadre d'une liquidation. Dans ces cas, il sera souhaitable que la loi sur l'insolvabilité prévoie un mécanisme qui permette de soumettre ces actifs à la procédure d'insolvabilité, sous réserve de protéger les droits réels du tiers propriétaire et le droit de ce tiers de contester ce traitement. Le paragraphe 236 indique aussi qu'il peut être nécessaire d'utiliser des actifs

Question	Titre de la section	Réf.	Traitement de base prévu dans le projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité
			appartenant à des tiers pour redresser l'entreprise ou la vendre dans le cadre de la liquidation et que les lois sur l'insolvabilité traitent généralement cette question dans le cadre des dispositions relatives à la constitution de la masse ou au traitement des contrats, en limitant le droit de mettre fin au contrat ou en empêchant le propriétaire de récupérer ses actifs pendant une durée limitée. Le paragraphe 237 examine la nécessité d'une protection contre toute diminution de la valeur des actifs. Le chapitre sur le traitement des contrats ne fait pas référence aux arrangements relatifs à la propriété.
37. L'arrêt des poursuites s'applique-t-il aux clauses de réserve de propriété?			L'intention est que l'arrêt des poursuites s'applique soit i) parce que la clause de réserve de propriété est traitée comme une sûreté réelle et que l'alinéa b) de la recommandation 34 prévoit l'interdiction ou la suspension de "la réalisation des sûretés réelles" sous réserve des mesures d'aménagement normales applicables (voir recommandation 38); soit ii) parce que la clause de réserve de propriété est traitée comme un contrat dans lequel les deux parties ont encore des obligations à exécuter et que l'alinéa a) (interdiction ou suspension des actions visant les droits ou les obligations du débiteur) ou l'alinéa d) (suspension du droit de mettre fin à un contrat) de la recommandation 34 s'appliquerait. *S'agissant du point ii), les groupes de travail souhaiteront peut-être toutefois examiner si, dans sa rédaction actuelle, la recommandation 34 serait suffisamment large pour viser également l'interdiction de récupérer des biens détenus par le débiteur, occupés par lui ou en sa possession, ou de prendre une quelconque mesure les concernant qui ne consisterait pas en la résiliation d'un contrat visée par l'alinéa d) ou en l'ouverture ou la poursuite d'une action visée par l'alinéa a).*
38. Dans quelle mesure le représentant de l'insolvabilité peut-il utiliser ou vendre des actifs faisant l'objet d'une clause de réserve de propriété?			Si la clause est traitée comme une sûreté réelle, le représentant de l'insolvabilité aura les mêmes pouvoirs que ceux qui s'appliquent pour un actif grevé: recommandations 40, 43 et 44. Si la clause est traitée comme un contrat dans lequel les deux parties doivent encore s'acquitter d'obligations, le représentant de l'insolvabilité peut utiliser la procédure régissant la continuation des contrats: recommandations 58 à 71.
39. Dans quels cas le titulaire d'une clause de réserve de			Si la clause est traitée comme une sûreté réelle, le rétenteur sera lié de la même manière qu'un créancier garanti: recommandation 137. Si la clause est traitée

Question	Titre de la section	Réf.	Traitement de base prévu dans le projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité
propriété sera-t-il lié par un plan de redressement?			comme un contrat dans lequel les deux parties doivent encore s'acquitter d'obligations, le résultat dépendra du traitement accordé au contrat.
40. Quel traitement est accordé aux ventes sous condition en cas d'insolvabilité?			Question non traitée.
41. Quel traitement est accordé aux baux financiers en cas d'insolvabilité?			Question non traitée. Voir toutefois par. 163.
42. Lorsque la valeur de l'actif grevé dépasse le montant de la créance, le "surplus" entre-t-il dans la masse de l'insolvabilité?			Question non traitée.
43. L'arrêt des poursuites s'applique-t-il aux bailleurs de biens qui sont en la possession ou sous le contrôle du débiteur?			Voir guide sur le droit de l'insolvabilité, chapitre II.B Application de l'arrêt des poursuites; développements sur l'utilisation des actifs appartenant à des tiers (par. 236 et 237) et note destinée aux Groupes de travail à propos de la question 37.

G. Note du secrétariat sur le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa trentième session

(A/CN.9/WG.V/WP.72) [Original: Anglais]

Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité

1. À sa vingt-neuvième session, en septembre 2003, le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) a débattu de la loi applicable dans la procédure d'insolvabilité en s'appuyant sur le document A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17. Le secrétariat a été prié de tenir compte de cette discussion lorsqu'il établirait le texte révisé des recommandations relatives à la loi applicable et de rédiger un commentaire que le Groupe de travail examinerait à sa session suivante. Il a également été prié de se concerter avec la Conférence de La Haye de droit international privé.

2. La présente note expose, pour examen par le Groupe de travail, un projet de commentaire sur la loi applicable dans la procédure d'insolvabilité et un ensemble de recommandations révisées élaborées en consultation avec la Conférence de La Haye de droit international privé. Ce texte est destiné à remplacer l'actuelle section D qui fait suite au paragraphe 652 du document A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part II) (dont il faudra renuméroter le commentaire et les recommandations).

3. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner où placer la recommandation révisée 179 dans le Guide, dans la mesure où elle ne traite pas de questions relatives à la loi applicable (voir aussi la recommandation 74 a) au chapitre II.F sur l'annulation).

Deuxième partie. Dispositions essentielles d'une loi efficace et effective sur l'insolvabilité

V. Administration de la procédure

D. Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité

1. Introduction

652a. Lorsque la procédure d'insolvabilité concerne des parties ou des biens qui se trouvent dans des États différents, des questions complexes peuvent se poser quant à la loi qui s'appliquera aux questions de validité et d'efficacité des droits sur ces biens ou d'autres créances, et quant au traitement de ces biens et des droits et créances de ces parties étrangères dans une telle procédure d'insolvabilité, l'État du for appliquera généralement les règles de son droit international privé (ou règles de conflit de lois) pour déterminer quelle loi est applicable à la validité et à l'efficacité d'un droit ou d'une créance et à leur traitement dans la procédure d'insolvabilité. La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (voir chap. VII) ne contenant pas de règles harmonisées de conflit de lois que les États adoptants pourraient intégrer dans leur législation, ce sont les règles et pratiques établies qui

régissent ces questions. Bien que la procédure d'insolvabilité puisse en règle générale être gouvernée par la loi de l'État d'ouverture de la procédure, de nombreux États ont adopté des exceptions, plus ou moins nombreuses et étendues, à l'application de cette loi. Cette diversité peut être une source d'insécurité juridique et d'imprévisibilité pour les parties concernées par une procédure d'insolvabilité internationale. En traitant spécifiquement, de manière transparente et prévisible, les questions de la loi applicable, la loi sur l'insolvabilité peut contribuer à la sécurité juridique pour ce qui est des effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits et créances des parties concernées.

2. Loi applicable à la création de droits et de créances

652b. Dans un contexte strictement national, la loi sur l'insolvabilité ne "crée" pas de droits (personnels ou réels) ni de créances, mais devrait respecter les droits et créances qui ont été acquis contre le débiteur en vertu d'autres dispositions juridiques applicables, à savoir celles du droit civil, commercial ou public. Elle s'emploie à déterminer le rang relatif de chacun de ces droits et créances lorsqu'une procédure d'insolvabilité a été ouverte et, s'il y a lieu, à établir les restrictions et modifications auxquelles ils seront soumis pour que soient atteints les objectifs collectifs de cette procédure. Ces limites et restrictions sont des "effets de l'insolvabilité", car elles résultent de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité contre un débiteur.

652c. Dans le contexte de l'insolvabilité internationale, il est essentiel de distinguer entre la création de droits et de créances en vertu de la loi désignée comme étant applicable (qu'il s'agisse du droit matériel interne ou étranger) par les règles de conflit de lois du for et les effets de l'insolvabilité sur ces droits et créances. Étant donné, comme il vient d'être indiqué que la loi sur l'insolvabilité ne crée pas de droits ni de créances, la question de savoir si un droit ou une créance donnés ont été créés, et le contenu de ce droit ou de cette créance, relèvent des règles générales de conflit de lois. Souvent, ces règles prévoient par exemple que la loi régissant le contrat déterminera si une créance contractuelle existe contre le débiteur insolvable et le montant de cette créance; que la loi de l'État de situation d'un bien déterminera si une sûreté sur des biens immeubles a été créée en faveur d'un créancier particulier, etc. Dans ce domaine, chaque État appliquera ses propres règles de conflit de lois, y compris toutes conventions internationales en vigueur. Dans le cas d'une procédure d'insolvabilité, l'État du for appliquera généralement ses règles de conflit de lois pour déterminer quelle loi régit la validité et l'efficacité d'un droit ou d'une créance avant d'examiner leur traitement dans ladite procédure. Il importe de souligner que la détermination de la validité et de l'efficacité ne relève pas de l'insolvabilité mais d'une autre loi applicable.

3. Loi applicable aux effets de l'insolvabilité – loi de l'État d'ouverture de la procédure

652d. Une fois qu'il a été déterminé qu'un droit ou une créance est valable et efficace en vertu de la loi désignée comme étant applicable par les règles de conflit de lois du for, se pose une deuxième question concernant les effets de la procédure d'insolvabilité sur ce droit ou cette créance, à savoir s'ils seront reconnus et admis dans la procédure d'insolvabilité et, dans l'affirmative, quel sera leur rang relatif. Cette question relève de la loi sur l'insolvabilité. Du point de vue du conflit de lois,

il s'agit, dans cette deuxième phase, de déterminer quelle loi s'applique à ces effets. Le plus souvent, c'est la loi de l'État d'ouverture de la procédure qui régit l'ouverture, le déroulement, l'administration et la clôture de celle-ci. En général, elle déterminera donc, par exemple, quels débiteurs peuvent être soumis à la loi sur l'insolvabilité; quelles parties peuvent demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et quelles sont les conditions d'admissibilité à remplir; les effets de l'ouverture, y compris la portée de l'arrêt des poursuites; l'organisation de l'administration de la masse; les pouvoirs et fonctions des participants; les règles relatives à l'admissibilité des créances; la priorité et le rang des créances; et les règles relatives à la répartition. Par conséquent, elle régira en général les effets de l'insolvabilité sur les droits et créances valablement acquis en vertu d'une loi étrangère, par exemple la question de savoir si le droit ou la créance, compte tenu de leur nature et de leurs conditions, sont admissibles dans l'insolvabilité du débiteur, et comment ils seront classés.

652e. Des problèmes peuvent se poser lorsque la loi qui régit le classement d'une créance et la loi autre que la loi sur l'insolvabilité applicable régissant cette créance sont différentes. C'est toujours la loi de l'État d'ouverture de la procédure qui établit les catégories de privilèges et les priorités existants et le classement des créances. Normalement, elle tient compte, ce faisant, des créances qui existent en vertu du droit national. Mais des créances de créanciers peuvent être créées en application d'une loi étrangère, auquel cas il faut déterminer lesquelles peuvent être considérées comme équivalentes aux créances constituées en vertu du droit national qui confèrent certains privilèges ou priorités. En d'autres termes, il faut examiner si le type de créance créé en vertu du droit étranger est "équivalent" au type de créance auquel la loi de l'État d'ouverture de la procédure accorde un statut particulier dans la procédure d'insolvabilité. À cette fin, il faut établir si les deux créances, eu égard à leur contenu essentiel et à leur fonction, correspondent l'une à l'autre au point de pouvoir être considérées comme "fonctionnellement interchangeables". Dans l'affirmative, elles devraient être considérées comme équivalentes et bénéficier du même traitement dans la procédure d'insolvabilité. Si l'équivalence ne peut être établie, la créance sera généralement traitée comme une créance ordinaire.

4. Loi applicable aux effets de l'insolvabilité – exceptions à la loi de l'État d'ouverture de la procédure

652f. Pour déterminer les effets de l'insolvabilité sur les droits et créances valables et efficaces, certaines lois prévoient des exceptions à l'application de la loi de l'État d'ouverture de la procédure. Ces exceptions n'ont pas pour objet de modifier la loi applicable à la question de la validité et de l'efficacité (qui continue d'être régie par les règles générales de conflit de lois du for) mais celle qui est applicable aux effets de l'insolvabilité. Les effets de l'insolvabilité, au lieu d'être régis par la loi de l'État d'ouverture de la procédure, peuvent l'être, par exemple, par la loi applicable à la question de la validité et de l'efficacité. Ainsi, les effets sur un droit de compensation pourront être déterminés, non par la loi de l'État d'ouverture de la procédure, mais par la loi applicable au droit de compensation. D'autres exceptions à l'application de la loi du for, prévues dans diverses lois sur l'insolvabilité, renvoient par exemple à la loi applicable aux systèmes de paiement, aux contrats de travail, aux clauses d'annulation et aux droits réels.

a) Systèmes de paiement et de règlement et marchés financiers réglementés

652g. Les exceptions à l'application de la loi de l'État d'ouverture de la procédure répondent, en général, à certaines considérations de politique sociale. Par exemple, certaines lois s'attachent à accroître la certitude commerciale et à réduire les risques pour les parties engagées dans des opérations commerciales. Ces parties établissent leur relation en fonction d'un environnement juridique particulier, en examinant en particulier la mesure dans laquelle leurs droits seront protégés en cas d'insolvabilité du débiteur – risque le plus courant pour tout créancier. L'application de la loi en vertu de laquelle le droit ou la créance en question ont été créés peut, en général, être moins coûteuse à apprendre pour le créancier, plus prévisible quant aux effets de l'insolvabilité et plus difficile à manipuler a posteriori par le débiteur que l'application de la loi du centre des intérêts principaux ou du domicile du débiteur. Partant de là, on peut avancer qu'il serait raisonnable, dans certaines circonstances, d'autoriser et de protéger le recours par les parties à la loi en vertu de laquelle le droit ou la créance ont été créés. Les systèmes de paiement ou de règlement et les marchés financiers réglementés, pour lesquels de nombreuses lois sur l'insolvabilité reconnaissent qu'ils exigent une exception à l'application de la loi de l'État d'ouverture de la procédure, constituent à cet égard, un exemple typique. L'application de la loi qui les régit peut éviter de modifier les mécanismes de paiement et de règlement en cas d'insolvabilité d'un participant, et par conséquent préserver la certitude et la confiance générales dans le système ou le marché et éviter un risque systémique.

b) Contrats de travail

652h. Certaines lois prévoient des exceptions pour préserver des droits ou intérêts spécifiquement protégés par le droit d'un État contre les incertitudes ou les incohérences qui peuvent résulter de l'application des effets de l'insolvabilité d'une loi étrangère de l'État d'ouverture de la procédure. Pour des contrats de travail, par exemple, des protections particulières (souvent obligatoires) peuvent être accordées sous la forme d'un filet de sécurité financier pour les employés, ou de restrictions à la possibilité de rejeter ou de modifier ces contrats dans l'insolvabilité. Ces dispositions se justifient par le souci de protéger les attentes raisonnables des employés quant à leur contrat de travail, du fait qu'ils peuvent avoir une position de négociation relativement plus faible que leurs employeurs, et de veiller à la non-discrimination entre employés qui travaillent dans un même pays, que ce soit pour un employeur local ou pour un employeur étranger.

c) Sûretés

652i. Certaines lois sur l'insolvabilité adoptent aussi cette approche pour les sûretés, cela signifie que la loi régissant un droit réel déterminera non seulement sa création et sa validité générale, mais aussi son efficacité en cas de procédure d'insolvabilité. En d'autres termes, la position de la sûreté réelle dans une procédure d'insolvabilité ouverte à l'étranger ne sera pas établie par la loi de l'État d'ouverture de la procédure, mais par les règles relatives à l'insolvabilité de la loi applicable aux sûretés, car l'application de la loi de l'État d'ouverture de la procédure pourrait avoir une incidence sur le cadre du crédit garanti, en introduisant un facteur d'instabilité susceptible d'augmenter le coût du financement intérieur. Si une procédure étrangère empiète sur les sûretés locales, la valeur de ces dernières

risque d'être gravement compromise. De même, le transfert du centre des intérêts principaux du débiteur dans un autre État risque de modifier radicalement la position du créancier garanti. Les droits de compensation peuvent aussi être soumis, comme cela a été indiqué plus haut, à une loi autre que la loi du for, pour des raisons liées aux attentes des parties, en particulier si elles ont des relations d'affaire régulières.

d) Dispositions d'annulation

652j. Les raisons de renforcer la certitude et de réduire le risque valent aussi pour l'application de dispositions d'annulation. De nombreuses lois sur l'insolvabilité énoncent que la loi régissant l'annulation des opérations devrait être la loi de l'État d'ouverture de la procédure, même dans les cas où, en vertu des règles générales de conflit de lois du for, les opérations à annuler seraient régies par une loi étrangère. D'autres attendent de la loi régissant l'opération qu'elle régisse aussi les actions en annulation concernant cette opération. Le principe qui sous-tend ces exceptions à l'application de la loi de l'État d'ouverture de la procédure est la protection du cocontractant et de son recours à la loi régissant l'opération. Cette approche peut donner aux cocontractants un certain degré de certitude et de prévisibilité quant au fait que leur opération avec le débiteur ne sera pas contestée ultérieurement dans une procédure d'insolvabilité et contribuer à réduire le coût du crédit et des opérations commerciales, en raison de la diminution du risque d'annulation (ce qui peut être essentiel dans le cas d'opérations ayant lieu dans un système de paiement ou de règlement).

652k. Certaines des lois qui comptent sur la loi régissant l'opération pour les actions en annulation adoptent une approche qui combine, selon des modalités diverses, la loi de l'État d'ouverture de la procédure et la loi régissant l'opération. Dans l'une de ces approches, une opération ne sera susceptible d'annulation dans l'insolvabilité que si elle est annulable à la fois en vertu de la loi de l'État dans lequel la procédure a été ouverte et de la loi régissant l'opération. Dans une autre approche, une opération peut être annulée si l'annulation peut être obtenue en vertu de la loi du for ou de la loi régissant l'opération. Une loi, par exemple, prévoit que la loi du for s'appliquera à l'annulation, mais reconnaît l'application d'une autre loi si celle-ci est plus rigoureuse et conduirait à l'annulation d'un plus grand nombre d'opérations.

5. Établir un équilibre entre l'opportunité d'exceptions et les objectifs de l'insolvabilité

652l. Il est essentiel de mettre en balance les considérations qui motivent les exceptions à l'application de la loi de l'État d'ouverture de la procédure et d'autres considérations fondamentales pour la procédure d'insolvabilité, en particulier l'objectif de la maximisation de la valeur de la masse de l'insolvabilité dans l'intérêt de tous les créanciers, et non de certains seulement, et l'objectif de l'égalité de traitement de tous les créanciers se trouvant dans la même situation. La loi du for sera conçue pour appuyer les objectifs particuliers de l'insolvabilité dans cet État et apportera la sécurité juridique au représentant de l'insolvabilité pour l'exercice de nombre de ses fonctions dans la procédure d'insolvabilité, notamment l'annulation des opérations, le traitement des contrats, le traitement des créances, etc. Son application dans la procédure d'insolvabilité peut éviter un procès potentiellement

coûteux et long visant à déterminer la loi applicable aux fins des effets de l'insolvabilité, et la validité et l'efficacité des droits ou créances compte tenu des effets de l'insolvabilité en vertu de la loi du for. En conséquence, dans de nombreux cas, l'application de la loi de l'État d'ouverture de la procédure pour les effets de l'insolvabilité peut réduire les coûts et les délais et donc maximiser la valeur de la masse de l'insolvabilité dans l'intérêt de tous les créanciers. En outre, l'application d'une exception à la loi de l'État d'ouverture de la procédure pour les effets de l'insolvabilité peut entraîner un traitement différent des effets de l'insolvabilité sur des créanciers se trouvant dans la même situation, uniquement parce que leurs droits et créances sont régis par des lois applicables différentes. On peut avancer, par exemple, que les règles de compensation du for devraient s'appliquer aux créances puisque, dans l'insolvabilité, les droits de compensation sont étroitement liés à la preuve et à la quantification des créances ainsi qu'aux principes régissant l'égalité de traitement des créanciers. Ces questions étant réglementées par la loi du for, les droits de compensation devraient l'être de la même façon.

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant la loi applicable dans la procédure d'insolvabilité est:

a) de faciliter les opérations commerciales en reconnaissant, dans la procédure d'insolvabilité, les droits et créances nés avant l'ouverture de la procédure et la loi qui s'appliquera à la validité et à l'efficacité de ces droits et créances;

b) d'établir la loi applicable dans la procédure d'insolvabilité et les exceptions, s'il y a lieu, à l'application de cette loi.

Contenu des dispositions législatives

Reconnaissance des droits et créances nés avant l'ouverture de la procédure

179) La loi sur l'insolvabilité devrait reconnaître les droits et créances nés en vertu de la loi générale sous réserve des restrictions qu'elle prévoit expressément.

Loi applicable à la validité et à l'efficacité des droits et créances

180) La loi applicable à la validité et à l'efficacité des droits et créances existant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité devrait être déterminée par les règles de droit international privé de l'État où est ouverte la procédure d'insolvabilité.

Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité

181) La loi de l'État où est ouverte la procédure d'insolvabilité devrait s'appliquer à tous les aspects de l'ouverture, du déroulement, de l'administration et de la clôture de cette procédure et de ses effets, à savoir notamment:

a) l'identification des débiteurs qui peuvent faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité;

b) la détermination du moment où la procédure d'insolvabilité peut être ouverte et du type de procédure qui peut être ouverte, de la partie qui peut en demander l'ouverture et du point de savoir si les critères d'ouverture devraient différer en fonction de la partie qui demande l'ouverture;

c) la constitution et l'étendue de la masse de l'insolvabilité;

d) la protection et la préservation de la masse de l'insolvabilité;

e) l'utilisation et la disposition des actifs;

f) la proposition, l'approbation, la confirmation et l'exécution d'un plan de redressement;

g) l'annulation de certaines opérations;

h) le traitement des contrats;

i) la compensation;

j) le traitement des créanciers garantis;

k) les droits et obligations du débiteur;

l) les devoirs et fonctions du représentant de l'insolvabilité;

m) les fonctions des créanciers et du comité des créanciers;

n) le traitement des créances;

o) le classement des créances;

p) les frais et dépenses liés à la procédure d'insolvabilité;

q) la répartition du produit;

r) la clôture de la procédure; et

s) la décharge.

Exceptions à l'application de la loi de la procédure d'insolvabilité

182) Nonobstant la recommandation 179, les effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits et obligations des participants à un système de paiement ou de règlement ou à un marché financier réglementé sont régis uniquement par la loi applicable à ce système ou marché.

183) Nonobstant la recommandation 179, les effets de la procédure d'insolvabilité sur le rejet, la continuation et la modification de contrats de travail peuvent être régis par la loi applicable au contrat.

184) Toutes exceptions en sus des recommandations 182 et 183 devraient être limitées en nombre et clairement énoncées ou notées dans la loi sur l'insolvabilité.

H. Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de leur deuxième session conjointe (New York, 26 et 29 mars 2004)

(A/CN.9/550) [Original: Anglais]

Table des matières

		Paragraphes	*Pages*
I.	Introduction: Résumé des précédentes délibérations des groupes de travail	1-4	
II.	Organisation de la session	5-10	
III.	Résumé des délibérations et décisions	11	
IV.	Examen du traitement des sûretés réelles dans la procédure d'insolvabilité	12-22	
	A. Application de l'arrêt des poursuites et des dispositions d'annulation aux actions visant à rendre une sûreté réelle opposable	12-14	
	B. Détermination de la valeur économique des sûretés réelles (en particulier date devant servir de référence pour cette évaluation)	15-17	
	C. Traitement des créanciers garantis dans une procédure de redressement lorsqu'ils s'opposent au plan de redressement ou s'abstiennent lors du vote sur ce plan	18	
	D. Dérogations à la règle du remboursement prioritaire des créanciers garantis	19	
	E. Traitement des accords de cession de rang	20	
	F. Traitement des arrangements relatifs à la propriété	21-22	

I. Introduction: résumé des précédentes délibérations des groupes de travail

1. À sa trente-cinquième session (2002), la Commission avait noté avec satisfaction les efforts déployés par le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et le Groupe de travail VI (Sûretés) pour coordonner leurs travaux sur le traitement des sûretés dans les procédures d'insolvabilité et avait approuvé une suggestion tendant à ce que les deux groupes de travail procèdent sur la base de principes convenus en commun (voir A/CN.9/511, par. 126 et 127 et A/CN.9/512, par. 88). La Commission avait également approuvé une suggestion tendant à coordonner de façon plus étroite les travaux des deux groupes de travail, y compris une proposition tendant à tenir des réunions conjointes[1].

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 17*

2. À leur première session conjointe (Vienne, 16 et 17 décembre 2002), les Groupes de travail V et VI avaient examiné la question du traitement des sûretés dans la 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). À cette session, le secrétariat avait été prié d'établir une version révisée de ce chapitre (voir A/CN.9/535, par. 8).

3. À sa trente-sixième session (2003), la Commission avait remercié les Groupes de travail V et VI des progrès réalisés pendant leur première session conjointe sur des questions d'intérêt commun et avait noté avec satisfaction qu'il était prévu de tenir d'autres réunions d'experts communes[2].

4. À sa quatrième session (Vienne, 8-12 septembre 2003), le Groupe de travail VI avait examiné la version révisée du chapitre IX (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6) et prié le secrétariat d'établir une nouvelle version révisée (voir A/CN.9/543, par. 15). À cette session, il avait relevé plusieurs questions liées au traitement des sûretés dans le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité (voir A/CN.9/543, par. 79 à 83). La Commission ayant demandé au Groupe de travail V d'achever l'élaboration du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité et de le lui présenter à sa trente-septième session, en 2004, pour mise en forme finale et adoption, il avait été proposé que les groupes de travail tiennent une deuxième session conjointe afin d'examiner plus avant les questions recensées par le Groupe de travail VI[3].

II. Organisation de la session

5. Les Groupes de travail V et VI, qui se composent de tous les États membres de la Commission, ont tenu leur deuxième session conjointe à New York, les 26 et 29 mars 2004. Ont participé à cette session des représentants des États membres suivants des groupes de travail: Allemagne, Autriche, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Inde, Italie, Japon, Mexique, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Soudan, Suède et Thaïlande.

6. Ont assisté à la session des observateurs des États suivants: Afrique du Sud, Argentine, Australie, Bélarus, Belgique, Danemark, Ghana, Irlande, Madagascar, Mongolie, Nigéria, Oman, Pays-Bas, Philippines, Pologne, Qatar, République de Corée, République tchèque, Saint-Siège, Suisse et Turquie.

7. Ont également participé à la session des observateurs des organisations internationales suivantes: a) organisations du système des Nations Unies: Banque mondiale, Fonds monétaire international (FMI), Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI); b) organisations intergouvernementales: Banque asiatique de développement, Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), International Association of Insolvency Regulators (IAIR); c) organisations non gouvernementales: American Bar Association (ABA), American Bar Foundation (ABF), Association européenne des étudiants en droit,

---

(A/57/17), par. 203.

[2] Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 217.

[3] Ibid., par. 197.

Association internationale du barreau, Centre for International Legal Studies (CILS), Chambre de commerce internationale (CCI), Commercial Finance Association, Groupe de réflexion sur l'insolvabilité (GRIP), INSOL International, Institut Max Planck de droit privé étranger et international, International Insolvency Institute (III), International Law Institute, International Working Group on European Insolvency Law et Union internationale des avocats (UIA).

8. Les groupes de travail ont élu le Bureau suivant:

Président: Alexander R. Markus (Suisse, à titre personnel)

Rapporteur: Carlos Sánchez-Mejorada y Velasco (Mexique)

9. Les groupes de travail étaient saisis d'une note du secrétariat intitulée "Traitement des sûretés réelles dans le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité" (A/CN.9/WG.V/WP.71); et du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.70, première et deuxième parties).

10. Les groupes de travail ont adopté l'ordre du jour suivant:

1. Élection du Bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Examen du traitement des sûretés réelles dans la procédure d'insolvabilité.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

III. Résumé des délibérations et décisions

11. Les groupes de travail ont examiné le traitement des sûretés réelles dans le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité (le "projet de guide") en se fondant sur le document A/CN.9/WG.V/WP.71, l'accent étant mis sur les questions posées au paragraphe 7 de ce document. Il est rendu compte ci-après de leurs décisions concernant ces questions.

IV. Examen du traitement des sûretés réelles dans la procédure d'insolvabilité

A. Application de l'arrêt des poursuites et des dispositions d'annulation aux actions visant à rendre une sûreté réelle opposable

12. À titre préliminaire, on a fait observer que si la recommandation 34 du projet de guide faisait expressément référence, dans la version anglaise, à la "perfection" des sûretés réelles (c'est-à-dire aux formalités visant à rendre une sûreté réelle opposable aux tiers), il n'y avait pas de discussion sur la "perfection" dans le commentaire dudit projet et il a été dit qu'une telle discussion pourrait utilement être ajoutée. On a fait observer aussi qu'il serait peut-être nécessaire de revoir

l'emploi du terme "perfection" et d'adopter une formulation plus générale, comme celle qui figure entre crochets à la recommandation 34 b) ("les actions visant à rendre des sûretés réelles opposables aux tiers") ou de faire référence aux exigences en matière de publicité.

13. Pour ce qui est de l'opportunité d'inclure la "perfection" dans le champ d'application de l'arrêt des poursuites, l'avis a été exprimé que si une loi autre que la loi sur l'insolvabilité prévoyait un certain délai ou un délai de grâce pour l'accomplissement des formalités nécessaires (ainsi qu'il est indiqué dans la note 35 relative au paragraphe 189 du document A/CN.9/WG.V/WP.70), il faudrait peut-être que ces délais soient reconnus par la loi sur l'insolvabilité, de manière que ces formalités puissent être accomplies après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, mais dans le délai de grâce spécifié. Lorsqu'une loi autre que la loi sur l'insolvabilité ne prévoyait pas de tels délais de grâce, l'arrêt des poursuites applicable après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité aurait pour effet d'empêcher la perfection. Cette approche a été largement soutenue. En outre, on a fait observer qu'il fallait faire une distinction entre la question de savoir si l'accomplissement de ces formalités dans le cadre de l'insolvabilité rendrait une sûreté opposable aux tiers et celle de savoir si ces formalités étaient ou non autorisées. Dans une loi, par exemple, une sûreté parfaite après l'ouverture n'aurait pas d'effet dans le cas d'une liquidation, mais pouvait en avoir un dans le cas d'un redressement. On a également fait observer que l'effet, dans le cadre de l'insolvabilité, pourrait dépendre de la nature des formalités à accomplir. Par exemple, lorsque la perfection exigeait une inscription, celle-ci pourrait être autorisée après l'ouverture de la procédure, mais il pouvait en aller autrement de la perfection qui s'accompagnait de la prise de possession d'un actif par le créancier garanti et qui de ce fait réduisait les actifs disponibles pour la masse.

14. En ce qui concerne l'application des dispositions d'annulation aux actions visant à rendre une sûreté réelle opposable, il a été convenu dans l'ensemble que ces actions devraient être susceptibles d'annulation de la même manière que d'autres actions examinées dans le chapitre sur l'annulation dans le projet de guide.

B. Détermination de la valeur économique des sûretés réelles (en particulier date devant servir de référence pour cette évaluation)

15. Il a été proposé d'inclure, dans l'analyse de l'évaluation qui est faite aux paragraphes 210 à 214 du projet de guide, un renvoi au chapitre sur la déclaration et la vérification des créances, car une déclaration précoce des créances garanties permettrait une détermination précoce de leur valeur, de la mesure dans laquelle ce sont des créances garanties et de l'opportunité de protéger ou non leur valeur.

16. On a exprimé la crainte que la recommandation 39 du projet de guide, telle qu'elle était actuellement rédigée, ne donne pas clairement de droit à la protection de la valeur économique de l'actif grevé, mais laisse au tribunal toute discrétion pour se prononcer sur ce point. On a insisté sur le fait que les créanciers garantis avaient besoin de savoir quelles seraient les répercussions de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur leurs intérêts et qu'il faudrait par conséquent énoncer clairement ces dernières dans la loi sur l'insolvabilité. En particulier, les créanciers garantis devraient savoir que, lorsque la valeur économique de l'actif grevé était

affectée par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, ils auraient droit à une forme ou à une autre de protection de la valeur de cet actif. On a aussi fait observer que la recommandation 39 se limitait aux situations dans lesquelles la valeur de l'actif n'excédait pas la valeur de la sûreté ou, s'il y avait érosion de la valeur, le créancier risquait de ne pas avoir de garantie suffisante, mais qu'elle n'abordait pas les cas dans lesquels le créancier avait une garantie excessive. Dans ce dernier cas, a-t-on suggéré, les créanciers pourraient aussi avoir droit à une protection, sous forme par exemple de versement d'un intérêt. On a répondu en soulignant qu'une loi sur l'insolvabilité devrait peser soigneusement les différents intérêts des parties à la procédure. On a fait valoir que si un intérêt était versé à un créancier bénéficiant d'une garantie excessive, ce dernier pourrait, par suite de la procédure d'insolvabilité, recevoir un avantage en plus de celui que lui conférait sa sûreté, et que cette formule ne pouvait être soutenue.

17. Après un débat, il a été convenu, comme principe général, que le projet de guide devrait préciser que les créanciers garantis devraient, lorsqu'ils en faisaient la demande au tribunal, avoir droit à une protection de la valeur des actifs grevés. En accordant cette protection, le tribunal serait libre de choisir parmi les mesures les plus appropriées prévues par la loi sur l'insolvabilité. Il a été convenu également que le concept d'érosion de la valeur devrait être limité à l'érosion due à la procédure d'insolvabilité, par exemple lorsque l'application de l'arrêt des poursuites empêchait le créancier garanti d'exercer ses voies de droit pour protéger la valeur d'un actif, ou lorsque l'utilisation d'un actif par le débiteur dans la procédure conduisait à une diminution de sa valeur.

C. Traitement des créanciers garantis dans une procédure de redressement lorsqu'ils s'opposent au plan de redressement ou s'abstiennent lors du vote sur ce plan

18. Un certain nombre d'avis ont été exprimés au sujet du traitement des créanciers garantis dans la procédure de redressement. En particulier, on a demandé si, par exemple, la recommandation 138 du projet de guide visait à s'appliquer à un membre opposant d'une classe de créanciers qui votaient en faveur d'un plan ou à une classe opposante de créanciers garantis; si les créanciers garantis étaient tenus de voter sur un plan qui lésait leurs intérêts; si les créanciers garantis pouvaient être liés par un plan auquel ils s'opposaient; et comment des actifs grevés pouvaient continuer d'être utilisés dans le redressement. On a noté que le texte du projet de guide contenait certains termes entre crochets et indiquait un certain nombre de points que le Groupe de travail V devait encore régler. On a suggéré que la discussion au sein de ce Groupe de travail tienne compte des questions soulevées à la session conjointe.

D. Dérogations à la règle du remboursement prioritaire des créanciers garantis

19. Les groupes de travail ont généralement approuvé le commentaire et les recommandations du projet de guide dans leur rédaction actuelle.

E. Traitement des accords de cession de rang

20. Un certain nombre de questions ont été posées à propos de la manière dont les accords de cession de rang seraient traités dans une procédure d'insolvabilité, et plus particulièrement au sujet du classement et du rang des créances déclassées. On a fait observer que ces questions risquaient d'être très complexes et que, les législations nationales adoptant des solutions différentes, il s'avérerait difficile de les traiter en détail dans le projet de guide. Il a été convenu, à titre de règle générale, que les accords de cession de rang devraient être respectés dans la procédure d'insolvabilité, à condition qu'ils n'octroient pas un rang de priorité plus élevé que celui qui serait normalement accordé par la loi applicable, et que le principe général de la reconnaissance dans la procédure des priorités antérieures à son ouverture s'appliquerait aussi aux priorités découlant de tels accords. On a précisé que la recommandation 174 du projet de guide ne devait s'appliquer qu'au déclassement d'une créance décidé par le tribunal et non au déclassement contractuel. Il a aussi été proposé de mentionner dans le projet de guide un troisième type de déclassement, à savoir celui découlant de l'effet de la loi.

F. Traitement des arrangements relatifs à la propriété

21. Les groupes de travail ont noté que le Groupe de travail VI ne s'était pas définitivement prononcé sur la question du classement des clauses de réserve de propriété mais qu'aux fins du projet de guide législatif sur les opérations garanties un transfert de propriété à titre de garantie devait être traité comme une sûreté. En réponse à la proposition de ne pas régler la question dans le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, il a été généralement convenu que le problème du classement n'avait pas à être résolu par la loi sur l'insolvabilité. Cette dernière devait toutefois indiquer dans le détail comment différents types d'arrangements seraient traités dans une procédure d'insolvabilité de sorte qu'il soit possible de déterminer le traitement à appliquer à une clause de réserve de propriété quel que soit son classement. On a fait remarquer que le projet de guide législatif dans sa rédaction actuelle (A/CN.9/WG.V/WP.71) indiquait de manière claire et concise le traitement à appliquer, en abordant entre autres aspects la constitution de la masse, l'application de l'arrêt des poursuites, la possibilité ou non d'inclure différents types d'arrangements dans un plan de redressement et les exigences à remplir pour poursuivre des contrats. Il a également été noté que les dispositions sur la loi applicable énoncées dans le document A/CN.9/WG.V/WP.72 étaient utiles pour tout examen du traitement à accorder aux arrangements relatifs à la propriété en cas d'insolvabilité, car la loi applicable à un conflit de priorité avec un créancier garanti ne pouvait différer de la loi applicable à un conflit de priorité avec un vendeur réservataire.

22. L'attention des participants a été attirée sur les indications fournies en réponse aux questions 36 à 39 du document A/CN.9/WG.V/WP.71 ainsi que sur le paragraphe 156 du projet de guide et la définition de la masse de l'insolvabilité, lesquels appelaient des éclaircissements. Il a été proposé d'insérer éventuellement dans cette définition une mention expresse des clauses de réserve de propriété dans un souci de sécurité, mais après un débat il a été convenu qu'une telle mention n'était pas nécessaire. Il a été noté que les termes employés dans le projet de guide

sur le droit de l'insolvabilité pouvaient avoir un sens plus large que celui généralement admis, en particulier le terme "actif" qui englobait aussi les droits réels, point qu'il fallait peut-être souligner dans le projet de guide.

I. Rapport du cinquième Colloque judiciaire CNUDCI-INSOL sur l'insolvabilité internationale (2003)

(A/CN.9/554) [Original: Anglais]

1. La présente note rend compte des discussions et conclusions du cinquième Colloque judiciaire multinational sur l'insolvabilité internationale, que le secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et INSOL (Fédération internationale des professionnels de l'insolvabilité) ont organisé à Las Vegas (États-Unis d'Amérique) du 21 au 23 septembre 2003[1].

2. Ce colloque a réuni plus de 32 juges et fonctionnaires de 27 pays, qui, de par leur appartenance à différents systèmes juridiques, représentaient un large éventail de pratiques et de ponts de vue. Les participants ont entendu un rapport sur les progrès accomplis dans l'adoption de la Loi type, un rapport sur les travaux en cours au niveau international sur le droit de l'insolvabilité, y compris le projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, les Principes et directives de la Banque mondiale et le Forum mondial des juges sur l'insolvabilité et l'exécution en matière commerciale. Ils ont également examiné le rôle du tribunal dans le redressement, le renforcement des capacités judiciaires et le Règlement du Conseil de l'Union européenne relatif aux procédures d'insolvabilité.

Conclusions

3. Les participants ont exprimé l'espoir que les travaux menés actuellement par les organisations internationales pour réformer le droit de l'insolvabilité conduiraient dans l'avenir à de meilleures lois sur l'insolvabilité et à de meilleurs cadres institutionnels, ainsi qu'à l'adoption de la Loi type de la CNUDCI par des pays plus nombreux. Ils ont été d'accord sur les avantages qu'il y avait à faire mieux comprendre les difficultés que comportaient les questions d'insolvabilité, en particulier celles qui avaient des incidences internationales, et les diverses méthodes modernes mises au point pour les traiter avec efficacité et efficience, non seulement en formant les juges, les conseillers juridiques et les auxiliaires de justice, mais aussi en facilitant la coordination et la coopération entre tribunaux, juges et autres intervenants dans une procédure d'insolvabilité. Ils ont reconnu l'utilité de poursuivre le dialogue sur ces questions et le rôle important qui revenait au Colloque pour l'échange des points de vue et des expériences. Il a été indiqué que les diverses organisations internationales s'occupant de la réforme du droit de l'insolvabilité, dont la CNUDCI, pouvaient contribuer à ce processus en publiant, de préférence sur l'Internet, les informations et les documents pertinents disponibles. On notera qu'il est prévu d'organiser le sixième Colloque judiciaire CNUDCI-INSOL sur l'insolvabilité internationale à Sydney (Australie) en mars 2005.

---

[1] Le texte intégral de la session d'évaluation du colloque judiciaire est disponible en anglais sur le site Web de la CNUDCI (www.uncitral.org), sous *News and meetings/papers and programs from previous colloquia held in conjunction with the work of UNCITRAL/Insolvency/ UNCITRAL/INSOL Fifth Multinational Judicial Colloquium, 2003.*

Rapports d'avancement

4. Un rapport a été présenté sur les progrès de l'adoption de la Loi type, aussi bien dans les pays qui l'avaient déjà incorporée dans leur législation que de ceux qui envisageaient activement de l'adopter. On a noté que la question de la réciprocité continuait de poser des difficultés dans certains pays, et il y a eu un débat sur les avantages et les inconvénients de l'inclusion d'une telle disposition dans la législation. On a fait observer que dans certains pays la tradition juridique avait une forte influence sur la question. On s'est néanmoins accordé sur le fait que la nécessité de faire preuve de réciprocité risquait de compliquer une coopération rapide et facile entre les tribunaux de différents pays, de sorte qu'en principe une telle exigence risquait d'être en contradiction avec un objectif fondamental de la Loi type.

5. Il a également été rendu compte de l'avancement des travaux de la CNUDCI concernant le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité et des travaux de la Banque mondiale sur les Principes et directives pour des systèmes efficaces d'insolvabilité et de droits des créanciers. Il a été noté qu'en juillet 2003 la Commission avait approuvé en principe les orientations du projet de Guide, et qu'elle devait donner son approbation finale en juin 2004. Pour ce qui est des Principes et directives de la Banque mondiale, ils faisaient actuellement l'objet d'un processus d'examen destiné à incorporer des explications et des ajouts, à la lumière des enseignements et de l'expérience tirés du programme pilote d'évaluations de la Banque, ainsi que d'une consultation plus approfondie avec la communauté internationale. On a fait observer aussi que la Banque mondiale et la CNUDCI ont collaboré étroitement pour assurer la cohérence au niveau des principes.

6. Enfin, un rapport a été présenté sur le Forum mondial des juges sur l'insolvabilité et l'exécution en matière commerciale, tenu en mai 2003 à l'Université Pepperdine (Malibu, Californie), avec le parrainage de la Banque mondiale. L'objet du Forum, auquel ont participé plus de 100 juges de 65 pays, était de débattre de l'application de normes internationales et de pratiques efficaces pour l'exécution en matière commerciale et d'aider la Banque mondiale à recueillir des informations pertinentes en vue de l'élaboration de stratégies permettant de relever le défi du renforcement des capacités institutionnelles au cours des dix prochaines années.

Rôle des tribunaux dans le redressement

7. Des juges de plusieurs pays ont participé à un débat public sur les différents rôles que pouvaient jouer les tribunaux dans le redressement. Il est ressorti clairement de la discussion que les tâches assignées aux tribunaux ayant compétence en la matière variaient selon les choix du pouvoir législatif de l'État concerné. Ces choix déterminaient le degré de connaissances spécialisées exigées des juges siégeant dans ces tribunaux, et une comparaison a montré qu'il leur était demandé d'exercer des niveaux de supervision extrêmement différents. Dans certains pays, il leur fallait se prononcer sur le devenir d'une entreprise en se fondant sur des témoignages d'experts et déterminer, par exemple, si la forme et le contenu d'un plan de redressement répondaient à certains critères légaux, y compris si le plan était réalisable, du point de vue tant économique que commercial. Dans d'autres pays, la question était laissée à l'appréciation de l'administrateur proposé du plan ou

aux créanciers, et les juges devaient exercer une fonction de supervision, vérifier la forme de la procédure et le processus de ratification du plan par les créanciers.

8. Les participants ont convenu que l'aptitude du tribunal à se prononcer sur la question du sort de l'entreprise dépendait dans une très large mesure de la présence de juges spécialisés et des avocats spécialisés qui travaillaient avec eux. Il a été noté que de nombreux pays, en particulier des petits pays et des pays en développement, n'avaient pas toujours l'infrastructure appropriée. Souvent ces pays n'avaient pas les moyens de se doter, et pouvaient même ne pas disposer du tout, du personnel susceptible de travailler de cette manière, si bien qu'il fallait trouver d'autres approches. Il a été reconnu aussi que la nécessité d'avoir des compétences différentes entraînait des besoins de formation différents. Plus il était nécessaire d'évaluer les questions concernant le sort de l'entreprise, plus il était nécessaire que les juges comprennent l'économie des entreprises viables. Faire une évaluation prospective de la faisabilité économique probable d'un plan avait peu à voir avec le rôle traditionnel du juge, qui consistait à déterminer si un acte accompli dans le passé par un individu particulier se situait à l'intérieur d'un éventail d'options raisonnables au regard d'une norme générale.

Faciliter le renforcement des capacités judiciaires

9. On a souligné que l'aptitude à traiter une affaire internationale et à coopérer exigeait des juges un rôle allant au-delà de celui qui leur serait demandé dans une affaire d'insolvabilité purement nationale – à savoir qu'ils devaient comprendre que la procédure menée dans leur pays devait tenir compte de la procédure étrangère et être le plus possible harmonisée avec elle. Comme pour le rôle des tribunaux dans le redressement, il était fort possible que, dans un pays donné, le droit procédural et le droit matériel reflètent des principes différents des principes applicables au régime de l'insolvabilité dans les autres pays. Il a été reconnu que, pour éviter les problèmes dans la conduite des affaires d'insolvabilité internationale, les juges trouveront de plus en plus nécessaire de connaître l'environnement culturel, la situation économique et le contexte historique de l'autre pays et, à cette fin, d'acquérir les connaissances requises selon des modalités diverses et sur une base continue.

10. Les participants ont identifié un certain nombre de ces modalités, par exemple: des programmes d'initiation et des programmes de recyclage permanent; des discussions plus informelles mais peut-être tenues plus régulièrement et des réunions d'actualisation pour les juges qui seraient saisis d'affaires d'insolvabilité; des déclarations de pratique ("practice statements"), sur la base de l'expérience acquise à l'occasion d'affaires antérieures; facilité d'accès à la documentation existante sur le sujet; et visites d'échanges, ce qui pouvait être particulièrement utile lorsque les pays concernés avaient une approche très voisine.

11. Pour ce qui est de la communication d'informations et de la documentation pertinente, il a été dit que le site Web de la CNUDCI pouvait jouer un rôle utile en donnant des commentaires directs et indirects sur les sujets abordés et en établissant des liens avec d'autres sites, comme ceux d'INSOL, de la Banque mondiale, de l'Association internationale du barreau (Comité J), de l'International Insolvency Institute, et d'autres. Il a été reconnu que chacune de ces organisations s'efforce d'apporter des éléments pour la mise en place d'un régime de l'insolvabilité efficient et efficace aux niveaux national et international.

12. Les participants ont été d'avis dans l'ensemble que la meilleure formation était celle qui était facilement acceptée et, en fait, recherchée, par ceux qui en avaient besoin, en pleine connaissance de cause. Pour faciliter l'élaboration ainsi que l'exécution de programmes de formation appropriés, il a été suggéré de faire une enquête sur les besoins des juges en la matière et sur les méthodes qui avaient leur préférence, et de demander à ceux qui, dans d'autres pays, avaient suivi une formation, d'évaluer son utilité. Outre les juges, on a noté qu'une meilleure formation des avocats spécialistes de l'insolvabilité et des praticiens de l'insolvabilité était indispensable pour traiter les affaires d'insolvabilité internationale rapidement et de manière coordonnée.

13. Les participants ont également discuté des moyens d'améliorer la coordination et la coopération dans les affaires d'insolvabilité internationale, et un certain nombre de juges ont donné des exemples, avec les résultats obtenus. Il a été noté que les tribunaux, traditionnellement, coopéraient entre eux et qu'il y avait toujours eu une forme ou une autre de communication entre les juges de différents pays, mais les méthodes n'étaient plus adaptées, étant donné les types d'affaires rencontrées et la rapidité avec laquelle il fallait résoudre les problèmes. On a fait observer que certains pays, du fait de l'intégration de leurs économies et de la similitude de leurs systèmes juridiques, avaient connu, au cours de la dernière décennie, de nombreuses affaires internationales ayant donné lieu à des communications entre juges. Cela les a conduit à mettre au point des procédures appropriées, et à mesure que l'expérience s'accumulera, il est probable que ces procédures se banaliseront. Parmi les pays qui ont procédé de la sorte on peut citer les Bermudes, le Canada, les Îles Caïmans, Israël, la Suisse, le Royaume-Uni et les États-Unis d'Amérique. Un thème important a porté sur les moyens d'exercer la coopération judiciaire et de s'attaquer aux questions légales et éthiques, telles que les droits des parties d'être informées de la communication entre les juges et d'y participer, la nécessité de consentir à une telle communication et les droits des parties en cas de désaccord. On a indiqué que l'un des enseignements que l'on pouvait tirer de la discussion était la nécessité d'examiner si l'observateur objectif informé pourrait conclure que la procédure adoptée était raisonnable et utile dans tous les cas d'espèce et ne portait pas atteinte à un intérêt légitime d'une partie.

14. Un certain nombre de juges ont toutefois fait observer que l'adoption de telles procédures se heurtait à d'importants obstacles dans les pays de droit romain. Pour l'essentiel, le problème était que de telles communications directes n'étaient pas autorisées, mais qu'il faudrait continuer de recourir à des méthodes inefficaces telles que les commissions rogatoires. Un certain nombre de juges sont convenus que c'était là l'une des raisons impérieuses d'adopter la Loi type de la CNUDCI pour permettre et faciliter la coopération et la communication directes entre les tribunaux. D'autres juges ont évoqué les problèmes découlant des règlements des tribunaux qui pourraient empêcher une telle coopération et communication. Il a été largement convenu qu'il était extrêmement important de poursuivre le dialogue sur ces questions.

J. Projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité: compilation des commentaires d'organisations internationales

(A/CN.9/558 et A/CN.9/558/Add.1) [Original: Anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Page

I. Introduction . . . .

II. Compilation des commentaires . . . .

Organisations internationales . . . .

Commission européenne – Direction générale de la justice et des affaires intérieures . . . .

Banque européenne pour la reconstruction et le développement . . . .

Organisation internationale du Travail . . . .

Département juridique du Fonds monétaire international . . . .

I. Introduction

1. Le texte du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, tel qu'il a été approuvé en principe par la CNUDCI à sa trente-sixième session en 2003 et par le Groupe de travail en septembre 2003, a été distribué à tous les États et aux organisations internationales intéressées afin qu'ils fassent part de leurs observations en vue de la trente-septième session de la Commission. Les commentaires reçus au 26 mars 2004 qui ont directement trait au contenu du projet de guide sont reproduits ci-dessous.

II. Compilation des commentaires

Organisations internationales

Commission européenne

Direction générale de la justice et des affaires intérieures

[Original: Anglais]

Tout d'abord, le projet de guide indique qu'il servira de référence pour l'élaboration de textes de loi mais ne donne pas un ensemble unique de solutions. Au lieu de cela, il tente, dans les recommandations figurant à la fin de chaque section, d'établir un équilibre entre les différents objectifs de la loi sur

l'insolvabilité – par exemple entre universalité et territorialité de la procédure, entre liquidation et redressement, entre régime favorable aux créanciers et régime favorable aux débiteurs, entre créances garanties et créances ordinaires. Ce faisant, il semble réfuter tout besoin d'harmonisation, par exemple, au moyen d'un instrument international contraignant. Lorsqu'elles abordent des problèmes précis de droit matériel de l'insolvabilité, les recommandations concernant la législation pourraient constituer une solution pragmatique, vu qu'il est difficile de trouver une approche commune sur des questions qui ont été traitées différemment par les systèmes judiciaires nationaux. Toutefois, lorsque les règles de compétence et de conflit de lois peuvent s'appliquer à des affaires d'insolvabilité transfrontalière, il faut s'assurer qu'elles sont compatibles d'un pays à l'autre.

Aussi le projet de guide renvoie-t-il à des instruments de droit international privé existants, tels que la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et le Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Il mentionne en particulier la définition de centre des intérêts principaux du débiteur et celle d'établissement – deux critères pris en compte pour l'ouverture d'une procédure. On constate toutefois un manque de cohérence entre le paragraphe 99 ("en particulier lorsqu'ils sont d'un pays étranger, il faudrait indiquer clairement dans la loi quels tribunaux sont compétents pour quelles fonctions") et la note de bas de page 8 ("La présente recommandation est censée indiquer les motifs minimums et non exclusifs de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Il peut être fait état d'autres motifs, tels que la présence d'actifs, dans certains pays"). Le maintien du critère des actifs ne nous paraît pas justifié. Nous ne voulons pas dire par là que ce critère ne doit pas être pris en compte mais que, s'il l'est, il devrait être mentionné dans la recommandation. Si ce critère n'est pas utilisé ou n'est pas satisfaisant – voir le paragraphe 98 qui indique que "la présence d'actifs risque par conséquent de poser des problèmes de conflit de juridictions, notamment l'éventualité de l'ouverture de procédures multiples, et des questions de coordination entre ces procédures et de coopération entre les États" –, nous ne voyons pas très bien ce qui est recommandé ici.

D'autre part, à propos des formalités de déclaration des créances étrangères, il est utile de mentionner dans la recommandation 18 (p. 72), au paragraphe 583 (p. 235) et dans la recommandation 158 (p. 244), les dispositions des articles 40 à 42 du Règlement (CE) n° 1346/2000 relatifs à l'information des créanciers.

S'agissant du paragraphe 161 (p. 75) commençant par "Dans d'autres lois, la procédure d'insolvabilité est sans incidence sur les sûretés et les créanciers garantis peuvent agir pour obtenir l'exécution de leurs droits légaux et contractuels", il est à noter que ce principe est prévu dans un contexte transfrontalier par l'article 5 du Règlement.

Au paragraphe 166 (p. 77), il serait utile de faire référence à la solution adoptée dans le Règlement, qui repose sur le principe d'une procédure de portée universelle mais préserve également la possibilité d'ouvrir des procédures secondaires dont les effets sont limités au territoire de l'État membre concerné. Les décisions étrangères sont reconnues automatiquement et des règles spéciales sont prévues pour la coordination entre les syndics.

Pour ce qui est des paragraphes 324 et 325 et de la recommandation 74 (p. 145) concernant les "sûretés", il est utile de mentionner l'article 8 de la

Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, adoptée le 13 décembre 2002.

En ce qui concerne les créances prioritaires, le paragraphe 632 (p. 251) indique que cette question peut être particulièrement problématique dans les affaires d'insolvabilité transnationale. Le projet de guide fait référence à la Loi type de la CNUDCI mais il pourrait aussi décrire brièvement l'approche équilibrée suivie par l'Union européenne dans l'article 4.2 i) du Règlement – à savoir que le rang des créances est déterminé par la loi de l'État d'ouverture de la procédure (principale ou secondaire).

Enfin, à propos du délicat problème de l'insolvabilité des groupes de sociétés, la Section C (p. 255 à 258), préconise une conception extensive de l'insolvabilité de manière à englober également lesdits groupes, tout en soulignant les inconvénients de cette conception. Au sein de l'Union européenne, l'approche fondée sur les "groupes de sociétés" (qui fait appel à des critères économiques) et celle fondée sur la "constitution de la société" (qui prend en compte l'État où se trouve le siège social) sont toutes deux représentées. En fait, le nouveau Règlement ne prévoit pas de traitement "consolidé" des sociétés d'un même groupe. Cela étant, certaines décisions contradictoires prises par des juridictions nationales montrent qu'il est difficile d'appliquer des critères communs dans la pratique.

Banque européenne pour la reconstruction et le développement[1]

[Original: Anglais]

Observations générales

Avant de faire part de ses commentaires ci-après, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) souligne l'importance de l'insolvabilité pour les pays en transition d'Europe orientale et d'Asie centrale et informe la Commission que, dans le cadre des travaux qu'elle poursuit dans ce domaine, elle consacrera cette année sa nouvelle enquête sur les indicateurs juridiques à l'insolvabilité. Cette enquête visera à mesurer l'efficacité pratique des régimes d'insolvabilité dans les pays où la Banque opère, ce qui permettra à celle-ci de déterminer les principaux points forts et points faibles de ces régimes. La BERD note également la complémentarité entre ses propres travaux, qui mettent essentiellement l'accent sur les avantages économiques pouvant découler de l'adoption de lois efficaces et transparentes en matière d'insolvabilité, et ceux de la CNUDCI. Elle constate, à la lecture du Guide que celui-ci concourt à la réalisation de ces objectifs et énonce des recommandations claires qui seraient utiles pour les pays de droit civil et les pays de *common law* ayant des économies développées ou en développement.

Observations particulières

Le paragraphe 126 indique qu'il n'y a pas de consensus en ce qui concerne la faculté pour un créancier de demander l'ouverture d'une procédure de redressement. Nous sommes d'avis que cette faculté est indispensable, non seulement en cas de démission de la direction de la société débitrice mais également parce que les créanciers souhaiteront peut-être naturellement exercer un certain contrôle sur la

[1] Les commentaires ci-après n'ont pas été revus par la direction de la BERD.

procédure d'insolvabilité. Comme le souligne le Guide, la plupart des régimes autorisent les créanciers à demander l'ouverture d'une procédure de liquidation. Si la possibilité d'engager une procédure de redressement leur est également ouverte, en d'autres termes si les créanciers peuvent à la fois mettre en route et "conduire" la procédure, nous pensons qu'ils seront plus disposés à accepter le redressement. Cela est particulièrement vrai dans les régimes où la partie demandant l'ouverture de la procédure a la faculté de sélectionner l'administrateur de l'insolvabilité. Les créanciers seront bien plus enclins à appuyer un redressement s'ils peuvent faire en sorte que "leur" administrateur de l'insolvabilité soit aux commandes.

Le paragraphe 142 traite de la notification devant être adressée en cas de dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure. Le Guide laisse entendre que, dans certains cas, le débiteur n'aura peut-être pas besoin de notifier une telle demande aux créanciers. Si une telle dispense de notification peut se justifier dans certaines circonstances, il faut également tenir compte des problèmes découlant de certains régimes d'insolvabilité qui font primer les dépenses de l'administrateur de l'insolvabilité sur les droits réels des créanciers garantis. Lorsque la loi prévoit de telles dispositions, nous estimons que les créanciers garantis devraient être fondés à recevoir notification des demandes d'ouverture et, à défaut de notification, que les dépenses de l'administrateur de l'insolvabilité ne peuvent pas être prioritaires sur les droits de ces créanciers. Si des dispositions sur la notification ne peuvent être mises en pratique dans certains régimes juridiques, nous proposons de prévoir une disposition qui fasse obligation à l'administrateur de l'insolvabilité de signifier les jugements d'ouverture à tous les créanciers garantis dans un délai raisonnable et qui autorise expressément ces créanciers à demander une modification des modalités prévues dans ces jugements concernant les dépenses.

Le paragraphe 143 traite de la notification que les créanciers doivent adresser au débiteur lorsqu'ils engagent une procédure mais n'indique pas comment ceux-ci doivent, le cas échéant, aviser les autres créanciers. Nous ne savons pas si cette omission est intentionnelle. Pour les motifs exposés au paragraphe précédent, sauf lorsque des situations exceptionnelles d'urgence ne le permettent pas, les créanciers demandant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité devraient envoyer une notification à tous les créanciers garantis connus.

Le paragraphe 324 laisse entendre que les sûretés octroyées par le débiteur aux créanciers en contrepartie d'une prestation autre que de "nouveaux fonds qui lui sont avancés" sont susceptibles d'annulation en vertu de la loi sur l'insolvabilité. On suppose donc ici que lorsque de "nouveaux fonds" sont avancés, l'opération ne sera pas annulable. Nous pensons que le Groupe de travail pourrait développer ce point en précisant que l'opération sera préservée non pas simplement par l'apport de "nouveaux fonds" mais plutôt par l'octroi de toute nouvelle contrepartie en vertu du système juridique applicable. Cette distinction est importante dans le cadre, par exemple, des accords de renonciation conclus par les prêteurs. Lorsqu'un prêteur accepte de ne pas faire exécuter ses droits en vertu d'une convention de prêt, une telle renonciation peut être une contrepartie valable dans de nombreux systèmes juridiques et, de ce fait, devrait protéger toute nouvelle sûreté consentie en échange. En effet, le prêteur n'aura peut-être pas injecté de nouveaux fonds, mais il aura apporté une contrepartie valable à l'octroi d'une nouvelle sûreté.

Le paragraphe 402 indique que la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier le degré de relation entre le débiteur et l'administrateur de l'insolvabilité qui pourra

donner lieu à un conflit d'intérêts. Nous souscrivons sans réserve à ce principe car des dispositions dans ce sens favorisent une plus grande transparence de la procédure d'insolvabilité. Nous pensons que le Groupe de travail pourrait envisager d'aller bien plus loin en recommandant que certaines relations soient strictement interdites. Par exemple, il ne conviendrait peut-être pas de nommer au poste d'administrateur de l'insolvabilité (fonction souvent exercée par un cabinet d'experts-comptables) un ancien commissaire aux comptes de la société débitrice. Cette relation étroite peut générer de nombreux conflits, notamment mais pas uniquement, comme dans le célèbre "cas Enron" où non seulement d'anciennes pratiques comptables mais également le commissaire aux comptes ont en fait précipité l'insolvabilité du débiteur. Dans ce cas, un administrateur de l'insolvabilité indépendant peut être chargé d'assigner les responsables au nom des créanciers et se trouverait évidemment dans une situation de conflit si sa propre entreprise figurait parmi ces responsables.

Organisation internationale du Travail

[Original: Anglais]

Le Bureau international du Travail (BIT) a suivi avec intérêt les travaux du Groupe de travail V de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité et souhaite faire part des observations ci-après sur le document A/CN.9/WG.V/WP.70 (première et deuxième parties) en vue de la finalisation et de l'adoption prochaines du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité.

S'agissant des principaux objectifs d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective, énumérés dans la première partie du Guide législatif, le BIT ne saurait approuver le texte de l'objectif numéro 8 qui figure au paragraphe 21 (p. 15) du projet. Le texte indique que "dans toute la mesure possible, ce classement devrait être établi 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" et propose en conséquence d'"éviter d'accorder la priorité à des créances qui ne sont pas fondées sur des accords commerciaux". Le BIT voit là une façon tendancieuse d'exprimer l'objectif, qui consiste à établir des règles claires pour le classement des créances prioritaires. Le texte préconise clairement de donner la priorité aux prêteurs ou aux créanciers institutionnels, au détriment essentiellement des salariés dont le travail est néanmoins indispensable à toute entreprise pour être solvable.

Les prêteurs prélèvent des intérêts sur les prêts qu'ils accordent aux débiteurs, dans lesquels le facteur risque est implicitement pris en compte. Le non-remboursement est un risque commercial auquel s'exposent normalement tous les prêteurs. De fait, ceux-ci imposent des taux d'intérêt différents selon le niveau de risque que chaque client représente pour eux. Si, en dépit du risque, ils acceptent d'avancer de l'argent, ils devraient aussi en principe accepter les pertes lorsque leur client devient insolvable. En revanche, en vertu d'un principe fondamental du droit du travail, les travailleurs ne partagent pas le risque commercial de leur employeur. L'approche adoptée dans le projet de guide législatif signifie donc ni plus ni moins que le risque commercial des prêteurs et des entrepreneurs retombe sur les épaules des travailleurs. Si tel est sans doute le point de vue des rédacteurs du Guide, il n'en reste pas moins que la plupart des pays ont décidé de privilégier les créances des

salariés en cas d'insolvabilité de leur employeur. Attendu que 95 pays sont à ce jour parties à la Convention de l'OIT sur la protection du salaire de 1949 (n° 95), dont l'article 11 fait obligation aux Membres de traiter les travailleurs comme des créanciers privilégiés en cas de liquidation judiciaire ou de faillite de l'entreprise, le BIT pense que ces pays ne sauraient souscrire à la proposition de la CNUDCI à moins qu'ils ne dénoncent les obligations internationales par lesquelles ils sont liés.

Pour ce qui est de la deuxième partie du Guide législatif, qui traite des dispositions essentielles d'une loi efficace et effective sur l'insolvabilité, l'OIT conteste le point de vue exprimé au paragraphe 629, selon lequel "certaines priorités sont motivées par des préoccupations sociales auxquelles il peut être plus facile de répondre dans d'autres lois, 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" car "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". Le danger est que, dans le but de faciliter la viabilité d'une entreprise insolvable et d'alléger la procédure d'insolvabilité pour les créanciers garantis et les professionnels de l'insolvabilité, le Guide non seulement ne se soucie guère des paramètres sociaux de l'insolvabilité et de la liquidation mais laisse aussi clairement entendre que tous les aspects concernant la protection sociale des travailleurs en cas d'insolvabilité d'un employeur devraient être exclus du champ d'application de la loi sur l'insolvabilité. Le BIT doute sérieusement du bien-fondé de l'avis exprimé dans le projet de guide selon lequel la loi sur l'insolvabilité ne devrait pas avoir pour objet de répondre à des préoccupations sociales. Dans sa rédaction actuelle, le Guide donne l'impression inquiétante d'avoir pour véritable intention de démanteler le système de privilèges accordés aux créances salariales, en dépit de son application quasiment universelle, afin de mieux protéger les intérêts des créanciers institutionnels, d'autant plus qu'il ne propose apparemment pas de solution de remplacement valable et facilement applicable à ce système, puisque les institutions de garantie des salaires, qu'il mentionne brièvement, sont à vrai dire "des arrangements de pays riches" et sont très difficiles à mettre en place et à faire fonctionner dans les pays en développement.

De plus, le BIT considère que les paragraphes 633 et 634 (p. 251) ne rendent pas suffisamment compte de la pratique internationale, qui reconnaît très largement la nécessité d'accorder une protection spéciale aux créances salariales et octroie à ces créances un rang de priorité supérieur à la plupart des autres créances privilégiées. Le fait que le projet de texte ne mentionne pas les pays où les créances salariales bénéficient d'un "superprivilège" primant toutes les autres créances, y compris les créances garanties (à cet égard, la définition du terme "superprivilège" dans la partie introductive du Guide est incorrecte et doit être reformulée) est révélateur. Le BIT a eu l'occasion de soumettre pour ces deux paragraphes des variantes qui décrivaient plus fidèlement l'état du droit et de la pratique dans la plupart des pays, mais aucune de ses propositions ne semble avoir été retenue. Il souhaite mentionner à nouveau l'Étude d'ensemble des rapports concernant la Convention (n° 95) sur la protection du salaire de 1949 réalisée en 2003 par la Commission d'experts de l'OIT pour l'application des conventions et recommandations, dont les paragraphes 298 à 353 analysent dans le détail les lois

nationales en matière de protection des créances salariales liées aux services rendus [copie jointe avec commentaires].

En outre, la recommandation 174 (p. 254), dans sa rédaction actuelle, laisse apparemment entendre que les créances salariales doivent être regroupées avec toutes les autres créances privilégiées dans une seule et même classe de créances prioritaires et qu'elles peuvent être remboursées proportionnellement (et non intégralement) en cas d'insuffisance d'actifs. Ce point de vue reflète la pratique d'un nombre limité de pays appartenant à la famille de la *common law* mais est loin d'être largement accepté. En fait, dans la grande majorité des pays, les créances salariales constituent une classe distincte de créances privilégiées et priment les créances de l'État et celles de la sécurité sociale. D'ailleurs, cette opinion dominante a trouvé son expression dans l'article 8-1 de la Convention de l'OIT sur la protection des créances des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur de 1992 (n° 173), qui fait obligation aux États membres de 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.

Dans l'ensemble, le BIT pense que les travaux actuellement réalisés par le Groupe de travail V de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité touchent de très près son propre programme visant à promouvoir un travail décent, voire à certains égards s'opposent directement aux objectifs et priorités de l'Organisation. Il a l'intention de continuer à suivre attentivement les discussions du Groupe de travail pour s'assurer que les concepts et principes fondamentaux des instruments de l'OIT relatifs au droit des faillites et de l'insolvabilité ne soient pas mis à mal sans la moindre critique. Comme la Commission d'experts de l'OIT l'a déclaré au paragraphe 505 (p. 308) de l'Étude d'ensemble susmentionnée, "il serait inadmissible qu'une initiative visant à rendre plus efficace la législation concernant l'insolvabilité aboutisse à rendre cette législation indifférente aux considérations sociales. La qualification des salaires et droits connexes des salariés en dettes privilégiées est la pierre angulaire de la législation du travail de pratiquement tous les pays et la Commission tient fortement à mettre en garde contre la tentation de remettre en question un tel principe sans proposer en lieu et place un dispositif qui soit non moins protecteur, tel qu'un fonds de garantie du salaire ou un système d'assurance ayant une source de financement distinct pour assurer le règlement des créances salariales".

Département juridique du Fonds monétaire international

[Original: Anglais]

1. Présentation générale

Le Département juridique du Fonds monétaire international (FMI) souhaiterait encore faire des commentaires sur certains aspects essentiels des développements du Guide consacrés aux questions de redressement, ainsi que sur d'autres sections. La présente note aborde tout d'abord le redressement puis les autres chapitres dans l'ordre où ils apparaissent dans le Guide.

2. Procédure de redressement

Comme nous l'avons fait observer dans de précédents commentaires, nous sommes principalement préoccupés par les dispositions régissant le vote et

l'approbation par les créanciers des plans de redressement. Nous tenons à souligner que les présents commentaires ne visent pas à modifier l'orientation générale du Guide mais plutôt à examiner comment ce dernier pourrait préciser et analyser davantage les différentes options qui s'offrent dans ce domaine essentiel.

Premièrement, il faut indiquer explicitement dans le commentaire et les recommandations que si un plan de redressement risque d'avoir une incidence sur les droits des créanciers garantis ou d'autres créanciers prioritaires, ceux-ci doivent alors dans tous les cas voter séparément des créanciers chirographaires dans des classes distinctes les unes des autres. Dans sa rédaction actuelle, le Guide n'exclut pas la possibilité d'appliquer un plan à des créanciers prioritaires, mais ne dit pas non plus expressément que ces créanciers doivent en tout état de cause voter dans des classes séparées. De ce fait, il pourrait être interprété comme autorisant des arrangements dans lesquels les créanciers garantis et d'autres créanciers prioritaires pourraient être obligés de voter avec les créanciers chirographaires, ce qui risquerait d'affaiblir sensiblement – si ce n'est d'annihiler purement et simplement – les droits des créanciers prioritaires et d'avoir des répercussions notamment sur la disponibilité, le coût et d'autres modalités du crédit dans les pays appliquant de tels arrangements. Pour répondre à cette préoccupation, on pourrait indiquer que les créanciers garantis et les créanciers prioritaires doivent en tout état de cause voter dans des classes distinctes dans les recommandations 130 et 133 ainsi que dans la troisième phrase du paragraphe 515 du commentaire[2].

Deuxièmement, le Guide doit préciser et examiner plus systématiquement les mesures de protection minimales qu'une loi devrait accorder aux créanciers opposants qui sont soumis à un plan de redressement (que ce soit les membres minoritaires d'une classe approuvant le plan ou les membres d'une classe opposante à qui le plan est imposé). Le commentaire mentionne succinctement divers types de protection (règle de la valeur liquidative minimale, règle de la préférence absolue, etc.) mais n'examine pas la question de façon systématique et ne donne aucune précision sur les mesures de protection minimales dont doivent bénéficier les créanciers opposants pour qu'un plan soit acceptable. Au contraire, les développements sur ce point semblent incomplets et discontinus[3].

---

[2] Le paragraphe 515 pourrait être modifié comme suit (les ajouts sont soulignés): "Adopter une approche permettant aux créanciers garantis et aux créanciers prioritaires de voter en tant que catégorie distincte c'est apporter la garantie minimale qu'ils bénéficieront d'une protection adéquate et reconnaître que les droits et intérêts respectifs des créanciers garantis et des créanciers prioritaires diffèrent de ceux des créanciers chirographaires".

[3] Par exemple, la première phrase du paragraphe 508 indique seulement qu'il "pourra être nécessaire" d'assurer la protection des créanciers opposants; et le paragraphe 532 dit uniquement que les lois prévoyant un mécanisme d'adhésion forcée énoncent "généralement" des conditions qui visent à protéger les créanciers (sans préciser toutefois quelles dispositions sont appropriées dans quels cas). De même, la recommandation 134 dispose simplement que la loi devrait examiner "le traitement" à réserver aux classes opposantes lorsque l'approbation de l'ensemble des classes n'est pas nécessaire; la recommandation 137 prévoit la possibilité de continuer à utiliser les actifs grevés contre la volonté du créancier garanti sans proposer de mesures concrètes de protection; et la recommandation 138 n'explique pas ce qu'il faut entendre par traitement "juste et équitable" des créanciers aux fins de l'homologation du plan (en dépit du fait que très peu de lecteurs en dehors des États-Unis connaissent probablement l'interprétation associée à cette expression dans le droit américain).

Troisièmement, alors que la question est examinée en détail dans le commentaire, les recommandations ne semblent pas mentionner la possibilité de subdiviser les créanciers chirographaires en classes à des fins de vote[4]. Comme le souligne le commentaire, la répartition des créanciers chirographaires en différentes classes, bien que potentiellement complexe, peut dans certains cas être un moyen crucial d'assurer l'approbation d'un plan de redressement par les créanciers. On pourrait donc très utilement modifier les recommandations afin d'y préciser que la loi devrait également prévoir la possibilité de subdiviser les créanciers chirographaires en plusieurs classes.

Quatrièmement, hormis les questions de vote et d'approbation du plan examinées ci-dessus, la faculté (évoquée aux paragraphes 535 et 538) pour un tribunal de rejeter ou de ne pas homologuer un plan pour des raisons de "non-faisabilité" économique est un autre sujet de préoccupation. L'exemple de "non-faisabilité" cité dans ces paragraphes (à savoir l'absence d'arrangement concernant les créances garanties) convient, mais le critère général de faisabilité est bien plus large et pourrait être utilisé pour rejeter un plan dans nombre d'autres cas moins appropriés. Étant donné la complexité de ce type de décisions économiques et le fait que les créanciers sont en définitive les mieux placés pour les prendre, nous estimons que les lois devraient généralement soit ne pas habiliter les tribunaux à rejeter un plan approuvé par les créanciers pour des motifs de faisabilité soit définir très strictement les cas dans lesquels ce pouvoir peut être exercé. Un libellé dans ce sens pourrait être utilement ajouté non seulement dans le commentaire (par exemple, au paragraphe 539), mais également dans les recommandations.

Autres commentaires concernant le redressement:

- Afin de ne pas donner aux tribunaux un pouvoir d'appréciation illimité (et d'éviter, notamment, les importants retards qui en découlent fréquemment), les recommandations 123 et 125 devraient préciser les cas dans lesquels le délai de présentation du plan et la période d'exclusivité peuvent être prorogés ou au moins indiquer que la loi devrait mentionner des motifs précis et limités pouvant justifier une telle prorogation.

- Nous supprimerions les crochets et conserverions tels quels les passages concernés dans les recommandations 128 b) i), 128 c) v) et vi) et 138 e) et f).

- Les alinéas a) et b) de la recommandation 139 devraient probablement renvoyer, non pas aux recommandations 142 et 144 respectivement, mais aux recommandations 138 et 140.

- En ce qui concerne la procédure de redressement accélérée, le texte entre crochets figurant dans la recommandation 146 b) pourrait très utilement être supprimé, car la procédure de mise aux voix qui s'y trouve mentionnée n'est probablement pas très développée dans de nombreux marchés émergents.

- La disposition prévue dans la recommandation 150 selon laquelle l'ouverture d'une procédure accélérée devrait être notifiée aux créanciers "individuellement" n'est pas claire. Nous constatons toutefois que les

---

[4] Le texte actuel (recommandation 130) indique seulement que la loi devrait préciser "si les créanciers devraient ou non voter par catégorie en fonction de leurs droits respectifs"; il ne semble donc pas envisager la répartition des créanciers chirographaires en plusieurs classes.

procédures de redressement accélérées sont de plus en plus utilisées non seulement en ce qui concerne les banques et d'autres créanciers aisément identifiables mais aussi pour des créances détenues par des obligataires. Il importe donc de ne pas exiger du représentant de l'insolvabilité qu'il notifie individuellement l'ouverture de la procédure accélérée à des créanciers aussi dispersés mais plutôt d'autoriser la notification par le mandataire des obligataires ou un autre mécanisme prévu dans le contrat obligataire.

- Dans la recommandation 153, la première option entre crochets semble plus appropriée, car elle permettrait simplement le rétablissement des créanciers dans leurs droits initiaux en cas d'échec d'un plan de redressement accéléré. La deuxième option entre crochets, qui prévoit la conversion de la procédure en liquidation en cas d'inexécution d'un plan de redressement accéléré homologué, peut avoir pour effet de décourager les débiteurs de recourir tout de suite à une procédure accélérée, ce qui risque de retarder le moment où ils commenceront à s'attaquer à leurs difficultés financières.

3. Glossaire

Le Glossaire continue de nous poser des difficultés, exposées ci-après, difficultés que nous avions déjà soulevées dans des commentaires antérieurs sur le Guide:

Emploi du terme "tribunal" – Il faudrait nuancer les propos du paragraphe 5 du Glossaire en précisant que les mécanismes extrajudiciaires peuvent être une option, *si ceux-ci sont autorisés dans le système juridique d'un pays*. Le fait est que la plupart des systèmes juridiques imposent souvent des limites *constitutionnelles* à la possibilité d'éviter purement et simplement la procédure judiciaire et de recourir à la place à des mécanismes administratifs. En conséquence, même lorsque des organes administratifs sont utilisés, les parties dans ces pays conservent toujours le droit de soumettre en dernier recours leurs litiges à un *tribunal*.

"Protection de la valeur des actifs grevés" – Cette définition pourrait très utilement être supprimée compte tenu de la complexité du sujet; des autres solutions possibles (notamment la protection de la valeur d'une créance garantie), qui ne sont pas examinées dans le Glossaire; et des développements plus clairs et plus détaillés sur la question figurant dans la deuxième partie du Guide.

"Passif garanti" – La première définition entre crochets (montant global des créances garanties) convient davantage que la seconde (créances des créanciers garantis), bien qu'aucune des deux ne soit entièrement claire. L'essentiel, comme le reconnaît le Guide dans une autre partie (et contrairement à ce qui est indiqué dans la seconde définition), est que la mesure dans laquelle une créance est garantie devrait dépendre de la valeur de la créance du créancier garanti ou de la valeur du bien affecté en garantie suivant laquelle des deux est *inférieure*. Il serait donc utile de préciser dans le Glossaire qu'une créance d'un créancier garanti devrait être considérée comme entrant dans le "passif garanti" seulement à hauteur de la valeur du bien affecté en garantie, car toute autre approche donnerait à ce créancier un avantage supérieur à celui qu'il a négocié.

"Sûreté réelle" – La première phrase de la définition n'est pas exacte et pourrait être utilement supprimée. Tout d'abord (et comme indiqué dans la deuxième phrase) une sûreté réelle n'est pas nécessairement octroyée par une partie, mais peut aussi être

créée de manière involontaire. Ensuite, une sûreté réelle n'"engage" pas en soi un débiteur à payer ou à s'acquitter de son obligation; l'engagement de payer ou d'exécuter une obligation est établi dans le contrat sous-jacent, la sûreté réelle donnant simplement au créancier certains droits en cas de défaut de paiement ou d'inexécution d'une autre obligation de la part du débiteur.

"Arrêt des poursuites" – Outre les actions concernant les biens, droits et obligations du débiteur, il semble que cette définition devrait également viser les *actions contre le débiteur lui-même*.

"Créancier chirographaire" – Dans la même logique que le commentaire formulé ci-dessus à propos du terme "passif garanti", on pourrait utilement préciser dans la définition de créancier chirographaire qu'il peut également s'agir d'un créancier garanti dans la mesure où la valeur de sa créance est supérieure à la valeur du bien affecté en garantie.

4. Cadre institutionnel

Dans le prolongement du commentaire formulé ci-dessus à propos de la définition du terme "tribunal", nous pensons que le paragraphe 75 devrait préciser que, même si le représentant de l'insolvabilité ou un autre tiers se voit conférer de larges pouvoirs de sorte que le rôle du tribunal soit limité, la participation de ce dernier n'en resterait pas moins nécessaire dans la plupart des systèmes juridiques *dès lors que survient un désaccord au sujet d'une question confiée au représentant*. Cela confirmerait ainsi la nécessité de renforcer les capacités judiciaires dans les États où ces capacités sont insuffisantes. Le texte actuel risque de donner à tort l'impression qu'on peut éviter les tribunaux (et que de ce fait le renforcement des capacités peut attendre), ce qui n'est pas vrai.

5. Actifs constituant la masse de l'insolvabilité

Bien que cette question soit examinée plus en détail dans d'autres parties du Guide, la section consacrée aux actifs constituant la masse de l'insolvabilité, en particulier le paragraphe 160, pourrait faire ressortir plus clairement le fait qu'une protection adéquate devra être accordée dans tous les cas où des actifs grevés entrent dans la masse. Par exemple, la première phrase de ce paragraphe pourrait indiquer que, lorsqu'ils sont inclus dans la masse, les actifs grevés ***devraient*** (et non pas simplement "peuvent") faire l'objet de certaines mesures de protection. De même, il faudrait ajouter dans la dernière phrase du paragraphe qu'une loi sur l'insolvabilité *devrait expressément assurer la protection des droits réels des créanciers garantis sur les actifs grevés*.

Le commentaire (par. 173) note à juste titre que la date servant de référence pour la constitution de la masse diffère d'un pays à l'autre (date d'ouverture de la procédure, date de demande de l'ouverture ou autre événement). Or, le texte actuel de la clause relative à l'"objet de dispositions législatives" mentionne seulement les actifs entrant dans la masse au moment de l'*ouverture* de la procédure. Il faut donc le modifier pour prendre en compte ces différentes possibilités.

6. Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité

Cette section conclut qu'une exception à l'application de l'arrêt des poursuites est possible lorsqu'elle est nécessaire pour préserver une créance contre le débiteur

(par exemple, recommandation 35 et paragraphes 182 et 184). Nous ne désapprouvons pas ce principe sur le fond mais nous nous demandons si l'on ne pourrait pas obtenir le même résultat, sans la complexité d'une exception, simplement en définissant l'arrêt des poursuites comme un mécanisme permettant de suspendre la prescription en ce qui concerne les créances contre le débiteur. Si le délai de prescription cesse de courir, les droits d'un créancier d'assigner le débiteur devraient être les mêmes le jour de la mainlevée de l'arrêt que le jour de sa prise d'effet. Si la suspension de la prescription est effectivement déjà prévue dans l'arrêt des poursuites tel que le conçoit actuellement le Guide, se pose alors la question plus générale de savoir pourquoi une exception visant à "préserver une créance" contre le débiteur est nécessaire.

S'agissant de la technique consistant à protéger le montant de la fraction garantie de la créance, le paragraphe 215 pourrait très utilement souligner que cette technique est bien moins complexe que l'autre solution consistant à protéger la valeur de l'actif grevé, en particulier du fait que la première n'exige pas les évaluations constantes et complexes associées à la seconde. De fait, bien qu'elle soit à peine effleurée dans le Guide, la protection du montant de la fraction garantie est très probablement la meilleure solution pour la plupart des pays à marché émergent qui n'ont pas le cadre institutionnel nécessaire pour réaliser des calculs constants et compliqués sur la valeur du bien affecté en garantie.

Autres commentaires concernant la protection et la préservation de la masse:

- Le membre de phrase entre crochets figurant dans la recommandation 38 b) devrait probablement être supprimé, car cette hypothèse compliquerait davantage la décision en posant des problèmes supplémentaires d'évaluation.
- Attendu que des parties autres que le débiteur peuvent également être touchées par une décision d'accorder des mesures provisoires, le paragraphe 199 devrait mentionner l'obligation de notifier *les parties intéressées en général* (et non pas seulement le débiteur).
- Il manque apparemment un intitulé ("*ii) Liquidation*") immédiatement avant le paragraphe 188.

7. Utilisation et disposition des actifs

Le paragraphe 237 indique que la masse devrait payer, en contrepartie des "avantages" qu'elle tire de la poursuite de l'utilisation d'actifs appartenant à des tiers, une somme considérée comme une dépense d'administration. Il semble que ce sont non pas les "avantages" tirés par la masse – terme restrictif et subjectif – mais plutôt *toutes* les dettes dues à un tiers en contrepartie de l'utilisation continue de ses actifs qui devraient être traitées comme une dépense d'administration. Le paragraphe 237 pourrait être utilement modifié dans ce sens.

Dans la dernière phrase du paragraphe 220, les mots "en particulier" devraient probablement être remplacés par "*par exemple*".

8. Traitement des contrats

Les développements actuels sur les clauses *ipso facto* se concentrent exclusivement sur les clauses de *résiliation* automatique. Le Guide pourrait aussi utilement examiner la politique appliquée par les pays en matière d'annulation ou

d'acceptation d'autres types de clauses *ipso facto* (par exemple, les clauses imposant le versement d'intérêts de pénalité ou d'autres charges spéciales en cas d'insolvabilité ou de survenance d'autres événements révélateurs de l'insolvabilité).

Dans la même logique que la proposition avancée plus haut à propos de l'utilisation et de la disposition des actifs, on devrait indiquer au paragraphe 270, non pas que toute "prestation reçue" au titre d'un contrat rejeté par la suite mais plutôt que tout *paiement arrivant à échéance* en rapport avec ce contrat pendant la période précédant son rejet sera traité comme une dépense d'administration.

Nous approuvons pleinement le principe selon lequel les créances liées au rejet d'un contrat de longue durée peuvent être limitées par la loi (recommandation 68). Le commentaire semble toutefois aborder cet aspect uniquement sous l'angle des *baux* à long terme (par. 285) et doit donc être étoffé sur ce point. D'une manière plus générale, il semble que les passages consacrés aux dommages-intérêts pour rejet d'un contrat (par. 281 et 282) pourraient être très utilement développés de sorte que soit reconnue à la loi la possibilité de limiter ces dommages-intérêts dans les cas appropriés (par exemple, non seulement pour les contrats de longue durée mais également dans les cas où l'imposition d'intérêts de pénalité et d'autres types de charges pour défaut d'exécution se solde par une créance contre le débiteur bien plus importante que la créance initiale avant le calcul de ces charges). La possibilité prévue actuellement dans le Guide de calculer les dommages-intérêts conformément au droit général applicable ne convient pas, car il est peu probable que le droit général limitera les dommages-intérêts par ailleurs autorisés simplement pour éviter que ceux-ci ne soient disproportionnés par rapport aux créances des autres créanciers en cas d'insolvabilité.

9. Procédure d'annulation

Nous ne voyons toujours pas pourquoi les "créanciers potentiels" sont mentionnés dans la disposition prévoyant l'annulation des "opérations visant à faire échouer, à retarder ou à entraver le recouvrement des créances par les créanciers" (Recommandation 73 et par. 314), surtout du fait que les dispositions d'annulation ont principalement pour but de défaire des opérations qui portent atteinte au principe du traitement équitable des *créanciers effectifs*. Il s'agit là apparemment de la seule catégorie d'opérations annulables définie par référence à un groupe autre que les créanciers effectifs. Il serait utile de préciser dans le Guide les fondements de cette règle particulière (et de noter éventuellement que les problèmes de preuve évoqués dans le Guide seront probablement exacerbés lorsque la décision a trait à l'intention vis-à-vis d'un "créancier potentiel"). Si cette règle n'a aucun fondement particulier, il faudrait alors probablement la supprimer pour éviter toute confusion.

Les opérations pouvant être invoquées comme moyens de défense contre l'annulation (Recommandation 82) semblent indûment limitées, car elles n'incluent pas a) les opérations conclues en vertu d'un accord de restructuration volontaire ou d'une procédure de redressement accélérée; ni b) les opérations conclues dans le cadre d'une procédure de redressement (ou d'une procédure de redressement accélérée) qui n'est pas convertie en liquidation par la suite[5]. Ces opérations

[5] De son côté, le commentaire (par. 329) mentionne, comme moyens de défense contre l'annulation, les paiements effectués dans le cadre d'une procédure de redressement accélérée ou conformément à un accord volontaire de restructuration mais limite le recours à ces moyens

pourraient très utilement figurer parmi les moyens de défense invoqués contre l'annulation (ou un texte expliquant pourquoi il ne conviendrait pas de les inclure pourrait être inséré).

Enfin, nous supprimerions les crochets entourant la deuxième phase de la recommandation 81 et conserverions cette phrase.

10. Participants

Afin de ne pas laisser croire que tous les représentants de l'insolvabilité jouent un tel rôle, on pourrait modifier le texte entre crochets figurant dans la recommandation 95 c) comme suit: "lorsqu'un représentant de l'insolvabilité est nommé *à cette fin*..." et supprimer lesdits crochets.

11. Le traitement des créances

Un principe essentiel de cette section, à savoir que les créances exclues de la procédure d'insolvabilité ne peuvent être légalement recouvrées (voir en particulier le paragraphe 571), n'est pas nécessairement vrai. En fait, dans un certain nombre de lois sur l'insolvabilité, certaines créances qui ne peuvent être prouvées dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité (par exemple, des créances garanties ou des créances fiscales) peuvent être recouvrées en dehors de la procédure et parallèlement à celle-ci. De ce fait, le Guide pourrait très utilement distinguer entre i) l'extinction des créances qui sont exclues de la procédure d'insolvabilité; et ii) la préservation d'autres moyens de droit pour recouvrir les créances exclues de la procédure. Pour des motifs similaires, il faudrait explicitement indiquer dans la partie consacrée au défaut de déclaration des créances que cette dernière traite des conséquences de la non-déclaration des créances qui doivent être produites dans le cadre de la procédure d'insolvabilité et non des créances qui peuvent ou doivent être recouvrées en dehors de la procédure.

12. Priorités et répartition

Nous sommes étonnés que le paragraphe 631 fasse référence à la "nécessité de donner effet à des obligations internationales" en tant que motif justifiant l'octroi d'un privilège aux dettes dues par des débiteurs personnes physiques ou personnes morales. Il serait très utile d'expliquer l'intention qui se cache derrière cette disposition, du fait en particulier que la référence en question peut être interprétée comme renvoyant aux obligations internationales des *débiteurs souverains* (ce qui pourrait laisser croire à tort que le Guide fournit également des orientations sur les questions d'insolvabilité des États).

13. Décharge

La décharge des personnes morales dans le cadre de la procédure de redressement est traitée dans le commentaire mais non dans les recommandations. Cette question importante devrait être abordée dans les recommandations.

---

aux cas où une procédure de liquidation est ouverte par la suite.

A/CN.9/558/Add.1

Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité: compilation des commentaires reçus des gouvernements

Additif

Espagne

Commentaires présentés par l'Espagne à propos du projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité

1. Introduction

Le Gouvernement espagnol se réjouit de la conclusion rapide des travaux consacrés au Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, dont la Commission avait demandé l'élaboration à sa trente-troisième session (2000).

Il exprime également sa satisfaction face à l'extraordinaire qualité de ce document. Aussi souhaite-t-il, en premier lieu, féliciter le secrétariat de la CNUDCI pour les efforts énergiques et soutenus qu'il a déployés, ainsi que tous les États, membres ou observateurs, les organisations internationales et les organisations professionnelles, qui ont permis d'aboutir à un résultat remarquable.

Les propos qui précèdent se justifient par la nécessité d'actualiser le droit de l'insolvabilité dans de nombreuses régions, objectif à la réalisation duquel le Guide législatif s'attache avec beaucoup d'habileté, tant et si bien que l'application des recommandations qu'il énonce augmentera la sécurité juridique dans le commerce international, ce qui laisse aisément présager une intensification des échanges industriels, commerciaux et financiers dans ce domaine, sans compter les effets bénéfiques pour les marchés intérieurs des pays.

L'amélioration du niveau de vie qui en découlera naturellement dans toutes les régions du monde et, en particulier, les plus défavorisées nous amène à saluer avec satisfaction ce nouveau résultat des travaux de la CNUDCI. Le Guide est en effet appelé à devenir un instrument important pour le développement, car la prévisibilité juridique sur laquelle il se fonde et qu'il préconise augmentera les échanges entre entreprises.

L'Espagne a récemment adopté une loi sur les faillites (Ley concursal) qui met fin au régime juridique désordonné qui a régi l'insolvabilité pendant des décennies. Notre loi, qui – comme l'indique son exposé des motifs – s'inspire de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, a repris les principales caractéristiques des régimes juridiques de l'insolvabilité les plus novateurs de certains pays d'Europe et, parfois, d'autres régions, posant ainsi un nouveau jalon dans l'évolution et la modernisation des règles nationales dans ce domaine.

Nous ne pouvons donc examiner le Guide sans le comparer à notre nouveau droit national. Cet exercice de comparaison donne pleinement satisfaction en raison, d'une part, de la quasi-similitude des éléments fondamentaux du régime de la faillite et, d'autre part, de l'orientation des recommandations.

Nous recommanderions donc, en guise de première observation, que le secrétariat de la CNUDCI présente, en annexe au Guide législatif, quelques exemples de textes de loi les plus récents qui développent et complètent les principes législatifs prévus dans ce dernier. Notre nouvelle loi sur les faillites devrait évidemment figurer parmi ces exemples.

Il est également logique que les travaux d'élaboration de notre loi, les discussions préalables entre experts et la procédure parlementaire d'adoption donnent matière aux deux seuls commentaires de fond pouvant être formulés à propos du Guide: l'un sur la question de la relation entre le représentant de l'insolvabilité et le comité des créanciers et l'autre sur la partie consacrée aux négociations volontaires de restructuration.

Avant d'aborder ces deux aspects, puis quelques questions mineures, ainsi que des problèmes de forme relevés dans la version espagnole, il convient de souligner le caractère globalement approprié du document, dans ses grandes lignes comme dans ses moindres détails, depuis son orientation générale jusqu'à ses dispositions particulières.

2. Négociations volontaires de restructuration – procédures de redressement accélérées

La principale difficulté susceptible de se poser ici est de savoir comment les négociations volontaires de restructuration et les procédures de redressement accélérées s'insèrent dans le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité. En effet, ce dernier s'écarte du domaine strictement contractuel pour se rapprocher davantage d'un système dans lequel l'autonomie de la volonté des intervenants est réduite dans l'intérêt commun de la procédure collective.

Les "négociations volontaires de restructuration", au contraire, et les procédures de redressement accélérées dans ce qu'elles ont de commun avec cette institution, comme l'indique leur nom et comme il ressort de l'exposé de leurs fondements et des recommandations formulées à leur sujet, revêtent davantage un caractère contractuel ou négocié qui se démarque dans une certaine mesure des sphères traditionnelles du droit de l'insolvabilité.

Le système proposé ici étant novateur et utile, il serait probablement préférable de le séparer du corps du Guide législatif pour en faire une annexe, dans le but d'attirer l'attention des législateurs sur le fait qu'il serait bon et opportun de donner une forme plus concrète, dans leur droit interne, à ce type de procédure contractuelle multilatérale qui pourrait éviter les effets préjudiciables de l'insolvabilité déclarée en devançant celle-ci.

Si l'on examine la remarque qui précède à la lumière de notre nouveau droit des faillites, une solution au problème de l'intégration dans le régime juridique de l'insolvabilité des accords extrajudiciaires entre le débiteur et une grande partie de ses créanciers s'offre à nous, à savoir ce que notre loi sur les faillites appelle "propuesta anticipada de convenio" proposition préalable de convention. Cette formule permet au débiteur, avec le soutien des créanciers dont les créances représentent plus d'un cinquième du montant total déclaré, de présenter, au début de la procédure de faillite, un plan de paiements et, le cas échéant, de viabilité. Le fait que cette proposition puisse être rapidement acceptée par les autres créanciers et

qu'elle soit ensuite homologuée par le juge permet de valider un projet qui assure la continuité des activités de l'entreprise du débiteur, lequel évidemment doit obtenir l'assentiment des créanciers les plus représentatifs.

Cette formule permet ainsi de tirer parti de tous les avantages effets positifs de la procédure d'insolvabilité, notamment l'arrêt des poursuites individuelles des créanciers contre le patrimoine du débiteur et l'éventuelle réorganisation de ses activités avec l'accord des créanciers (ou du moins d'une grande partie d'entre eux). Elle permet également de bénéficier de la transparence de la procédure – sans quoi le processus serait moins transparent – et partant assure un équilibre approprié entre les intérêts de toutes les personnes concernées. Il est évident que si la "proposition préalable de convention" n'obtient pas l'approbation de la majorité des créanciers, la procédure d'insolvabilité devra suivre le cours normal prévu.

3. Relations entre le représentant de l'insolvabilité et le comité des créanciers

Le Guide législatif traite le représentant de l'insolvabilité et le comité des créanciers comme deux entités distinctes. Le bien-fondé de cette séparation risque d'être compromis lorsque le comité des créanciers exerce des fonctions liées à celles du représentant de l'insolvabilité (voir par. 466 et 467, *in fine*).

En conséquence, il serait peut-être préférable d'élargir le concept de représentant de l'insolvabilité pour en faire un organe collégial, en règle générale, et, à titre exceptionnel, un organe unipersonnel dans les affaires d'insolvabilité de moindre importance.

Dans notre conception, cet organe collégial serait constitué d'un représentant des créanciers (probablement des créanciers chirographaires) et de deux autres experts indépendants (en droit commercial et en gestion des entreprises), ce qui facilitera peut-être à la fois la coordination entre les créanciers et l'accomplissement normal des tâches confiées au représentant de l'insolvabilité.

Sans cette solution, le comité des créanciers pourrait gêner le représentant de l'insolvabilité dans l'exercice de ses fonctions mais peut-être aussi les créanciers dans leur participation au processus décisionnel. Il se peut qu'une relecture conjointe des sections consacrées à la collectivité des créanciers et au comité des créanciers aboutisse à une limitation des fonctions confiées à ce dernier, si celles-ci sont réparties entre une administration de la faillite (du type proposé, en particulier dans laquelle seraient représentés les créanciers) et la collectivité des créanciers.

4. Autres commentaires

a) Il serait peut-être préférable que le glossaire du Guide législatif soit établi en deux colonnes, l'une pour l'espagnol et l'autre pour l'anglais, ce qui permettrait de régler les inévitables problèmes découlant des différences entre idiomes.

b) Au paragraphe 19 et, tout particulièrement, au paragraphe 20, il conviendrait peut-être d'indiquer les secteurs qui sont intéressés au premier chef par la question et qu'il faudrait protéger, à savoir les banques, les compagnies d'assurance et les bourses de valeurs. Ces trois secteurs pourraient également être mentionnés aux paragraphes 70 et 71 (comme c'est le cas au paragraphe 91).

c) Le début de la clause relative à l'"objet de dispositions législatives" figurant dans les recommandations de la section A (Actifs constituant la masse de l'insolvabilité) ne mentionne pas la masse de l'insolvabilité du débiteur, contrairement à d'autres sections parallèles dans lesquelles il est fait référence au cadre général de l'objectif ou but que doivent atteindre les dispositions législatives.

d) À la première ligne du paragraphe 188 de la version espagnole, il faudrait lire "si" au lieu de "de si".

e) À la septième ligne du paragraphe 198 de la version espagnole, le mot "billetes" a été employé pour rendre "assets" alors que, indépendamment de la traduction de l'anglais dans d'autres parties du Guide, il faut plutôt dire "activos" ou "bienes".

f) Le titre de la recommandation 44 n'a pas été traduit et pourrait être en espagnol "venta al margen del curso ordinario de los negocios".

g) On peut lire au paragraphe 245 (troisième phrase) de la version espagnole: "Una segunda clase de prestamistas será aquel". Il faudrait peut-être dire plutôt: "Una segunda clase de prestamistas será la de aquel", pour conserver le sens général de la phase, quoique ces formules ne semblent pas très heureuses.

h) La deuxième phrase du paragraphe 511 de la version espagnole commence par un "Sí" (affirmatif), alors qu'il faudrait employer un "Si" (conditionnel).

i) Dans le même ordre d'idées que le premier commentaire de fond formulé plus haut, il conviendrait de revoir les termes employés pour les procédures de redressement accélérées. Concrètement, on peut s'étonner, compte tenu de la tonalité générale du document dans sa version espagnole, de l'emploi du présent de l'indicatif ("constituyen"), plutôt que des formes conditionnelles ou du futur simple ("pueden constituir", "constituirían", "constituirán", etc.) à l'alinéa a) de la clause relative à l'"objet de dispositions législatives" qui suit le paragraphe 565.

j) À la deuxième ligne du paragraphe 614 de la version espagnole, il faudrait remplacer les mots "derechos jurídicos" par "derechos legales", par opposition aux droits contractuels.

k) Il faudrait lire, au début de la recommandation 173, "La" et non "Le".

K. Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité: révisions apportées au document A/CN.9/WG.V/WP.70

(A/CN.9/559 et Add.1 à 3) [Original: Anglais]

1. La présente note expose les termes du glossaire figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I) que le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) a examinés et définitivement arrêtés à sa trentième session (29 mars-2 avril 2004), ainsi que certaines révisions apportées aux "Notes sur la terminologie". Les termes dont le Groupe de travail V n'a pas arrêté la définition (à savoir "créance", "ouverture de la procédure", "compensation globale", "cours normal des affaires", "traitement préférentiel" et "priorité") et les termes allant de "related person" à "voluntary restructuring negociations" dans la version anglaise du document A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I) (à savoir, dans la version française, "personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur", "redressement", "plan de redressement", "réserve de propriété", "cession en vue de la poursuite de l'activité", "créance garantie", "créancier garanti", "passif garanti", "sûreté réelle", "compensation", "entreprise publique", "arrêt des poursuites", "superprivilège", "période suspecte", "créancier chirographaire", "passif non garanti" et "négociations volontaires de restructuration") feront l'objet d'un document ultérieur dont la Commission sera saisie à sa trente-septième session pour examen. Les termes "demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité", "débiteur", "autorité publique" et "règles de priorité" ont été supprimés.

Introduction

2. Glossaire

A. Notes sur la terminologie

2. La deuxième phrase du paragraphe 5 devrait être modifiée comme suit:

"Bien que ce principe soit valable en règle générale, d'autres solutions peuvent être envisagées lorsque, par exemple, les tribunaux ne sont pas en mesure de traiter les affaires d'insolvabilité (que ce soit par manque de ressources ou d'expérience en la matière) ou que l'on préfère confier cette surveillance à ~~un organe administratif~~ une autre autorité (voir première partie, chapitre III, Cadre institutionnel)". *[supprimer la troisième phrase]*

3. Il a été proposé d'ajouter le texte ci-après à la fin du paragraphe 6.

"Une autorité qui apporte un appui à la procédure d'insolvabilité ou qui y joue un rôle déterminé sans toutefois y exercer de fonctions judiciaires ne serait pas considérée comme un "tribunal" au sens du *Guide*".

4. Le paragraphe 7, intitulé "Emploi du mot 'loi'", devrait être supprimé et les mots "sur l'insolvabilité" réinsérés dans le texte du *Guide*, selon qu'il convient, afin d'éviter toute confusion entre les références à la loi sur l'insolvabilité et les références à une loi autre que cette dernière.

B. Termes et définitions

5. Les termes du glossaire devraient être révisés comme suit:

a) Créances ou dépenses afférentes à l'administration de la procédure

Créances qui comprennent les frais et dépenses engendrés par la procédure, tels que la rémunération du représentant de l'insolvabilité et de tous professionnels qu'il emploie, les dépenses pour la poursuite de l'activité du débiteur, les dettes découlant de l'exercice des fonctions et des attributions du représentant de l'insolvabilité, les frais découlant de la continuation des obligations contractuelles et légales et les frais de procédure.

b) Actifs du débiteur

Biens et droits du débiteur, notamment les droits sur des biens, en sa possession ou non, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, y compris les droits sur des actifs grevés d'une sûreté réelle ou sur des actifs appartenant à des tiers.

c) Dispositions d'annulation

Dispositions de la loi sur l'insolvabilité permettant d'annuler ou de priver d'effet d'une autre manière des opérations visant à transférer des actifs ou à contracter des obligations avant une procédure d'insolvabilité et de recouvrer l'un quelconque des actifs transférés ou sa valeur dans l'intérêt collectif des créanciers.

d) Actifs constituant une charge

Actifs qui peuvent être sans valeur ou avoir une valeur insignifiante pour la masse de l'insolvabilité ou auxquels sont attachées des contraintes telles que leur maintien dans la masse nécessiterait des dépenses qui excéderaient leur valeur de réalisation ou engendrerait une obligation lourde ou une obligation de paiement.

e) Produit en espèces

Produit de la vente d'actifs grevés, dans la mesure où il fait l'objet d'une sûreté réelle.

f) Centre des intérêts principaux

Lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers[1].

g) Comité des créanciers

Organe représentatif des créanciers dont les membres sont désignés conformément à la loi sur l'insolvabilité et qui est doté de pouvoirs consultatifs et autres spécifiés dans ladite loi.

h) Décharge

Libération d'un débiteur des dettes qui étaient visées ou auraient pu être visées par la procédure d'insolvabilité.

i) Acte de disposition

Tout moyen de transférer un actif ou un droit sur un actif ou de s'en défaire, en totalité ou en partie.

---

[1] Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, considérant (13).

j) Actif grevé

Actif sur lequel un créancier a obtenu une sûreté réelle.

k) Actionnaire

Détenteur d'actions émises ou de titres similaires qui représentent un droit de propriété sur une fraction du capital d'une société ou d'une autre entreprise.

l) 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[2].

m) 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[3].

n) Insolvabilité

État d'un débiteur qui est généralement dans l'incapacité d'acquitter ses dettes à leur échéance ou situation dans laquelle son passif excède la valeur de ses actifs.

o) Masse de l'insolvabilité

Actifs du débiteur qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité.

p) Procédure d'insolvabilité

Procédure collective, soumise à la supervision d'un tribunal, en vue d'un redressement ou d'une liquidation.

q) Représentant de l'insolvabilité

Personne ou organe, même nommé(e) à titre provisoire, habilité(e) dans une procédure d'insolvabilité à administrer le redressement ou la liquidation de la masse de l'insolvabilité.

r) Liquidation

Procédure visant à vendre des actifs et à en disposer afin d'en répartir le produit entre les créanciers conformément à la loi sur l'insolvabilité.

s) *Lex fori concursus*

Loi de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

t) *Lex rei sitae*

Loi de l'État où se trouve l'actif.

---

[2] Alinéa f) de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

[3] Alinéa k) de l'article 5 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (2002).

u) Convention de compensation globale

Forme de contrat financier 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 à l'alinéa ii) de la présente définition au titre de deux conventions de compensation globale, ou plus[4].

v) *Pari passu*

Principe suivant lequel les créanciers se trouvant dans la même situation sont traités en proportion de leur créance et sont désintéressés proportionnellement sur les actifs de la masse à répartir entre les créanciers de leur rang.

w) Partie intéressée

Toute partie sur les droits, obligations ou intérêts de laquelle une procédure d'insolvabilité ou des aspects particuliers d'une procédure d'insolvabilité ont des incidences, notamment le débiteur, le représentant de l'insolvabilité, un créancier, un actionnaire, un comité des créanciers, une autorité publique ou toute autre personne ainsi concernée. Ne devraient pas être considérées comme des parties intéressées les personnes ayant un intérêt lointain ou diffus sur lequel la procédure d'insolvabilité aurait des incidences.

x) Créance postérieure à l'ouverture de la procédure

Créance née d'un acte ou d'une omission survenant après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

y) Créance prioritaire

Créance qui est payée avant le désintéressement de l'ensemble des créanciers chirographaires.

z) Protection de la valeur

Mesures visant à maintenir la valeur économique d'une sûreté réelle pendant la procédure d'insolvabilité (certaines législations parlent de "protection adéquate"). Une protection peut être assurée par des versements en espèces, la constitution d'une sûreté réelle sur des actifs de remplacement ou des actifs supplémentaires ou par d'autres moyens qui, de l'avis du tribunal, sont de nature à apporter la protection nécessaire.

---

[4] Alinéa l) de l'article 5 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (2002).

A/CN.9/559/Add.1

Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité: révisions apportées au document A/CN.9/WG.V/WP.70

Additif

1. La présente note décrit les révisions et ajouts qui ont été apportés aux recommandations figurant dans les documents A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I), A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part II) et A/CN.9/WG.V/WP.72 compte tenu des délibérations du Groupe de travail V à sa trentième session (29 mars-2 avril 2004) (voir le rapport de cette session publié sous la cote A/CN.9/551). La numérotation de ces recommandations reste inchangée; lorsque l'ordre des recommandations a été modifié, les numéros ne se suivent pas. La lettre "A" placée après certains numéros indique que la recommandation a été ajoutée à la trentième session du Groupe de travail V. Les passages qui ont été ajoutés ou révisés à la suite de cette session ont été mis entre crochets.

2. Par souci d'économie, les recommandations qui n'ont pas été modifiées ne sont pas reproduites dans la présente note et demeurent telles qu'elles sont libellées dans les documents A/CN.9/WG.V/WP.70 (recommandations 1 à 187) et A/CN.9/WG.V/WP.72 (recommandations 179 à 184 relatives à la loi applicable). Les parties non modifiées des recommandations faisant l'objet du présent document sont signalées par la mention "(inchangé.)" Les recommandations sur le redressement (A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part II), chapitre IV) sont présentées dans le document A/CN.9/559/Add.3. Les notes de bas de page se rapportant aux recommandations n'ont pas été reproduites non plus sauf lorsque des changements y ont été apportés. Les notes de bas de page qui ont été supprimées sont également signalées.

Première partie. Établir les principaux objectifs et la structure d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective

1) Le texte de la recommandation 1 figure au paragraphe 111 du document A/CN.9/551.

2) Le texte de la recommandation 2 correspond à celui de la recommandation 7 qui figure dans le document A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part II).

3) Le texte de la recommandation 3 correspond à celui de la recommandation 179 qui figure dans le document A/CN.9/WG.V/WP.72.

4) Le texte de la recommandation 4 correspond à celui de la recommandation 74 a) qui figure dans le document A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part II) et devrait être modifié comme suit:

> La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, si une sûreté réelle est efficace et opposable en vertu d'une autre loi, elle serait considérée comme efficace et opposable dans la procédure d'insolvabilité.

5) La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir un cadre moderne, harmonisé et équitable permettant de traiter efficacement les affaires d'insolvabilité

transnationale. L'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale est recommandée.

6) Le texte de la recommandation 6 correspond à celui de la recommandation 2 qui figure au paragraphe 112 du document A/CN.9/551.

7) Le texte de la recommandation 7 correspond à celui de la recommandation 3 qui figure au paragraphe 113 du document A/CN.9/551. Les cinq alinéas ci-après devraient être ajoutés:

...) Détermination des actifs du débiteur qui seront soumis à la procédure d'insolvabilité et qui constitueront la masse de l'insolvabilité;

...) Droits et obligations du débiteur;

...) Obligations et fonctions du représentant de l'insolvabilité;

...) Fonctions des créanciers et du comité des créanciers;

...) Frais et dépenses liés à la procédure d'insolvabilité;

et les alinéas ci-après devraient être modifiés comme suit:

d) Protection de la masse de l'insolvabilité contre les actions des créanciers, contre le débiteur lui-même et contre le représentant de l'insolvabilité et, lorsque les mesures de protection s'appliquent aux créanciers garantis, manière dont la valeur économique de leurs sûretés réelles sera protégée pendant la procédure d'insolvabilité;

j) Traitement et classement des créances aux fins de la répartition du produit de la liquidation;

k) Supprimé;

m) Décharge du débiteur ou dissolution de son entreprise.

Deuxième partie. Dispositions essentielles d'une loi efficace et effective sur l'insolvabilité

I. Demande d'ouverture et ouverture

A. Admissibilité et compétence

Admissibilité

1) La loi sur l'insolvabilité devrait régir les procédures d'insolvabilité contre tous les débiteurs, personnes physiques ou morales, y compris les entreprises publiques, qui exercent des activités économiques, avec ou sans but lucratif.

B. Ouverture de la procédure

Ouverture sur demande émanant d'un créancier

13) La loi sur l'insolvabilité devrait généralement spécifier, lorsqu'un créancier présente une demande d'ouverture:

a) *(Inchangé)*;

b) Que la possibilité est donnée au débiteur de répondre à cette demande, en s'y opposant, en y consentant ou, lorsqu'elle vise la liquidation, en demandant l'ouverture d'une procédure de redressement; et

c) *(Inchangé)*.

C. Loi applicable régissant la procédure d'insolvabilité

Reconnaissance des droits et créances nés avant l'ouverture de la procédure

179) La loi sur l'insolvabilité devrait reconnaître les droits et créances nés en vertu du droit commun, qu'il soit interne ou étranger, sous réserve des restrictions qu'elle prévoit expressément.

II. Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

A. Actifs constituant la masse de l'insolvabilité

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant la masse de l'insolvabilité est:

a) De déterminer les actifs qui seront inclus dans la masse, y compris les droits du débiteur sur les actifs grevés d'une sûreté réelle et sur les actifs appartenant à des tiers; et

b) *(Inchangé)*.

Contenu des dispositions législatives

Actifs constituant la masse

24) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la masse devrait comprendre notamment:

a) Les actifs du débiteur[28], y compris les droits du débiteur sur les actifs grevés d'une sûreté réelle et sur les actifs appartenant à des tiers;

b) et c) *(Inchangés).*

24A) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier la date à partir de laquelle la masse doit être constituée, que ce soit la date de la demande d'ouverture ou la date effective d'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

---

[28] La propriété des actifs serait déterminée conformément à la loi applicable en l'espèce, lorsque le terme "actifs" est défini de manière large comme désignant des biens et des droits du débiteur, y compris les droits de ce dernier sur des actifs appartenant à des tiers.

B. Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité

Mesures provisoires

27) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal peut prononcer, à la demande du débiteur, de créanciers ou de tiers, des mesures provisoires, lorsque celles-ci sont nécessaires pour protéger et préserver la valeur des actifs du débiteur ou les intérêts des créanciers, ces mesures s'appliquant entre le dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure[40]. Ces mesures peuvent notamment être les suivantes:

a) Interdire ou suspendre les mesures d'exécution contre les actifs du débiteur, y compris les mesures visant à rendre des sûretés réelles opposables aux tiers et la réalisation de sûretés réelles;

b) et c) *(Inchangés)*; et

d) Prononcer toute autre mesure du même type que les mesures applicables [ou pouvant être prononcées] à l'ouverture de la procédure [conformément aux recommandations 34 et 36].

Notification

31) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, s'ils ne sont pas avisés de la demande de mesure provisoire, le débiteur ou une autre partie intéressée touchée par cette mesure ont le droit, s'ils en font la demande d'urgence, d'être entendus sans tarder[42] sur le maintien ou non de la mesure.

Fin des mesures provisoires à l'ouverture de la procédure

33) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les mesures provisoires prennent fin lorsque la demande d'ouverture est rejetée ou que les mesures applicables à l'ouverture de la procédure prennent effet, sauf si elles sont maintenues par le tribunal.

Mesures applicables à l'ouverture de la procédure

34) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité:

a) *(Inchangé)*;

b) Les actions visant à rendre des sûretés réelles opposables aux tiers et à réaliser des sûretés réelles sont interdites ou suspendues[45];

---

[40] La loi sur l'insolvabilité devrait indiquer à partir de quand prend effet une décision d'accorder des mesures provisoires, par exemple au moment où la décision est rendue, rétroactivement à partir du début du jour où la décision a été rendue ou à un autre moment spécifié (voir par. 192).

[42] Tout délai fixé dans la loi sur l'insolvabilité devrait être bref pour éviter la dépréciation de l'entreprise débitrice.

[45] Si une loi autre que la loi sur l'insolvabilité autorise l'accomplissement, avant une certaine date ou dans un certain délai de grâce, de formalités visant à rendre des sûretés réelles opposables aux tiers, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité reconnaisse ces délais et autorise l'accomplissement des formalités en question lorsque la procédure d'insolvabilité est ouverte avant l'expiration desdits délais. Lorsque la loi autre que la loi sur l'insolvabilité ne prévoit pas

c) à e) *(Inchangés)*.

Aménagement des mesures applicables à l'ouverture de la procédure

38) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un créancier garanti peut demander au tribunal de prononcer un aménagement des mesures applicables à l'ouverture de la procédure pour certains motifs, dont notamment les suivants:

a) *(Inchangé)*;

b) La valeur de l'actif grevé diminue [du fait de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité] et le créancier garanti n'est pas protégé contre cette diminution; et

c) *(Inchangé)*.

Protection de la valeur de l'actif grevé

39) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, sur demande faite au tribunal, un créancier garanti devrait avoir droit à la protection de la valeur des actifs sur lesquels il détient une sûreté réelle. Le tribunal peut prononcer les mesures de protection appropriées, qui peuvent notamment prendre la forme:

a) à c) *(Inchangés)*.

C. Utilisation et disposition des actifs

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant l'utilisation et la disposition d'actifs est:

a) D'autoriser l'utilisation et la disposition d'actifs, y compris d'actifs grevés et d'actifs appartenant à un tiers, dans la procédure d'insolvabilité et de spécifier les conditions de leur utilisation et disposition;

b) De fixer les limites des pouvoirs d'utilisation et de disposition;

c) De notifier aux créanciers l'utilisation et la disposition proposées, s'il y a lieu;

d) De prévoir le traitement des actifs constituant une charge.

Contenu des dispositions législatives

Pouvoir d'utiliser les actifs de la masse et d'en disposer

40) La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser:

a) L'utilisation et la disposition des actifs de la masse (y compris des actifs grevés de sûretés réelles) dans le cours normal des affaires, à l'exception du produit en espèces; et

---

de tels délais, l'arrêt des poursuites applicable à l'ouverture aurait pour effet d'empêcher l'accomplissement des formalités d'opposabilité (pour plus de détails, voir par. ... ci-dessus et Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties).

b) L'utilisation et la disposition des actifs de la masse (y compris des actifs grevés de sûretés réelles) en dehors du cours normal des affaires, sous réserve des conditions prévues dans les recommandations 41 et 43.

Constitution d'une nouvelle sûreté sur des actifs grevés

40A) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les actifs grevés de sûretés réelles peuvent être grevés d'une nouvelle sûreté, sous réserve des conditions prévues dans les recommandations 50, 51 et 52.

Utilisation d'actifs appartenant à des tiers

40B) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut utiliser des actifs appartenant à des tiers et en possession du débiteur sous réserve que soient remplies certaines conditions, notamment:

a) Que les intérêts des tiers soient protégés contre la diminution de la valeur des actifs;

b) Que les frais, prévus au contrat, qui sont liés [à la poursuite de l'exécution de ce dernier] [à l'utilisation des actifs] soient assimilés à une dépense d'administration.

Procédure de notification des actes de disposition

41) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les créanciers reçoivent dûment notification de tout acte de disposition effectué en dehors du cours normal des affaires[55] et qu'ils ont la possibilité d'être entendus par le tribunal.

42) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les enchères publiques sont notifiées de manière à ce qu'il soit probable que l'information vienne à la connaissance des parties intéressées.

Faculté de vendre des actifs de la masse libres de toutes sûretés et autres droits réels

43) La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à vendre des actifs qui sont grevés de sûretés ou soumis à d'autres droits réels libres de ces sûretés et autres droits réels en dehors du cours normal des affaires, à condition:

a) à d) *(Inchangés).*

Utilisation du produit en espèces

43A) La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à utiliser le produit en espèces [et à en disposer] si:

a) Le créancier garanti consent à cette utilisation [ou disposition]; ou

b) Le créancier garanti a [été avisé de l'utilisation ou [de la disposition] proposée[s] et] eu la possibilité d'être entendu par le tribunal; et

---

[55] Lorsque les actifs sont grevés ou soumis à d'autres droits réels, la recommandation 43 s'applique.

c) Les intérêts du créancier garanti seront protégés contre la diminution de la valeur du produit en espèces.

D. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

Obtention d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

49) La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir des mesures de facilitation et d'incitation pour permettre au représentant de l'insolvabilité d'obtenir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure lorsqu'il considère qu'un tel financement est nécessaire pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise du débiteur ou pour préserver ou augmenter la valeur des actifs de la masse. La loi sur l'insolvabilité peut exiger une autorisation du tribunal ou des créanciers (ou du comité des créanciers).

La recommandation 53, intitulée "Droit de préférence accordé au financement postérieur à l'ouverture de la procédure" devrait venir avant la recommandation 50, qui traite de la garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure.

Garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

52) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsque le créancier garanti antérieur ne donne pas son accord, le tribunal peut autoriser la constitution d'une sûreté réelle primant les sûretés réelles antérieures, sous réserve que soient remplies certaines conditions, notamment:

a) et b) *(Inchangés)*;

c) Que les intérêts du créancier garanti antérieur soient protégés.

Effet de la conversion sur le financement postérieur à l'ouverture de la procédure

54) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsqu'une procédure de redressement est convertie en liquidation, toute priorité accordée, dans le cadre du redressement, à un financement postérieur à l'ouverture de la procédure devrait continuer à être reconnue dans le cadre de la liquidation.

E. Traitement des contrats

Clauses de résiliation automatique [et de déchéance du terme]

56) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que toute disposition contractuelle prévoyant la résiliation automatique [ou l'exécution anticipée] d'un contrat dans l'un quelconque des cas suivants est inopposable au représentant de l'insolvabilité et au débiteur:

a) et b) *(Inchangés)*.

62) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsqu'un contrat est continué ou rejeté, le cocontractant est avisé de la continuation ou du rejet, y compris de ses droits pour ce qui est de la déclaration d'une créance et du délai dans lequel cette

déclaration doit être faite, et autoriser le cocontractant à [s'opposer à cette décision] [à être entendu par le tribunal].

Continuation de contrats en cas d'inexécution du débiteur

65) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsque le débiteur manque à ses obligations au titre d'un contrat, le représentant de l'insolvabilité peut poursuivre l'exécution de ce contrat, à condition que le manquement soit séparé, que le cocontractant qui n'est pas en défaut retrouve pour l'essentiel la situation économique qui était la sienne avant le manquement, et que la masse soit en mesure de s'acquitter des obligations découlant du contrat poursuivi.

Exécution avant la continuation ou le rejet du contrat

66) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut accepter [ou exiger] du cocontractant l'exécution du contrat avant la continuation ou le rejet de ce dernier. Les créances découlant, pour le cocontractant, de l'exécution acceptée [ou exigée] par le représentant de l'insolvabilité avant la continuation ou le rejet du contrat devraient être assimilées à une dépense d'administration:

a) Si le cocontractant a exécuté le contrat, le montant de la dépense d'administration devrait correspondre [aux coûts, prévus au contrat, des avantages tirés par la masse] [au prix contractuel de l'exécution];

b) Si le représentant de l'insolvabilité utilise des actifs appartenant à un tiers qui sont en possession du débiteur soumis au contrat, ce tiers devrait être protégé contre la diminution de la valeur de ces actifs et avoir une créance afférente à l'administration de la procédure conformément à l'alinéa a).

Dommages-intérêts pour inexécution ultérieure d'un contrat poursuivi

67) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsque est prise la décision de poursuivre l'exécution d'un contrat, les dommages-intérêts dus en cas d'inexécution ultérieure de ce contrat devraient être assimilés à une dépense d'administration.

Cession des contrats

70) Lorsque le cocontractant est opposé à la cession d'un contrat, la loi peut habiliter le tribunal à approuver néanmoins la cession à condition que:

a) à c) *(Inchangés)*;

d) Le manquement du débiteur au contrat [qu'il ait été commis avant ou après l'ouverture de la procédure] soit réparé avant la cession.

71) La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que, lorsque le contrat est cédé, le cessionnaire se substituera au débiteur comme partie contractante avec effet à compter de la date de la cession et la masse n'aura plus d'obligation au regard du contrat.

F. Procédure d'annulation

Opérations annulables

73) La loi sur l'insolvabilité devrait comporter des dispositions qui s'appliquent rétroactivement et qui visent à défaire des opérations impliquant le débiteur ou des actifs de la masse et ayant pour effet soit de réduire la valeur de la masse, soit d'enfreindre le principe du traitement équitable des créanciers. Elle devrait spécifier que les types d'opérations ci-après sont annulables:

a) Les opérations visant à faire échouer, à retarder ou à entraver le recouvrement des créances par les créanciers lorsque l'opération a eu pour effet de soustraire des actifs aux créanciers [ou aux créanciers potentiels] ou de léser d'une autre manière les intérêts des créanciers;

b) Les opérations dans lesquelles le débiteur a transféré un droit sur un bien ou a souscrit une obligation à titre gratuit ou pour une contrepartie symbolique ou inférieure à la valeur équivalente ou une contrepartie inadéquate et qui sont intervenues à un moment où il était insolvable ou qui l'ont rendu insolvable (opérations à un prix sous-évalué); et

c) *(Inchangé)*.

Sûretés réelles

74) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que nonobstant le fait qu'une sûreté réelle est efficace et opposable en vertu d'une autre loi, elle peut être soumise aux dispositions d'annulation de la loi sur l'insolvabilité pour les mêmes motifs que d'autres opérations.

Opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur

76) La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que la période suspecte pour les opérations annulables impliquant des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur est plus longue que pour les opérations effectuées avec des personnes n'ayant pas de liens privilégiés avec le débiteur.

Conduite de la procédure d'annulation

79) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité a la responsabilité principale d'engager la procédure d'annulation. Elle peut aussi permettre aux créanciers de demander l'ouverture de la procédure d'annulation avec l'accord du représentant de l'insolvabilité et, lorsque ce dernier ne donne pas son accord, leur permettre de demander l'autorisation au tribunal d'engager la procédure.

Financement de la procédure d'annulation

79A) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les frais de la procédure d'annulation sont assimilés à des dépenses d'administration.

80) Lorsque le représentant de l'insolvabilité choisit de ne pas demander l'annulation de certaines opérations, par exemple parce qu'il estime que ces opérations ne sont pas susceptibles d'être annulées ou que l'ouverture d'une

procédure contre ces opérations imposera des frais excessifs[71] à la masse de l'insolvabilité, la loi sur l'insolvabilité peut prévoir diverses approches pour l'engagement et le financement de la procédure d'annulation.

Délai pour engager la procédure d'annulation

81) La loi sur l'insolvabilité ou le droit procédural applicable devrait spécifier le délai dans lequel une procédure d'annulation peut être engagée. Ce délai devrait commencer à courir à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Pour les opérations mentionnées dans la recommandation 73 qui ont été dissimulées et dont on ne pouvait pas attendre du représentant de l'insolvabilité qu'il les découvre, la loi sur l'insolvabilité peut prévoir que le délai commence à courir à la date à laquelle elles ont été découvertes.

Éléments d'annulation et moyens de défense

82) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les éléments devant être prouvés pour annuler une opération donnée, la partie chargée de les prouver, ainsi que les moyens de défense possibles contre l'annulation. Ces moyens de défense peuvent comprendre le fait que l'opération a été conclue dans le cours normal des affaires avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, [suite à des négociations volontaires de restructuration avant l'ouverture de la procédure] ou [dans le cadre d'une procédure de liquidation] ou bien dans le cours d'une procédure de redressement précédant la procédure de liquidation. La loi peut aussi établir des présomptions et autoriser le renversement de la charge de la preuve pour faciliter la procédure d'annulation.

Responsabilité des autres parties à l'opération annulée

83) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les autres parties à une opération qui a été annulée doivent restituer à la masse les actifs qu'elles ont obtenus ou, si le tribunal l'ordonne, faire à la masse un paiement en espèces correspondant à la valeur de l'opération. Le tribunal devrait déterminer si les autres parties à une opération annulée auraient une créance chirographaire ordinaire.

H. Contrats financiers et compensation globale

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant la compensation globale et la compensation simple dans le contexte des opérations financières est de réduire la possibilité de risques systémiques qui pourraient menacer la stabilité des marchés financiers en assurant la sécurité quant aux droits des parties à un contrat financier en cas de défaillance de l'une d'entre elles pour cause d'insolvabilité. Les présentes recommandations ne sont pas censées s'appliquer aux opérations qui ne sont pas des contrats financiers, lesquelles resteraient soumises au droit commun applicable à la compensation globale et à la compensation simple.

---

[71] Ceci renvoie à une évaluation des coûts et des avantages d'une action en nullité et à une règle implicite qui veut que si les frais de la procédure dépassaient les avantages à récupérer pour la masse, cette procédure ne devrait pas être engagée.

Contenu des dispositions législatives

92) Les contrats financiers devraient être définis de façon suffisamment large pour englober les divers types de contrats financiers existants ainsi que les nouveaux, à mesure qu'ils apparaîtront.

III. Participants

A. Débiteur

Obligations

95) La loi sur l'insolvabilité devrait indiquer clairement les obligations du débiteur en ce qui concerne la procédure d'insolvabilité. Ces obligations devraient naître à l'ouverture de cette procédure et continuer de s'appliquer pendant toute sa durée. Elles devraient être notamment les suivantes:

a) et b) *(Inchangés)*;

i) à iv) *(Inchangés)*;

v) Des créanciers et de leurs créances, cette liste étant établie en collaboration avec le représentant de l'insolvabilité et revue et modifiée par le débiteur à mesure que les créances sont vérifiées et admises ou rejetées;

c) Obligation de coopérer avec le représentant de l'insolvabilité pour permettre à celui-ci de prendre le contrôle effectif de la masse et de lui apporter son aide ou sa coopération pour qu'il recouvre les actifs de la masse où qu'ils se trouvent ou en reprenne le contrôle et pour qu'il récupère les documents commerciaux;

d) *(Inchangé)*.

Confidentialité

96) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les mesures visant à protéger les renseignements fournis par le débiteur [ou concernant le débiteur] qui sont commercialement sensibles ou confidentiels.

Rôle du débiteur dans la continuation de l'entreprise

97A) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un débiteur non dessaisi aurait les pouvoirs et les fonctions d'un représentant de l'insolvabilité, à l'exception du droit à rémunération.

B. Représentant de l'insolvabilité

Conflit d'intérêts

100) La loi sur l'insolvabilité devrait exiger qu'un conflit d'intérêts ou une atteinte à l'indépendance ou encore des circonstances pouvant entraîner un tel conflit ou une telle atteinte soient signalés:

a) Par une personne qu'il est proposé de nommer représentant de l'insolvabilité ou par une personne nommée représentant de l'insolvabilité, lorsque le conflit d'intérêts ou les circonstances pouvant entraîner un tel conflit ou porter atteinte à son indépendance surviennent pendant la procédure d'insolvabilité; et

b) Par les personnes, notamment les professionnels, dont le recrutement est proposé par le représentant de l'insolvabilité ou la masse.

Obligations et fonctions du représentant de l'insolvabilité

104) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité a l'obligation de protéger et de préserver les actifs de la masse. Elle devrait spécifier les obligations et les fonctions du représentant de l'insolvabilité en ce qui concerne l'administration de la procédure ainsi que la préservation et la protection de la masse [y compris la poursuite de l'exploitation de l'entreprise du débiteur].

Responsabilité

105) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les conséquences d'une inexécution ou d'une exécution défectueuse par le représentant de l'insolvabilité des obligations et fonctions qu'elle lui confère ainsi que toute règle de responsabilité imposée en l'espèce.

C. Créanciers – participation à la procédure d'insolvabilité

Convocation des réunions des créanciers

112) La loi sur l'insolvabilité peut exiger que les créanciers tiennent une première réunion dans un délai spécifié après l'ouverture de la procédure pour discuter certaines questions [spécifiées dans la loi]. Elle peut aussi autoriser le tribunal, le représentant de l'insolvabilité ou les créanciers détenant un certain pourcentage du montant total des créances chirographaires à demander la convocation d'une réunion de l'ensemble des créanciers et spécifier les cas dans lesquels une telle réunion peut être convoquée. Elle devrait spécifier qui est chargé d'aviser les créanciers de la tenue de cette réunion.

Représentation des créanciers

113) La loi sur l'insolvabilité devrait faciliter la participation active des créanciers à la procédure d'insolvabilité par exemple par l'intermédiaire d'un comité des créanciers, d'un représentant spécial ou un autre mécanisme de représentation[86]. Elle devrait spécifier si un comité ou une autre forme de représentation est nécessaire dans toutes les procédures d'insolvabilité. 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 ou la nomination d'un seul représentant, la loi sur

---

[86] Voir recommandation 97 et le maintien du débiteur dans la procédure de redressement. Lorsque le débiteur n'est pas dessaisi de son entreprise, un comité des créanciers ou un autre représentant des créanciers aura un rôle important à jouer en supervisant les activités du débiteur et, si nécessaire, en faisant rapport sur celles-ci.

l'insolvabilité peut prévoir la constitution de plusieurs comités de créanciers ou la nomination de plusieurs représentants.

– Créanciers pouvant être nommés à un comité des créanciers

115) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les créanciers qui peuvent être nommés à un comité. Les créanciers qui ne peuvent pas être nommés seraient notamment les personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur et d'autres personnes qui pour une raison ou une autre ne seraient pas impartiales. Elle devrait spécifier si la créance d'un créancier doit ou non être admise pour que celui-ci puisse être nommé à un comité.

– Droits et fonctions d'un comité des créanciers

117) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les droits et les fonctions du comité des créanciers dans la procédure d'insolvabilité. Ces droits et fonctions peuvent être notamment les suivants:

a) à c) *(Inchangés)*; et

d) Le droit d'être entendu pendant la procédure.

Les recommandations relatives au chapitre IV, intitulé "Redressement", figurent dans le document A/CN.9/559/Add.3.

V. Administration de la procédure

A. Le traitement des créances

Obligation de déclaration

154) a) La loi sur l'insolvabilité devrait exiger que les créanciers souhaitant participer à la procédure déclarent leurs créances[100] et que les causes et le montant de celles-ci soient spécifiés. Elle devrait limiter au minimum les formalités liées à cette déclaration et autoriser la déclaration des créances par différents moyens, notamment par courrier et par voie électronique.

154) b) La loi sur l'insolvabilité peut autoriser l'admission des créances non contestées sur la base de la liste des créanciers et des créances établie par le débiteur en coopération avec le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal, ou bien permettre au représentant de l'insolvabilité d'exiger d'un créancier qu'il apporte la preuve de sa créance. Elle ne devrait pas exiger qu'un créancier se présente dans tous les cas en personne pour prouver sa créance.

Délai de déclaration des créances

158) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier le délai, à compter de l'ouverture de la procédure, dans lequel les créances peuvent être déclarées, délai qui devrait être suffisant pour permettre aux créanciers de déclarer leurs créances[105a].

---

[100] Note supprimée.

[105a] Lorsque des créanciers étrangers participent à la procédure, il sera peut-être nécessaire de fixer

Créances libellées en monnaie étrangère

160) Lorsque les créances sont libellées en monnaie étrangère, la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les cas dans lesquels elles doivent être converties et les raisons de la conversion. Lorsque la conversion est requise, elle devrait spécifier que la créance sera convertie dans la monnaie locale par référence à une date spécifiée, telle que la date effective de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

Admission ou rejet des créances

162) La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à admettre ou à rejeter toute créance, en totalité ou en partie. Lorsque la créance est rejetée [ou soumise au traitement prévu dans la recommandation 169 en tant que créance d'une personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur], en totalité ou en partie, le créancier devrait être informé des motifs de la décision de rejet.

166) La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser l'admission provisoire des créances non liquides, en attendant que leur montant soit déterminé par le représentant de l'insolvabilité.

167) La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que le représentant de l'insolvabilité peut déterminer la fraction garantie et la fraction non garantie de la créance d'un créancier garanti en évaluant l'actif grevé.

164) La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser une partie intéressée à contester toute créance déclarée, avant ou après son admission, et à demander son examen par le tribunal.

163) La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser les créanciers dont les créances ont été rejetées [ou soumises au traitement prévu dans la recommandation 169 en tant que créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur], en totalité ou en partie, à demander au tribunal, dans un délai spécifié après la notification de la décision de rejet, d'examiner leurs créances.

165) La loi sur l'insolvabilité devrait préciser que les créances contestées dans le cadre de la procédure d'insolvabilité pourront être admises provisoirement par le représentant de l'insolvabilité en attendant que le litige soit tranché par le tribunal.

B. Priorités et répartition du produit

Créances prioritaires

172) La loi sur l'insolvabilité devrait limiter au minimum les droits de priorité accordés aux créances non garanties. Elle devrait indiquer clairement les catégories éventuelles de créances qui pourront être remboursées en priorité dans la procédure d'insolvabilité.

---

des délais plus longs pour faciliter la déclaration des créances. Il est souhaitable également que les créances soient déclarées à un stade précoce de la procédure de sorte que le représentant de l'insolvabilité ait connaissance des créances existantes, des actifs grevés de sûretés réelles et de la valeur de ces actifs et créances.

Classement des créances

174) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les créances autres que les créances garanties sont classées dans l'ordre suivant[112]:

a) à c) *(Inchangés)*;

d) Créances différées ou créances déclassées conformément à la loi.

VI. Clôture de la procédure

A. Décharge

185) Lorsque la loi sur l'insolvabilité exclut la remise de certaines dettes, celles-ci devraient être limitées au minimum pour aider le débiteur à prendre un nouveau départ et devraient être indiquées dans la loi sur l'insolvabilité. Lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit que la remise de dettes peut être soumise à certaines conditions, celles-ci devraient être limitées au minimum pour aider le débiteur à prendre un nouveau départ et devraient également être indiquées dans la loi sur l'insolvabilité.

B. Clôture de la procédure

Liquidation

186) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les formalités nécessaires pour clore la procédure de liquidation à l'issue de la répartition définitive ou après qu'il a été constaté qu'aucune répartition n'était possible.

Redressement

187) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les formalités nécessaires pour clore la procédure de redressement lorsque le plan de redressement a été pleinement exécuté ou à une date antérieure fixée par le tribunal.

---

[112] La loi sur l'insolvabilité peut prévoir un classement supplémentaire des créances à l'intérieur de chacune des classes mentionnées aux alinéas a), b) et d). Par exemple, les créances salariales peuvent constituer une catégorie à part et prendre rang devant les créances de l'État et des organismes de sécurité sociale, conformément à l'article 8-1 de la Convention de l'OIT sur la protection des créances des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur de 1992 (n° 173). Lorsque les créances d'une même classe ne peuvent pas toutes être entièrement remboursées, l'ordre de paiement devrait tenir compte de tout classement supplémentaire spécifié dans la loi sur l'insolvabilité pour ces créances.

A/CN.9/559/Add.2

Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité: révisions apportées au document A/CN.9/WG.V/WP.70

ADDITIF

1. La présente note décrit les révisions et ajouts qui ont été apportés au commentaire figurant dans les documents A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I) et A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part II) compte tenu des délibérations du Groupe de travail V à sa trentième session (voir le rapport de cette session publié sous la cote A/CN.9/551).

Introduction

1. Structure et contenu du Guide

1. Ajouter le texte ci-après dans la cinquième phrase du paragraphe 1, à la suite de "plus particulièrement au redressement":

> "... contre un débiteur, personne physique ou personne morale, qui exerce une activité économique. Les questions propres à l'insolvabilité des personnes physiques n'exerçant pas une telle activité, telles que les consommateurs, ne sont pas traitées."

2. Ajouter le texte ci-après à la fin du paragraphe 1:

> "..., qui ont été insérés pour faciliter l'examen des questions d'insolvabilité transnationale. Il est à noter, cependant, qu'une loi type ne s'utilisera généralement pas de la même façon qu'un guide législatif. Concrètement, une loi type est un texte législatif qu'il est recommandé aux États de transposer dans leur droit interne, avec ou sans modification. De ce fait, elle propose en général un ensemble détaillé de solutions législatives dans un domaine particulier, en employant un langage qui lui permet d'être directement incorporée dans le droit national. Un guide législatif, quant à lui, vise essentiellement à donner des orientations aux législateurs et à d'autres utilisateurs et, à cette fin, contient habituellement un commentaire de fond traitant et analysant certaines questions. Les recommandations qu'il formule ne sont pas destinées à être transposées dans la législation nationale même, mais plutôt à exposer les questions essentielles qu'il serait souhaitable d'aborder dans cette législation. Quelques-unes d'entre elles donnent cependant des indications précises sur la manière dont certaines dispositions législatives pourraient être rédigées."

3. Ajouter le texte ci-après dans le paragraphe 2, à la suite de la quatrième phrase:

> "Ils sont plus ou moins précis selon le point abordé. Certains, libellés en termes législatifs, indiquent dans le détail comment telle ou telle question devrait être traitée dans une loi sur l'insolvabilité, lorsque la solution à adopter en l'espèce fait l'objet d'un consensus très large. D'autres mentionnent les

points essentiels à aborder dans une loi sur l'insolvabilité à propos d'un thème particulier et proposent plusieurs solutions possibles, en montrant les différents aspects de fond et de procédure qu'il faudra éventuellement prendre en compte."

Première partie: Établir les principaux objectifs et la structure d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective

II. Mécanismes de règlement des difficultés financières du débiteur

4. Insérer l'introduction suivante avant le paragraphe 31:

"Le présent chapitre examine les différents mécanismes qui ont été créés et se sont avérés utiles pour résoudre les difficultés financières du débiteur, à savoir les procédures de redressement ou de liquidation menées conformément à la loi sur l'insolvabilité; les négociations engagées volontairement par le débiteur avec ses créanciers et menées pour l'essentiel en dehors de cette loi; et les procédures administratives mises en place dans un certain nombre de pays pour remédier, spécifiquement, aux problèmes financiers systémiques dans le secteur bancaire. Ce dernier mécanisme est mentionné dans le Guide pour information seulement et il n'est pas proposé ici de l'étendre à l'insolvabilité des débiteurs exerçant une activité économique. De même, les organismes d'assistance chargés de superviser ces procédures administratives particulières ne devraient pas être confondus avec les autorités, autres que judiciaires, qui pourraient être établies pour superviser des procédures d'insolvabilité concernant des débiteurs économiques et qui sont considérées comme un 'tribunal' au sens du présent Guide."

Deuxième partie: Dispositions essentielles d'une loi efficace et effective sur l'insolvabilité

II. Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

D. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

5. Les paragraphes 246 à 250 devraient être modifiés comme suit:

3. Attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure – octroi d'une priorité ou d'une sûreté

246. Il y a différents moyens d'attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure et d'en garantir le remboursement. Les crédits commerciaux ou les dettes contractés par un représentant de l'insolvabilité (ou un débiteur non dessaisi) dans le cours normal des affaires peuvent être traités automatiquement comme une dépense d'administration. Lorsque l'emprunt ou l'endettement sont essentiels pour

maximiser la valeur des actifs et que le crédit ou la dette ne peuvent normalement être assimilés à une dépense d'administration ou doivent être contractés en dehors du cours normal des affaires, le tribunal peut décider que ce crédit ou cette dette seront traités comme une dépense d'administration, qu'ils bénéficieront d'un superprivilège primant d'autres dépenses d'administration ou qu'ils seront garantis par la constitution d'une sûreté sur des actifs non grevés ou partiellement grevés.

a) Établissement d'une priorité

248. Lorsque l'entreprise du débiteur continue de fonctionner après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, soit pour être redressée soit pour que sa valeur soit préservée aux fins d'une cession en vue de la poursuite de l'activité, les dépenses engagées pour son exploitation sont généralement assimilées dans un certain nombre de lois sur l'insolvabilité à des dépenses d'administration. Les titulaires de créances prioritaires afférentes à l'administration de la procédure ne priment généralement pas les créanciers garantis, en ce qui concerne leurs sûretés réelles, mais viennent habituellement en premier rang (voir chap. V.B) devant les créanciers chirographaires ordinaires et seraient remboursés avant tous autres créanciers bénéficiant d'un privilège légal, comme le fisc ou les organismes de sécurité sociale. Les fournisseurs de biens et de services ne continueraient à fournir à crédit ces biens et services au représentant de l'insolvabilité que s'ils pouvaient raisonnablement s'attendre à être désintéressés avant les créanciers chirographaires antérieurs à l'ouverture de la procédure. Dans certains cas, cette priorité est donnée au motif que le nouveau crédit ou prêt 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 l'approbation du crédit ou du prêt par le tribunal ou les créanciers, tandis que d'autres prévoient que le représentant de l'insolvabilité peut obtenir le crédit ou le financement nécessaire sans cette approbation, bien que sa responsabilité personnelle puisse alors être engagée dans une certaine mesure, ce qui ne l'incite guère, lorsque c'est le cas, à rechercher de nouveaux financements.

250. D'autres lois sur l'insolvabilité prévoient un "superprivilège" d'administration si le crédit ou le financement ne peut être consenti du fait qu'il serait assimilé à une créance afférente à l'administration de la procédure et traité *pari passu* avec d'autres créances du même type, telles que la rémunération du représentant de l'insolvabilité ou du professionnel auquel il a été fait appel. Ce "superprivilège" prime les créances afférentes à l'administration de la procédure.

b) Constitution d'une sûreté

247. Lorsque le prêteur exige une sûreté, celle-ci peut être constituée sur un bien non grevé ou être une sûreté réelle de rang inférieur sur un bien déjà grevé, lorsque la valeur de ce dernier est nettement supérieure au montant de l'obligation garantie préexistante. Dans ce cas, le créancier garanti antérieur n'a en général besoin d'aucune protection particulière, car ses droits ne seront pas lésés, sauf si les circonstances changent par la suite (par exemple si la valeur des actifs grevés commence à s'éroder) et il conservera son rang de priorité antérieur à l'ouverture sur le bien grevé, à moins qu'il n'en convienne autrement. Les seuls actifs non grevés pouvant être disponibles pour garantir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure seront souvent des actifs récupérés par le biais d'une

procédure d'annulation. Toutefois, la constitution de sûretés sur ce type d'actifs pose problème dans certaines lois sur l'insolvabilité et n'est pas autorisée.

249. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient qu'un nouveau prêt bénéficiera d'une certaine priorité sur les créanciers garantis existants, parfois appelée "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 avisés et avoir la possibilité 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 contre toute diminution de la valeur économique des actifs grevés, y compris par une valeur suffisante de la fraction non grevée de l'actif. Dans certains systèmes juridiques, toutes ces options (priorité, superprivilège, sûreté et privilège) visant à attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure sont disponibles. En règle générale, la valeur économique des droits des créanciers garantis antérieurs devrait être protégée, afin que ceux-ci ne subissent pas de préjudice. Si nécessaire (et comme cela a déjà été dit à propos de la protection de la masse de l'insolvabilité, voir chap. II.B.8), un moyen peut être d'effectuer des versements périodiques ou de constituer des sûretés sur d'autres actifs se substituant à tous actifs susceptibles d'être utilisés par le débiteur ou grevés pour obtenir un nouveau prêt.

A/CN.9/559/Add.3

Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité: révisions apportées au document A/CN.9/WG.V/WP.70: Redressement

Additif

1. La présente note décrit les révisions et ajouts qui ont été apportés au commentaire et aux recommandations du chapitre IV (Redressement) du document A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part II) compte tenu des délibérations du Groupe de travail V à sa trentième session (29 mars-2 avril 2004) (voir le rapport de cette session publié sous la cote A/CN.9/551). La numérotation des paragraphes du commentaire et des recommandations reste inchangée; lorsque l'ordre des paragraphes ou des recommandations a été modifié, les numéros ne se suivent pas. Pour ce qui est des recommandations, les passages ajoutés ou révisés à la suite de la trentième session du Groupe de travail V ont été mis entre crochets.

2. Par souci d'économie, les paragraphes du commentaire et les recommandations qui n'ont pas été modifiés ne sont pas reproduits dans la présente note et restent tels qu'ils sont libellés dans le document A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part II). Les paragraphes non amendés ainsi que les parties non modifiées des recommandations faisant l'objet de la présente note sont signalés par la mention "Inchangé". Les notes de bas de page se rapportant aux recommandations ne sont pas reproduites non plus, sauf lorsque des changements y ont été apportés.

IV. Redressement

5. Approbation du plan

506. L'élaboration de 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, telles que le fait de savoir si les créanciers devraient ou non voter sur le plan par catégories, si tous les créanciers sont habilités à voter et comment les créanciers opposants seront traités. Les principes sous-jacents sont notamment les suivants: les créanciers dont les droits sont lésés par le plan, notamment les créanciers garantis, ne peuvent être liés par ce plan que si la possibilité leur a été donnée de voter; les créanciers garantis devraient voter séparément des créanciers chirographaires; les créanciers d'une même catégorie devraient chacun bénéficier du même traitement dans le cadre du plan; et une catégorie de créanciers opposante qui doit être liée par le plan devrait recevoir au moins autant que ce qu'elle aurait reçu dans une procédure de liquidation.

i) Classement des créances

506A. Insérer ici le paragraphe 506, à partir de la troisième phrase.

ii) Traitement des créanciers opposants

507. Inchangé.

508. Modifier comme suit les deuxième et troisième phrases :

> La loi pourrait prévoir, par exemple, que les créanciers opposants ne peuvent être liés que s'ils sont assurés d'un certain traitement. En règle générale, ce traitement consisterait à leur accorder dans le cadre du plan au moins autant que ce qu'ils auraient reçu dans une procédure de liquidation.

a) Procédures d'approbation

509. Ajouter, dans la première phrase, les mots "y compris les actionnaires" après "aux autres parties intéressées".

510. Remplacer, dans la première phrase, les mots "doivent voter" par "sont habilités à voter".

i) Traitement des créanciers qui s'abstiennent ou qui ne participent pas

510A. Insérer ici le paragraphe 510, à partir de la troisième phrase.

ii) Utilisation de présomptions

511. Inchangé.

b) Approbation par les créanciers garantis et les créanciers prioritaires

512. Remplacer, dans la deuxième phrase, les mots "l'opportunité d'un vote des créanciers garantis" par "la mesure dans laquelle les créanciers garantis seront habilités à voter". Le reste du paragraphe demeure inchangé.

513. Ajouter, à la fin de la deuxième phrase, les mots "avant que soient payés les créanciers non prioritaires". Remplacer, dans la dernière phrase, les mots "tenus de voter" par "habilités à voter".

515. Reconnaissant la nécessité de la participation des créanciers garantis, une deuxième approche consiste à autoriser les créanciers garantis et les créanciers prioritaires à voter, en tant que catégories distinctes de celle des créanciers chirographaires, sur un plan qui modifierait défavorablement les conditions de leurs créances ou à donner d'une autre façon leur consentement à être liés par le plan. Adopter une approche permettant aux créanciers garantis et aux créanciers prioritaires de voter en tant que catégorie distincte c'est apporter la garantie minimale qu'ils bénéficieront d'une protection adéquate et reconnaître que les droits et intérêts respectifs de ces créanciers diffèrent de ceux des créanciers chirographaires. Dans de nombreux cas, cependant, les droits des créanciers garantis et des créanciers prioritaires différeront les uns des autres, et il sera peut-être impossible d'exiger que tous les créanciers garantis ou tous les créanciers prioritaires votent dans une seule et même catégorie. Lorsqu'il en est ainsi, certaines lois prévoient que chaque créancier garanti forme une catégorie en soi. Lorsque les créanciers garantis votent effectivement, la majorité requise d'une catégorie de créanciers garantis sera généralement la même que celle exigée pour l'approbation par les créanciers chirographaires, bien que certaines lois prévoient des majorités différentes suivant la façon dont les droits des créanciers garantis seront affectés par le plan (par exemple, une loi prévoit que la majorité des trois quarts est nécessaire lorsqu'il doit y avoir un report d'échéance et la majorité des quatre cinquièmes lorsque les droits doivent être affectés d'une autre façon).

516. Déplacer la troisième phrase pour l'insérer au paragraphe 532A.

514. Remplacer, dans la dernière phrase, les mots "tenus ou non de voter" par "habilités ou non à voter".

517. Inchangé.

c) Approbation par les créanciers chirographaires ordinaires

518. Inchangé.

i) Catégories de créanciers chirographaires

519. Inchangé.

520. Modifier comme suit les deuxième et troisième phrases:

> 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 pour assurer le même traitement à tous les créanciers d'une même catégorie; 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 lorsqu'il y a un grand nombre de créanciers n'ayant pas le même intérêt économique et que le plan prévoit de leur accorder un traitement différent.

ii) Établissement des catégories

521. Inchangé.

d) Approbation par les actionnaires

522. Ajouter le texte suivant après la deuxième phrase:

> Lorsqu'ils sont habilités à voter, les actionnaires devraient être avisés et informés comme les autres créanciers autorisés à voter.

523. Inchangé.

e) Personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur

524. Inchangé.

f) Conditions exigées pour l'approbation du plan

525. Inchangé.

i) Lorsque le vote ne s'effectue pas par catégorie

526. Inchangé.

ii) Lorsque le vote s'effectue par catégorie

527. Ajouter la phrase suivante à la fin du paragraphe:

> Quelle que soit la formule retenue, il importe de l'indiquer clairement dans la loi pour apporter sécurité et transparence aux parties à la procédure de redressement.

– *Majorité dans une catégorie particulière*

528. Inchangé.

– *Majorité des catégories*

529. Modifier les deux dernières phrases comme suit:

> D'autres lois prévoient que le soutien de catégories de créanciers chirographaires ne peut emporter l'approbation du plan si des créanciers garantis y sont opposés. Les conditions requises pour lier les catégories opposantes sont examinées plus en détail aux points 7 et 8 ci-après.

6. Lorsque le plan proposé ne peut être approuvé

a) Modification du plan proposé

530. Inchangé.

b) Échec de l'approbation du plan

531. Inchangé.

7. Lier les catégories de créanciers opposantes

532. Ajouter le texte suivant après la deuxième phrase:

Ces conditions sont notamment les suivantes: que les approbations requises aient été obtenues et que le processus d'approbation ait été régulier; que le plan accorde aux créanciers au moins autant que ce qu'ils auraient reçu dans une procédure de liquidation; que le plan ne comporte pas de dispositions contraires à la loi sur l'insolvabilité ou à une autre loi applicable; que les créances et dépenses afférentes à l'administration de la procédure soient payées intégralement, sauf dans la mesure où le titulaire a accepté un traitement différent; que le plan traite les créances des catégories opposantes de créanciers en fonction du rang que leur accorde la loi sur l'insolvabilité (en d'autres termes, les créanciers de ces catégories seront payés intégralement, sous forme d'argent ou de biens, tels que des actions ou autres valeurs mobilières, avant que ne soient payés les créanciers d'un rang inférieur).

532A. Insérer ici la troisième phrase du paragraphe 516.

8. Homologation du plan par le tribunal

533. Inchangé.

a) Contestation de l'approbation du plan

534 à 536. Inchangés.

b) Mesures nécessaires pour l'homologation par le tribunal

537. Ajouter au début de la quatrième phrase les mots "Comme cela est indiqué au paragraphe 532".

538. Inchangé.

539. Modifier la deuxième phrase comme suit:

Il est très souhaitable, en particulier, que la loi n'exige pas du tribunal qu'il examine les justifications économiques et commerciales de la décision des créanciers (y compris les questions d'équité qui ne concernent pas la procédure d'approbation, mais le fond de ce qui a été convenu), ni qu'il étudie la faisabilité économique de certains aspects du plan, à moins que les cas dans lesquels ce pouvoir peut être exercé soient étroitement définis ou que le tribunal ait les compétences et l'expérience pour procéder à l'évaluation économique et commerciale nécessaire.

9. Effet d'un plan approuvé [et homologué]

540. Inchangé.

10. Contestation d'un plan après son homologation par le tribunal

541. Ajouter le texte suivant à la fin de la dernière phrase: "et dans quelle mesure les motifs invoqués pour contester le plan avec succès peuvent être pris en considération".

11. Modification d'un plan après approbation par les créanciers

542 à 544. Inchangés.

12. Exécution d'un plan

545. Inchangé.

13. Échec de l'exécution

546 et 547. Inchangés.

14. Conversion en liquidation

548. Ajouter, à la fin de la première phrase, cet autre motif de conversion: "ou encore en cas d'inexécution pour une autre raison".

Ajouter le texte suivant à la fin du paragraphe: "Il faudra peut-être examiner les règles de procédure applicables à l'ouverture et à la conduite de cette procédure de liquidation".

549 et 550. Inchangés.

Recommandations

Contenu des dispositions législatives

Délai pour l'élaboration du plan

123) a) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un plan peut être proposé au moment du dépôt, ou après le dépôt, d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, ou dans un délai spécifié après l'ouverture de cette procédure:

i) et ii) Inchangés.

b) La loi sur l'insolvabilité devrait également traiter des délais pour proposer un plan lorsque la procédure de liquidation est convertie en procédure de redressement.

Élaboration d'une note d'information

126) La loi sur l'insolvabilité devrait exiger qu'un plan soumis à l'examen des créanciers et des actionnaires [qui sont habilités à voter sur son approbation] soit accompagné d'une note d'information qui permette de prendre une décision en connaissance de cause sur le plan. Cette note devrait être établie par la partie qui propose le plan.

Présentation du plan et de la note d'information

127) La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir un mécanisme pour la présentation du plan et de la note d'information aux créanciers et aux actionnaires qui sont habilités à voter sur l'approbation du plan.

Contenu de la note d'information

129) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la note d'information contient notamment[92] :

[a) Une description détaillée du plan;]

b) Des renseignements sur la situation financière du débiteur, y compris ses actifs, son passif et ses flux de trésorerie;

c) Des renseignements non financiers qui pourraient avoir une incidence sur l'exécution future des obligations du débiteur (par exemple, l'existence d'un nouveau brevet);

d) Une comparaison du traitement accordé aux créanciers par le plan et de ce qu'ils recevraient en cas de liquidation;

e) Un exposé des raisons pour lesquelles l'entreprise serait en mesure de poursuivre ses activités et pourrait être redressée avec succès;

f) Des renseignements montrant que l'exécution du plan fera que [les actifs du débiteur excéderont son passif] [et que des dispositions adéquates ont été prises pour que toutes les obligations prévues dans le plan soient satisfaites]; et

g) Des renseignements sur les mécanismes de vote applicables à l'approbation du plan.

Contenu du plan

128) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les éléments minimums d'un plan. Le plan devrait:

a) Identifier chaque catégorie de créanciers et indiquer le traitement prévu pour chacune (par exemple, combien elles recevront et quel sera le calendrier des paiements [le cas échéant]);

[b) Indiquer dans le détail le traitement accordé aux actionnaires;]

[c) Indiquer dans le détail le traitement accordé aux créances légales qui ne peuvent être modifiées par lui;[91a]]

d) Indiquer dans le détail ses stipulations;

e) Déterminer le rôle que jouera le débiteur dans son exécution;

f) Identifier les personnes qui seront chargées de la gestion future de l'entreprise du débiteur et de la supervision de l'exécution du plan [et indiquer leurs liens avec le débiteur et leur rémunération]; et

g) Indiquer ses modalités d'exécution.

---

92 Lorsqu'il n'élabore pas le plan ni la note, ou qu'il ne participe pas à leur élaboration, le représentant de l'insolvabilité devrait être tenu de présenter ses observations au sujet de ces deux documents. Les renseignements fournis dans la note d'information devraient être soumis aux obligations de confidentialité mentionnées au par. ... et dans la recommandation 96.

91a [Pour des motifs d'ordre public, certains États ne permettent pas que des créances comme les créances fiscales et certaines créances découlant des droits des salariés, soient modifiées en cas d'insolvabilité. Voir par. 291, 633 à 635 et rec. 172.].

Mécanismes de vote

130) Supprimer la dernière phrase – voir recommandation 142.

[130A) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un créancier dont les droits sont modifiés par le plan ne devrait pas être lié par les stipulations de ce dernier sauf s'il lui a été donné [la possibilité] [une possibilité raisonnable] de voter.]

[130B) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsque le plan prévoit que les droits d'un créancier ou d'une catégorie de créanciers ne seront ni modifiés ni lésés par ses stipulations, ce créancier ou cette catégorie de créanciers ne sont pas habilités à voter sur l'approbation du plan.]

[130C) Si elle spécifie que les créanciers garantis ou les créanciers prioritaires peuvent être liés par les stipulations du plan, la loi sur l'insolvabilité devrait aussi spécifier que ces créanciers [votent dans [une ou plusieurs] catégories distinctes] [sont rangés séparément par catégorie et votent par catégorie séparément] de celle des créanciers chirographaires non prioritaires.]

[130D) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que tous les créanciers d'une même catégorie devraient se voir offrir [le même traitement] [les mêmes conditions].]

Approbation par catégories

133) Lorsque, pour l'approbation du plan, il est procédé à un vote par catégories [dont les droits seront modifiés par le plan], la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier comment seront traités, aux fins de cette approbation, les résultats obtenus dans chaque catégorie. Différentes solutions sont possibles: par exemple, on peut exiger [l'approbation par toutes les catégories ou] l'approbation par une majorité spécifiée de catégories [, mais au moins une catégorie de créanciers dont les droits sont modifiés doit approuver le plan.]

134) Lorsque la loi sur l'insolvabilité n'exige pas l'approbation de l'ensemble des catégories [dont les droits seront modifiés par le plan], elle devrait indiquer le traitement à réserver à celles qui ne votent pas en faveur du plan qui par ailleurs est approuvé par les catégories requises [conformément aux conditions énoncées dans la recommandation 138 a) à e)].

Non-approbation d'un plan

135) Supprimée – voir recommandations 142 et 145.

Utilisation continue des actifs grevés

137) Supprimée.

Homologation d'un plan approuvé

138) Lorsque la loi sur l'insolvabilité exige qu'un plan approuvé soit homologué par le tribunal, celui-ci devrait homologuer ce plan si les conditions suivantes sont remplies:

a) [les approbations requises ont été obtenues et] le processus d'approbation a été régulier;

b) Les créanciers recevront [au moins autant dans le cadre du plan que] [une valeur économique, calculée à la date effective du plan, au moins équivalente à] ce qu'ils auraient reçu en cas de liquidation, à moins qu'ils n'aient expressément accepté un traitement moins favorable;

c) Le plan ne comporte pas de dispositions contraires à la loi;

d) Les créances et dépenses afférentes à l'administration de la procédure seront intégralement payées, sauf dans la mesure où le titulaire accepte un traitement différent; et

e) [le traitement des créances[93] [des créanciers] dans le plan est conforme à leur classement prévu par la loi sur l'insolvabilité, sauf dans la mesure où [les créanciers concernés ou] [les catégories de créanciers dont les droits sont modifiés par le plan] en sont convenus [autrement[94]].] [Les créances d'une catégorie de créanciers ayant voté contre le plan sont traitées par ce dernier conformément au rang que la loi sur l'insolvabilité accorde à cette catégorie de créances.]

Contestation de l'approbation (lorsque aucune homologation n'est exigée)

139) Lorsqu'un plan devient contraignant lors de son approbation par les créanciers sans que son homologation par le tribunal soit requise, la loi sur l'insolvabilité devrait permettre aux parties intéressées, y compris au débiteur, d'en contester l'approbation. Elle devrait spécifier des critères permettant d'apprécier le bien-fondé de la contestation, parmi lesquels devraient figurer:

a) Le respect des conditions énoncées dans la recommandation 138; et

b) La fraude, auquel cas les dispositions des alinéas a) à c) de la recommandation 140 devraient s'appliquer.

Contestation d'un plan homologué

140) La loi sur l'insolvabilité devrait permettre la contestation d'un plan homologué au motif qu'il y a eu fraude. Elle devrait spécifier:

a) et b) Inchangés;

c) Que la contestation devrait être entendue par le tribunal.

Modification du plan

142) La loi sur l'insolvabilité devrait permettre de modifier un plan et spécifier les parties qui peuvent proposer des modifications et le moment auquel le plan peut être modifié [notamment entre sa présentation et son approbation, entre son approbation et son homologation, après son homologation et pendant son exécution, lorsque la procédure reste ouverte.]

---

93 Y compris les créances afférentes aux frais et dépenses d'administration.

94 Si un ou plusieurs créanciers doivent recevoir un traitement moins favorable que celui correspondant à leur rang prévu par la loi sur l'insolvabilité, le tribunal devrait s'assurer qu'ils y ont consenti.

Approbation des modifications

143) La loi sur l'insolvabilité devrait établir un mécanisme pour l'approbation des modifications du plan. [Lorsque le plan est modifié après son approbation par les créanciers,] ce mécanisme devrait exiger l'envoi d'une notification aux créanciers et aux autres parties [concernés par les modifications]; spécifier la partie qui doit envoyer la notification; exiger que les créanciers et les autres parties [concernés par les modifications] donnent leur approbation et que les règles prévues pour l'homologation (lorsque celle-ci est requise) soient respectées. Elle devrait également spécifier les conséquences de la non-approbation des modifications proposées.

Supervision de l'exécution

144) Inchangée.

Conversion en liquidation

145) La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le tribunal à convertir la procédure de redressement en liquidation lorsque:

a) Aucun plan n'est proposé dans le délai spécifié par la loi et aucune prorogation de ce délai n'est approuvée par le tribunal;

b) Une demande de conversion est présentée par le représentant de l'insolvabilité ou les créanciers;

c) Le plan proposé n'est pas approuvé;

d) Le plan approuvé n'est pas homologué (lorsque l'homologation est exigée par la loi);

e) Le plan approuvé ou homologué est contesté avec succès; ou

f) Il y a eu une violation substantielle des stipulations du plan [par le débiteur] [ou l'exécution du plan échoue pour d'autres raisons][95a].

B. Procédure de redressement accélérée[96a]

1. Introduction

551. Comme on l'a vu plus haut dans la première partie du Guide, un redressement peut être opéré de différentes manières, notamment au moyen de négociations de restructuration volontaires et informelles (c'est-à-dire menées dans un cadre extrajudiciaire), dans lesquelles le tribunal intervient peu ou n'intervient pas du tout et qui dépendent essentiellement de l'accord des parties concernées, ou dans le cadre d'une procédure conduite sous la supervision formelle d'un tribunal. La procédure judiciaire se caractérise généralement par la participation de tous les

---

[95a] [La conversion n'est possible en l'espèce que lorsque la procédure reste ouverte pendant l'exécution du plan.].

[96a] Cette procédure s'appuyant sur la convention conclue dans le cadre de négociations volontaires de restructuration, la présente section devrait être lue en parallèle avec la section A du chapitre II de la première partie.

créanciers du débiteur et par l'élaboration d'un plan de redressement et son approbation par les créanciers et d'autres parties intéressées après son ouverture. Le redressement peut cependant s'opérer aussi dans le cadre d'une procédure ouverte pour donner effet à un plan négocié et convenu par les créanciers concernés lors de négociations volontaires de restructuration qui ont lieu avant l'ouverture de la procédure, lorsque la loi sur l'insolvabilité autorise le tribunal à accélérer la conduite de cette procédure (appelée dans la présente section "procédure de redressement accélérée").

551A. Comme elles permettent d'éviter en grande partie les coûts, retards et exigences procédurales et juridiques liés aux procédures judiciaires de redressement, les négociations volontaires de restructuration et les procédures de redressement accélérées représentent souvent le moyen le plus efficace et le plus économique de résoudre les difficultés financières du débiteur, même s'il se peut qu'elles ne soient pas efficaces dans tous les cas de difficulté financière du fait qu'elles dépendent de certaines conditions préalables qui sont examinées dans la première partie du Guide. Ces conditions peuvent notamment être les suivantes: sommes importantes dues à un nombre limité de grandes banques ou autres institutions financières; acceptation de l'idée qu'il peut être préférable de négocier un accord entre le débiteur et les prêteurs mais aussi entre les prêteurs eux-mêmes afin de résoudre les difficultés financières du débiteur; perspective d'une solution plus avantageuse pour toutes les parties 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); et le débiteur n'a pas besoin d'une remise de ses dettes commerciales ou des avantages d'une procédure judiciaire d'insolvabilité, tels que l'arrêt automatique des poursuites ou la possibilité de rejeter des dettes trop lourdes.

551B. Bien que dépendantes de ces conditions, les négociations volontaires de restructuration et les procédures de redressement accélérées peuvent constituer des outils précieux parmi les différentes solutions auxquelles peuvent recourir les milieux d'affaires d'un pays en cas d'insolvabilité. Le recours à de telles solutions devrait être encouragé, non parce que le régime judiciaire de l'insolvabilité d'un pays est déficient, inefficace ou peu fiable mais plutôt en raison des avantages qu'elles peuvent offrir en tant que complément d'une procédure d'insolvabilité purement judiciaire assurant l'équité et la sécurité juridique. De plus, ces solutions marchent d'autant mieux qu'il est possible, si le processus de négociation ne peut être engagé ou se solde par un échec, de recourir rapidement et efficacement à la loi sur l'insolvabilité.

552. Ajouter, au début de la troisième phrase, les mots "Pour offrir un cadre de négociation susceptible d'être accepté par tous les participants et".

553. Modifier comme suit les troisième et quatrième phrases:

> Dans la plupart des systèmes juridiques existants, une telle modification des droits contractuels exige que soit ouverte une procédure de redressement judiciaire ordinaire conformément à la loi sur l'insolvabilité, à laquelle participeront tous les créanciers, et que soient respectées les dispositions de la loi sur l'insolvabilité régissant la conduite de cette procédure. Le temps est généralement un facteur capital dans le redressement d'une entreprise et les

lenteurs (inhérentes à une procédure d'insolvabilité judiciaire ordinaire) risquent souvent d'être coûteuses, voire de faire échec à l'élaboration d'une solution efficace.

2. Créanciers participant généralement aux négociations volontaires de restructuration

554. Inchangé.

555. Du fait que peu de catégories de créanciers participent normalement à des négociations volontaires de restructuration, il est plus facile de parvenir à un accord que dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire ordinaire, qui touche généralement toutes les créances. Puisque, dans le cas de négociations volontaires de restructuration, certains types de créanciers non institutionnels et autres, tels que les créanciers commerciaux, continuent habituellement à être payés dans le cours normal des affaires, ils ne s'opposeront probablement pas à la restructuration proposée et n'ont pas besoin de participer aux négociations. En revanche, si leurs droits doivent être modifiés par le plan de restructuration, il faudrait soumettre les modifications proposées à leur approbation.

3. Procédure d'exécution d'un accord volontaire de restructuration

556. Une loi sur l'insolvabilité peut prévoir, dans ses dispositions régissant l'ouverture d'une procédure de redressement, des dispositions pour la reconnaissance des accords volontaires de restructuration et autorisant l'accélération de cette procédure. Dans ce cas, il faudra envisager de préciser à quels débiteurs ces dispositions pourraient s'appliquer et quelles parties pourront être concernées par cette procédure accélérée.

a) Débiteurs pouvant bénéficier de la procédure

557. Une procédure de redressement accélérée peut être ouverte à la demande de tout débiteur remplissant les conditions requises par les dispositions générales de la loi sur l'insolvabilité relatives au redressement pour engager une telle action si, d'une manière générale, il ne sera probablement pas en mesure de payer ses dettes à leur échéance.

558. Inchangé.

b) Obligations visées

559. Modifier comme suit la dernière phrase:

> Les obligations particulières qui seront visées dans un cas d'espèce seraient celles spécifiées dans le plan devant être reconnu dans le cadre de la procédure accélérée.

c) Application de la loi sur l'insolvabilité

560. Modifier comme suit les première et deuxième phrases:

> Une loi sur l'insolvabilité permettant le recours à une procédure accélérée devra préciser lesquelles de ses dispositions régissant la procédure judiciaire ordinaire s'appliqueront à ce type de procédure, et en particulier si leurs

modalités d'application doivent être modifiées. Ainsi, par exemple, les dispositions régissant la procédure judiciaire ordinaire qui s'appliqueraient généralement de la même manière à la procédure accélérée (sauf modification expresse) seraient celles concernant les formalités 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 pour que l'on sache avec certitude qui est inclus dans le plan et qui en est exclu); les conditions d'approbation du plan (y compris la communication du plan et d'informations complémentaires aux créanciers concernés, la détermination des catégories de créanciers, les comités de créanciers et les critères et les majorités requis pour l'approbation); l'effet et l'homologation du plan, y compris les conditions de traitement protégeant les intérêts des créanciers opposants; l'exécution du plan et la remise des dettes.

561. Modifier comme suit la première phrase:

Les dispositions de la loi sur l'insolvabilité qui pourraient ne pas s'appliquer à une procédure accélérée concerneraient notamment la nomination du représentant de l'insolvabilité, à moins que celle-ci ne soit expressément prévue dans le plan; la déclaration des créances; l'obligation de notification et les délais pour l'approbation du plan (lorsque la loi sur l'insolvabilité comporte de telles dispositions); et le vote sur le plan (puisqu'il est intervenu avant l'ouverture).

562. Inchangé.

d) Accélération de la procédure

563. Modifier la première phrase comme suit:

Pour tirer pleinement parti de l'accord négocié et éviter les lenteurs qui risquent de rendre son application impossible, il faudra peut-être examiner dans la loi sur l'insolvabilité non seulement comment les mesures prises avant l'ouverture peuvent être reconnues comme indiqué plus haut, mais aussi comment la procédure accélérée peut être menée à bien plus rapidement qu'une procédure de redressement judiciaire ordinaire.

Modifier la quatrième phrase comme suit:

Par exemple, si un plan a été négocié et accepté par une catégorie particulière de créanciers – généralement les créanciers institutionnels – à une majorité suffisante pour satisfaire aux règles de vote énoncées dans la loi sur l'insolvabilité pour l'approbation d'un plan de redressement et s'il ne porte pas atteinte aux droits des autres créanciers, le tribunal pourrait ordonner la tenue d'une réunion ou d'une audience limitée à cette catégorie de créanciers.

564. Modifier la première phrase comme suit:

Même si elle prévoit le traitement rapide des affaires remplissant les conditions requises, il est hautement souhaitable que la loi sur l'insolvabilité n'accorde pas aux créanciers opposants et aux autres parties une protection inférieure à celle dont bénéficient les créanciers opposants et les autres parties dans une procédure de redressement judiciaire ordinaire.

565. Il faudra peut-être modifier d'autres lois pour encourager tant les négociations volontaires de restructuration que les procédures de redressement accélérées ou pour en tenir compte. Ainsi faudrait-il peut-être revoir les lois qui rendent les administrateurs responsables des opérations effectuées pendant que sont menées des négociations volontaires de restructuration; celles qui ne reconnaissent pas les obligations découlant de crédits 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

Contenu des dispositions législatives

Ouverture de la procédure de redressement accélérée

146) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une procédure accélérée peut être ouverte à la demande de tout débiteur:

a) Qui, d'une manière générale, ne sera probablement pas en mesure de payer ses dettes à leur échéance;

b) Qui a négocié un plan de redressement et l'a fait accepter par chacune des catégories de créanciers concernées et par chaque créancier concerné n'appartenant à aucune catégorie votante; et

c) Inchangé.

Conditions requises pour présenter une demande

147) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la demande d'ouverture d'une procédure de redressement accélérée devrait être accompagnée des pièces suivantes:

a) Le plan de redressement et la note d'information;

b) Une description des négociations volontaires de restructuration qui ont précédé le dépôt de la demande d'ouverture, y compris les informations fournies aux créanciers concernés pour leur permettre de se prononcer en connaissance de cause sur le plan;

c) Un certificat attestant que les créanciers non concernés sont payés dans le cours normal des affaires et que le plan ne modifie ni ne compromet [sans leur accord] les droits ou les créances des créanciers privilégiés, tels que les autorités fiscales, les organismes de sécurité sociale ou les salariés [à moins que la possibilité leur ait été donnée de voter sur le plan];

d) Inchangé;

e) Une analyse financière ou d'autres éléments de preuve démontrant que le plan satisfait à toutes les conditions applicables au redressement; et

f) Une liste des membres de tout comité des créanciers constitué au cours des négociations volontaires de restructuration.

Ouverture

148) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la demande d'ouverture entraînera l'ouverture automatique de la procédure ou que le tribunal sera tenu de décider rapidement si le débiteur remplit les conditions prévues dans la recommandation 146 et, dans l'affirmative, d'ouvrir la procédure.

Effet de l'ouverture

149) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que:

a) Ses dispositions applicables à la procédure de redressement ordinaire s'appliqueront également à la procédure accélérée, sauf s'il est spécifié qu'elles ne sont pas applicables;[98]

b) Sauf décision contraire du tribunal, les effets de l'ouverture devraient se limiter au débiteur, aux créanciers et aux catégories de créanciers et aux actionnaires dont les droits sont modifiés ou qui sont concernés par le plan

c) Inchangé; et

d) Une audience aux fins de l'homologation du plan par le tribunal devrait avoir lieu le plus rapidement possible.

Notification de l'ouverture

150) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que l'ouverture d'une procédure accélérée est notifiée aux créanciers [concernés] et aux actionnaires [concernés] par les moyens existants. Cette notification devrait indiquer:

a) à e) Inchangés.

Homologation du plan

151) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal homologuera le plan si:

a) Celui-ci satisfait aux conditions de fond pour l'homologation d'un plan dans le cadre d'une procédure de redressement ordinaire, pour autant que ces conditions s'appliquent aux créanciers concernés et aux actionnaires concernés;

b) La notification adressée et les informations communiquées aux créanciers concernés et aux actionnaires concernés durant les négociations volontaires de restructuration 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 à la loi applicable;

---

[98] Les dispositions de la loi sur l'insolvabilité qui ne seraient pas applicables d'une manière générale concerneraient notamment la déclaration de la totalité des créances; la notification et les délais pour l'approbation du plan; les mécanismes de communication du plan et de la note d'information aux créanciers et aux autres parties intéressées et d'appel à voter et de vote sur le plan après l'ouverture de la procédure; la nomination d'un représentant de l'insolvabilité (en général cette nomination n'interviendra que si le plan l'exige); la modification du plan après son homologation. Une exception aux dispositions de la loi sur l'insolvabilité régissant la procédure de redressement ordinaire serait que les créanciers non concernés par le plan seraient payés dans le cours normal des affaires pendant l'exécution dudit plan.

c) Les créanciers non concernés sont payés dans le cours normal des affaires et le plan ne modifie ni ne compromet, sans leur accord, les droits ou les créances des créanciers prioritaires tels que les autorités fiscales, les organismes de sécurité sociale ou les salariés [à moins que la possibilité leur ait été donnée de voter sur le plan]; et

d) Inchangé.

Effet d'un plan homologué

152) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le plan homologué par le tribunal ne devrait avoir d'effet que pour le débiteur et pour les créanciers et les actionnaires concernés par ce plan.

Échec de l'exécution d'un plan homologué

153) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'en cas de violation substantielle des stipulations d'un plan homologué par le tribunal conformément à la recommandation 151, la procédure peut être close et les créanciers peuvent exercer leurs prérogatives conformément au droit.

II. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ET CONCILIATION

A. Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-neuvième session (Vienne, 10-14 novembre 2003)

(A/CN.9/545) [Original: Anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-17

II. Résumé des délibérations et décisions. 18

III. Texte révisé du projet d'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 19-92

Paragraphe 1 20

Paragraphe 2 21-27

Alinéas a) et b) 22-25

Alinéa c) 26

Alinéa d) 27

Paragraphe 3 28-32

Alinéa a) 29-30

Alinéa b) 31-32

Paragraphe 4 33-34

Paragraphe 5 35-43

Paragraphe 6 44-48

Paragraphe 7 49-92

Alinéa a) 52-54

Alinéa a) i) 55

Alinéa a) ii). 56

Alinéa a) iii) 57-58

Alinéa b) 59-62

Alinéa b) i) 63-68

Alinéa b) ii). 69-70

Alinéa c) 71-73

Alinéa d) 74-82
Alinéa e) 83-87
Alinéa f) 88-92
IV. Texte révisé du projet d'article 17 *bis* de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international relatif à la reconnaissance et à l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires 93-112
Paragraphe 1 95-102
Paragraphe 2 103
Alinéa a) 104
Alinéa a) i) 105-112

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 le moment était venu d'évaluer l'expérience, riche et positive, accumulée grâce à l'adoption de lois nationales fondées sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) et l'utilisation du Règlement d'arbitrage et du Règlement de conciliation de la CNUDCI, ainsi que de déterminer, au sein de l'instance universelle 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 (Arbitrage)" et avait décidé que les points prioritaires devant être traités par 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

[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.

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 à la Commission en raison de l'intérêt qu'ils pourraient présenter étaient, outre ceux que le Groupe de travail pourrait identifier en tant que tels, la signification et l'effet de la disposition relative au droit le plus favorable de l'article VII de la Convention de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (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[7].

5. À sa trente-cinquième session, en 2002, la Commission a adopté la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale et 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 a noté que le Groupe de travail avait examiné le projet de disposition législative type modifiant le paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (voir A/CN.9/WG.II/WP.118, par. 9) et un projet d'instrument interprétatif concernant le paragraphe 2 l'article II de la Convention de New York (ibid., par. 25 et 26). Elle a noté que le

---

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

7 Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), par. 312 à 314.

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 a 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 de la CNUDCI sur l'arbitrage, que le secrétariat avait été prié d'élaborer pour examen ultérieur par le Groupe de travail, pourrait être particulièrement utile à cette fin, 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 (A/CN.9/508, par. 15). La Commission a estimé que les États membres et les États observateurs qui participaient aux délibérations du Groupe de travail devraient avoir suffisamment de temps pour 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. La Commission a considéré qu'à cette fin il serait sans doute préférable que le Groupe de travail repousse 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 a noté que le Groupe de travail avait examiné un projet de texte modifiant l'article 17 de la Loi type (A/CN.9/WG.II/WP.119, par. 74) et que le secrétariat avait été prié d'établir, en tenant compte des débats menés au sein du Groupe de travail, une version révisée des dispositions pour examen à une session ultérieure. Il a aussi été noté 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].

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 du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.119). Il a également eu un bref échange de vues sur la question de la reconnaissance et de l'exécution des mesures provisoires en se fondant sur une note du secrétariat. À cet égard, une autre proposition d'ordre rédactionnel a été présentée par les États-Unis d'Amérique (A/CN.9/523, par. 14, 78 et 79).

9. À sa trente-huitième session, tenue à New York du 12 au 16 mai 2003, le Groupe de travail a examiné la question de la reconnaissance et de l'exécution des mesures provisoires ordonnées par un tribunal arbitral ainsi qu'un projet de disposition habilitant la juridiction étatique à ordonner des mesures provisoires ou

---

[8] Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 182 à 184.

conservatoires pour appuyer l'arbitrage. Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée contenant les diverses variantes dont a débattu le Groupe de travail.

10. À sa trente-sixième session, tenue à Vienne du 30 juin au 11 juillet 2003, la Commission est convenue que le Groupe de travail ne pourrait probablement pas avoir achevé d'examiner tous les sujets, à savoir la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage et les diverses questions ayant trait aux mesures provisoires ou conservatoires, avant sa trente-septième session en 2004. Elle comptait que le Groupe de travail accorderait un certain degré de priorité aux mesures provisoires ou conservatoires et a pris note de l'avis selon lequel la question des mesures provisoires *ex parte*, qui – elle l'a reconnu – restait controversée, ne devait pas retarder la progression des travaux sur ce sujet[9].

11. Le Groupe de travail sur l'arbitrage, composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa trente-neuvième session à Vienne du 10 au 14 novembre 2003. Ont participé à cette session les États membres du Groupe de travail suivants: Allemagne, Autriche, Brésil, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Lituanie, Mexique, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Suède, Thaïlande et Uruguay.

12. Ont assisté à la session les observateurs des États suivants: Albanie, Algérie, Argentine, Australie, Chypre, Costa Rica, Croatie, Cuba, Danemark, Finlande, Irlande, Koweït, Liban, Nigéria, Pakistan, Panama, Pérou, Pologne, Qatar, République de Corée, Slovaquie, Suisse, Turquie, Ukraine, Venezuela, Yémen et Zimbabwe.

13. Ont également assisté à la session les observateurs des organisations intergouvernementales suivantes: Conférence de La Haye de droit international privé (CODIP), Union internationale du Notariat Latin (UINL), Comité consultatif sur l'Article 2022 de l'Accord de libre-échange nord-américain et Cour permanente d'arbitrage (CPA).

14. Des observateurs des organisations internationales non gouvernementales ci-après, qui avaient été invitées par la Commission ont aussi assisté à la session: Association américaine d'arbitrage (AAA), Arab Union of International Arbitration, Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, Center for International Legal Studies, Conseil des Barreaux de l'Union Européenne (CCBE), Conseil international pour l'arbitrage commercial, Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI), Moot Alumni Association, Regional Centre for Arbitration Kuala Lumpur, School of International Arbitration, The Chartered Institute of Arbitrators, Club of Arbitrators et Association européenne des étudiants en droit (ELSA).

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

Président: M. José María ABASCAL ZAMORA (Mexique);

Rapporteur: Mme Vilawan MANGKLATANAKUL (Thaïlande).

16. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: a) ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.124); b) note du secrétariat contenant le texte révisé

9 Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 203.

d'un projet de disposition sur le pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires (A/CN.9/WG.II/WP.123); c) un projet de disposition sur la reconnaissance et l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires nouvellement révisé comme suite aux décisions prises par le Groupe de travail à sa trente-huitième session (A/CN.9/WG.II/WP.125); d) rapport du Groupe de travail sur les travaux de ses trente-septième et trente-huitième sessions (A/CN.9/523 et 524).

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

1. Calendrier des séances.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Élaboration de dispositions uniformes sur les mesures provisoires ou conservatoires pour insertion dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

II. Résumé des délibérations et décisions

18. Le Groupe de travail a examiné le point 4 de son ordre du jour en se fondant sur les notes établies par le secrétariat (ACN.9/WG.II/WP.123 et 125). Un compte rendu de ses délibérations et conclusions sur ce point figure aux chapitres III et IV ci-dessous. Le secrétariat a été prié de réviser le texte de certaines dispositions en se fondant sur lesdites délibérations et conclusions.

III. Texte révisé du projet d'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

19. Le texte du projet d'article 17 qu'a examiné le Groupe de travail était le suivant:

"1) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, 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 préjudice [, 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 le demandeur 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 au demandeur 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) Le demandeur 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) Le demandeur montre qu'il est nécessaire de procéder de cette façon pour éviter que la mesure ne soit compromise avant qu'elle soit accordée;

b) Le demandeur:

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 à l'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;]"

Paragraphe 1

20. Le Groupe de travail a estimé que le paragraphe 1 était dans l'ensemble acceptable quant au fond.

Paragraphe 2

Exhaustivité de la liste des fonctions caractéristiques des mesures provisoires ou conservatoires

21. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa trente-septième session, il avait convenu qu'il faudrait faire ressortir très clairement que la liste de mesures provisoires ou conservatoires donnée dans les divers alinéas n'était pas exhaustive (A/CN.9/508, par. 71). Il a noté que la liste remaniée semblait exhaustive et a entrepris d'examiner si tous les motifs concevables qui pourraient justifier une mesure provisoire ou conservatoire étaient couverts par la formulation actuelle. Il a été proposé d'ajouter un alinéa pour prévoir la possibilité de l'accord par un tribunal arbitral d'une mesure provisoire ou conservatoire dans des circonstances

exceptionnelles non actuellement couvertes par le paragraphe 2. Cette suggestion a bénéficié d'un certain appui, mais il a été largement estimé que l'ajout proposé n'était pas nécessaire. Il a été rappelé que le paragraphe, dans sa version précédente, tentait d'énumérer tous les types de mesures provisoires ou conservatoires, alors que la version actuelle énonçait dans les grandes lignes des catégories génériques décrivant les fonctions ou finalités de diverses mesures provisoires ou conservatoires sans se concentrer sur des mesures particulières. La version actuelle offrait par conséquent une approche souple couvrant toutes les circonstances possibles dans lesquelles une mesure provisoire ou conservatoire pourrait être sollicitée. Il a également été souligné qu'une liste générique exhaustive était préférable, car elle clarifiait les attributions du tribunal arbitral et pourrait peut-être donner aux juridictions étatiques une tranquillité d'esprit au moment de la reconnaissance ou de l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire. Après un débat, le Groupe de travail a convenu que, dans la mesure où toutes les finalités des mesures provisoires ou conservatoires étaient génériquement couvertes par la liste révisée figurant au paragraphe 2, il n'était plus nécessaire de préciser que cette liste n'était pas exhaustive.

Alinéas a) et b)

"[*de sorte qu'une sentence ultérieure puisse, ou puisse plus facilement, être exécutée*]"

22. Il a été proposé de supprimer le texte entre crochets figurant aux alinéas a) et b), à savoir "de sorte qu'une sentence ultérieure puisse, ou puisse plus facilement, être exécutée". À l'appui de cette proposition, il a été avancé que le paragraphe 2 présentait davantage la définition d'une mesure provisoire ou conservatoire que les conditions requises pour ordonner une telle mesure, énoncées au paragraphe 3 du projet d'article. Il a été dit que le fait de conserver le texte entre crochets figurant aux alinéas a) et b) pourrait être interprété comme imposant une condition supplémentaire à remplir pour qu'une mesure provisoire ou conservatoire puisse être accordée. En outre, il a été dit qu'il pourrait exister des circonstances dans lesquelles une mesure provisoire ou conservatoire pourrait être sollicitée à des fins autres que pour qu'une sentence ultérieure puisse, ou puisse plus facilement, être exécutée, par exemple dans le cas d'une partie qui solliciterait une mesure provisoire ou conservatoire empêchant une partie d'aggraver le différend en engageant une procédure dans un autre for. Le Groupe de travail a décidé qu'il fallait supprimer le texte entre crochets figurant aux alinéas a) et b).

"*de préserver ou de rétablir le statu quo*"

23. Il a été proposé de fusionner les alinéas a) et b), car la nécessité de préserver ou de rétablir le statu quo ne devrait être considérée que comme une sous-catégorie d'un ensemble plus vaste de circonstances dans lesquelles une mesure provisoire ou conservatoire serait nécessaire pour empêcher que la partie qui sollicite cette mesure ne subisse un préjudice. Une question plus fondamentale a été soulevée, à savoir: la présentation ou le rétablissement du statu quo devrait-il être considéré comme une fonction naturelle d'un tribunal arbitral en l'absence de l'une quelconque des circonstances couvertes par l'alinéa b)? Cependant, il a été fermement estimé qu'il était nécessaire de conserver l'alinéa a), qui énonçait le concept de préservation du

statu quo, car ce concept était bien établi et compris dans de nombreux systèmes comme une des finalités d'une mesure provisoire ou conservatoire.

"*immédiatement ou sous peu un préjudice*"

24. Selon un avis, si le Groupe de travail décidait de supprimer le texte entre crochets figurant à l'alinéa b), il en résulterait une définition très large renvoyant à un "préjudice" sans aucune indication quant à sa nature ou à la personne lésée. Il a été avancé que cela pourrait conduire des tribunaux arbitraux à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires qui ne seraient pas confirmées par des juridictions étatiques, et susciter devant la juridiction chargée d'exécuter la sentence des différends quant au préjudice requis. Après un débat, cependant, le Groupe de travail a convenu qu'il existait indubitablement un chevauchement entre les alinéas a) et b), mais que le maintien des deux risquait peu de créer un tort et pourrait même être jugé particulièrement utile dans certains systèmes juridiques.

25. On s'est demandé par ailleurs si les mots "de nature à causer, immédiatement ou sous peu un préjudice" à l'alinéa b) étaient appropriés ou s'ils risquaient de poser des problèmes de preuve étant donné que, lorsqu'une mesure provisoire ou conservatoire était sollicitée, on disposait souvent de faits insuffisants pour prouver qu'à moins qu'une mesure particulière soit prise ou au contraire ne soit pas prise, un préjudice serait inévitablement causé. Il a été émis l'idée qu'un texte du genre "qui seraient susceptibles de causer" ou "qui pourraient causer" pourrait résoudre ce problème. Plusieurs délégations ont déclaré craindre qu'une telle formulation n'abaisse trop le seuil d'obtention d'une mesure provisoire ou conservatoire et ne confère au tribunal arbitral une liberté d'appréciation excessive pour l'octroi d'une telle mesure. Après un débat, cependant, le Groupe de travail a décidé qu'il faudrait remplacer les mots "de nature à causer" par un texte du genre "susceptibles de causer".

Alinéa c)

26. Des éclaircissements ont été demandés quant à la signification de l'alinéa c) et, en particulier, quant à l'utilisation du membre de phrase "constituer en garantie des biens" qui, a-t-on déclaré, risquait d'être incorrectement compris comme impliquant l'apport d'une garantie ou provision légale. Le Groupe de travail a confirmé que ce membre de phrase ne renvoyait qu'à la constitution en garantie de biens et ne devait pas être interprété comme impliquant l'apport d'une garantie ou provision légale dans tous les cas. De manière générale, il a confirmé que l'intention de l'alinéa c) était de renvoyer à la sauvegarde de biens. Il a pris note de la proposition tendant à ce que le groupe de rédaction qui sera établi à un stade ultérieur par le secrétariat pour harmoniser les différentes versions linguistiques étudie la possibilité d'utiliser un libellé du genre "sauvegarder des biens" au lieu de "constituer en garantie des biens". Il a également pris note d'une proposition tendant à supprimer de l'alinéa c) le mot "préliminaire", jugé inutile et ambigu.

Alinéa d)

27. Le Groupe de travail a rappelé que l'alinéa d) de la version révisée n'avait pas été examiné à la trente-septième session. Il a été convenu de conserver en substance le texte figurant à l'alinéa d) et d'omettre les crochets. Malgré un avis selon lequel

dans certains systèmes juridiques, l'alinéa d) était superflu, le texte a été jugé important, la sauvegarde d'éléments de preuve n'étant pas nécessairement traitée de manière suffisante par toutes les règles nationales de procédure civile.

Paragraphe 3

"[*démontrer*] [*montrer*] [*prouver*] [*établir*]"

28. Il a été rappelé qu'à la trente-huitième session du Groupe de travail, on avait exprimé la crainte que le verbe "démontrer" employé dans le chapeau de ce paragraphe ne signifie qu'une norme de preuve stricte serait appliquée. Il a été rappelé qu'un débat analogue avait eu lieu à la trente-septième session du Groupe de travail et que les verbes "montrer", "prouver" et "établir" avaient également été suggérés, mais qu'aucune décision n'avait été prise à cet égard (A/CN.9/508, par. 58). À la session en cours, il a été décidé de remanier le membre de phrase liminaire du paragraphe 3 afin de mieux montrer que l'intention du Groupe de travail était d'employer un terme neutre pour désigner la norme de preuve. Il a été proposé un libellé tel que celui-ci: "La partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire convainc le tribunal que:". Cette proposition a été largement appuyée. On a également proposé comme autre solution le libellé ci-après: "La partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire apporte la preuve que:". Selon un point de vue, une formule telle que "Le tribunal arbitral est convaincu que" serait encore plus neutre. Il a été répondu qu'il était certes souhaitable que la *norme* de preuve soit formulée en termes neutres mais que cette disposition devait indiquer clairement que la *charge* de convaincre le tribunal arbitral de l'existence de conditions justifiant l'octroi d'une mesure provisoire devrait être assumée par le demandeur. À l'issue d'un débat, le Groupe de travail a décidé d'utiliser le libellé suivant: "Le demandeur convainc le tribunal que".

Alinéa a)

"*préjudice irréparable*"

29. Des questions ont été posées au sujet de l'utilisation du terme "préjudice irréparable". Il a été dit que, dans le domaine commercial, la plupart des préjudices pouvaient faire l'objet d'une réparation financière et que le terme "préjudice irréparable" risquait d'être trop étroit. Il a été proposé d'employer à la place, pour qualifier le préjudice, les mots "important", "exceptionnel" ou "considérable". Il a toutefois été signalé que la notion de "préjudice irréparable" était bien connue dans de nombreux systèmes juridiques et était un critère courant pour l'octroi d'une mesure provisoire. Les mesures provisoires ou conservatoires étaient une forme exceptionnelle de réparation dans le cas où les dommages-intérêts pouvaient ne pas constituer une solution adéquate. Le Groupe de travail est convenu de conserver ce libellé, en lui adjoignant éventuellement une note dans le guide accompagnant la Loi type afin d'expliquer le sens du terme "préjudice irréparable". Il a cependant été reconnu que la notion de préjudice irréparable pouvait donner lieu à diverses interprétations. De l'avis de certaines délégations, ce terme ne devrait être utilisé que pour désigner un préjudice véritablement irréparable tel que la perte d'une œuvre d'art inestimable. Pour d'autres délégations, il pouvait désigner des types particulièrement graves de préjudice qui serait plus important que le préjudice prévisible que subirait la partie contre laquelle la mesure provisoire était demandée

si cette mesure était effectivement accordée. Le Groupe de travail a noté qu'il pourrait être nécessaire de revenir sur cette question à un stade ultérieur.

"*sera causé*"

30. Il a été rappelé que, lors de l'examen du paragraphe 2, il avait été convenu d'éviter, dans ce projet de disposition, de créer des problèmes de preuve dus au fait que, au moment où une mesure provisoire était demandée, on ne disposait souvent pas d'éléments suffisants pour apporter la preuve qu'un préjudice serait inévitablement causé à moins que l'on prenne une mesure ou que l'on s'abstienne de la prendre. Pour cette raison, les mots "de nature à causer" au paragraphe 2 avaient été remplacés par les mots " susceptibles de causer" (voir par. 25). Pour une raison analogue, il a été décidé de remplacer, à l'alinéa a) du paragraphe 3, les mots "sera causé" par un libellé tel que "sera probablement causé".

Alinéa b)

"*voir la partie requérante obtenir gain de cause*"

31. Il a été proposé d'apporter une modification similaire à l'alinéa b) en remplaçant le membre de phrase "de voir la partie requérante obtenir gain de cause", par une formule telle que: "que la partie requérante obtienne probablement gain de cause". À l'issue d'un débat, il a été convenu que la modification proposée était inutile étant donné que le membre de phrase "Il y a une possibilité raisonnable" figurant au début de l'alinéa donnait la souplesse nécessaire.

"*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*"

32. Le Groupe de travail s'est demandé si cette clause restrictive devait être maintenue. Afin de simplifier le texte, il a été proposé de la supprimer et de l'insérer dans un guide explicatif de la Loi type. Il a toutefois été largement estimé que la Loi type devait elle-même guider les arbitres et leur donner le niveau d'assurance nécessaire lorsqu'ils étaient appelés à ordonner une mesure provisoire ou conservatoire. À l'issue d'un débat, il a été convenu de maintenir quant au fond cette clause restrictive.

Paragraphe 4

33. Ce paragraphe part du principe que, pour les mesures *inter partes*, la possibilité d'exiger une garantie devrait être laissée à l'appréciation du tribunal arbitral (A/CN.9/523, par. 46). Afin d'indiquer clairement que le paragraphe n'avait pas pour objet de donner la possibilité d'échapper à l'obligation de constituer une garantie pour des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte*, deux variantes avaient été proposées entre crochets dans le texte révisé.

34. Le Groupe de travail a examiné le texte du paragraphe 4 et est convenu que le libellé entre crochets était inutile et devrait être supprimé car le reste du paragraphe indiquait clairement que le tribunal arbitral conservait le droit, en toutes circonstances, de subordonner l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire à la constitution d'une garantie.

Paragraphe 5

"*modifier ou annuler*"

35. Il a été proposé, dans un but d'exhaustivité et pour améliorer la cohérence entre les projets d'articles 17 et 17 *bis*, de remplacer les mots "modifier ou annuler" par "modifier, suspendre ou annuler". Le Groupe de travail a accepté cette proposition.

"[*sur la base d'informations supplémentaires ou d'un changement de circonstances*]"

36. Alors que le maintien des mots figurant entre crochets ("[sur la base d'informations supplémentaires ou d'un changement de circonstances]") a bénéficié d'un certain appui, selon un avis largement partagé, ces mots étaient superflus. On a fait valoir, entre autres raisons de les supprimer, que les arbitres expliquent généralement, dans le texte de leur décision, le raisonnement qu'ils ont suivi lorsqu'ils ont décidé d'accorder une mesure provisoire ou conservatoire. Ils risquaient aussi, a-t-on avancé, d'être abusivement interprétés comme restreignant indûment la liberté d'appréciation des arbitres lorsqu'ils prennent la décision d'accorder une mesure provisoire ou conservatoire. Après un débat, le Groupe de travail a décidé qu'il fallait supprimer les mots figurant entre crochets.

Modification d'une mesure provisoire ou conservatoire à l'initiative du tribunal arbitral

37. Des vues divergentes ont été exprimées quant au fait de savoir si une mesure provisoire ou conservatoire pouvait être modifiée ou annulée seulement à la demande d'une partie ou si cette modification ou annulation pouvait être ordonnée par le tribunal agissant de son propre chef. Selon un avis, le texte du projet d'article 17 devrait faire ressortir très clairement que le tribunal ne peut agir qu'à la demande d'une partie. Il a été déclaré qu'une partie qui avait sollicité et obtenu une mesure provisoire ou conservatoire était en droit d'escompter que ladite mesure produise les effets voulus pendant la durée voulue. Partant, une mesure provisoire ou conservatoire accordée à la demande d'une partie ne pouvait être annulée qu'à sa demande. Plus généralement, il a été déclaré qu'une telle règle était nécessaire pour respecter la nature consensuelle de l'arbitrage tel qu'il est compris dans de nombreux pays. Il a été souligné que dans le cas où un tribunal arbitral déciderait de son propre chef d'annuler une mesure provisoire ou conservatoire accordée à la demande d'une partie, cela pourrait être considéré comme protégeant indûment les intérêts de l'autre partie, rompant ainsi avec l'impartialité qui devrait être rigoureusement observée par le tribunal arbitral.

38. Selon un avis contraire, cependant, une certaine liberté d'appréciation était nécessaire pour permettre au tribunal arbitral de corriger les conséquences graves d'une mesure provisoire ou conservatoire, en particulier lorsque cette mesure paraissait avoir été accordée de manière erronée ou frauduleuse. Il a été souligné qu'on pouvait trouver un précédent utile au paragraphe 2 de l'article 33 de la Loi type qui disposait, s'agissant des sentences prononcées sur le fond, que "Le tribunal arbitral peut, de son propre chef, rectifier toute erreur du type visé à l'alinéa a) du paragraphe 1 du présent article dans les trente jours qui suivent la date de la sentence".

39. Afin de concilier les différentes opinions concernant la question, il a été proposé d'inverser l'ordre des paragraphes 5 et 6. Il a été indiqué qu'en plaçant le paragraphe 6 avant le paragraphe 5, on soulignerait de façon appropriée l'obligation faite aux parties d'informer le tribunal arbitral de tout changement des circonstances sur la base desquelles la mesure provisoire ou conservatoire avait été accordée. Le Groupe de travail a, dans l'ensemble, accepté cette proposition. En outre, différentes propositions ont été avancées pour améliorer le texte actuel du paragraphe 5. Il a notamment été proposé d'autoriser le tribunal arbitral à modifier ou annuler une mesure provisoire ou conservatoire de son propre chef lorsqu'un tel pouvoir lui avait été expressément conféré par convention préalable des parties. Le Groupe de travail a pris note de cette proposition. Il a, par ailleurs, été proposé de remplacer le texte actuel du paragraphe 5 par le texte suivant:

> "Le tribunal arbitral peut modifier ou annuler une mesure provisoire ou conservatoire à tout moment à la demande de l'une quelconque des parties ou de son propre chef à condition d'en notifier préalablement les parties."

40. Le texte proposé a bénéficié d'un large soutien. Il a été proposé, cependant, pour ne pas laisser trop de liberté d'appréciation au tribunal arbitral agissant de sa propre initiative, que le paragraphe 5 établisse clairement que si, dans des circonstances normales, une mesure provisoire ou conservatoire ne peut être annulée ou modifiée qu'à la demande d'une partie, des circonstances particulières pouvaient autoriser le tribunal arbitral à modifier ou annuler de son propre chef une mesure provisoire ou conservatoire. À cet effet, il a été proposé de remplacer, dans le texte proposé, "ou de son propre chef à condition d'en notifier préalablement les parties" par les mots "ou, dans des circonstances exceptionnelles, de sa propre initiative à condition d'en notifier préalablement les parties". Selon un avis, une référence à des "circonstances exceptionnelles" risquerait d'être trop restrictive. Il a été émis l'idée qu'un libellé plus général du type "sur la base d'informations supplémentaires ou d'un changement de circonstances" (voir par. 36) pourrait être préférable. Après un débat, cependant, le Groupe de travail a décidé qu'il faudrait renuméroter le paragraphe 5 en paragraphe 6, dont le texte serait le suivant:

> "Le tribunal arbitral peut modifier ou annuler une mesure provisoire ou conservatoire à tout moment à la demande de l'une quelconque des parties ou, dans des circonstances exceptionnelles, de sa propre initiative à condition d'en notifier préalablement les parties."

41. On s'est inquiété de ce que le texte révisé du paragraphe puisse être abusivement interprété comme établissant le droit, pour le tribunal arbitral, d'annuler ou de modifier des mesures provisoires ou conservatoires accordées par un autre tribunal ou par une juridiction étatique. De l'avis général, il faudrait modifier encore la disposition afin de préciser que le tribunal arbitral, qu'il ait agi à la demande d'une partie ou de son propre chef, ne peut modifier ou annuler que les mesures provisoires ou conservatoires qu'il a lui-même ordonnées. Le secrétariat a été prié de prendre en compte la communauté de vues qui s'est dégagée au sein du Groupe de travail lorsqu'il établira une version révisée afin que le Groupe l'examine à sa prochaine session.

Cas où un défendeur conteste la compétence du tribunal arbitral

42. Une question a été posée au sujet de l'effet du paragraphe 5 concernant le pouvoir du tribunal arbitral de modifier une mesure provisoire qu'il a déjà prononcée au cas où un défendeur ne reconnaîtrait pas sa compétence. Il a été déclaré que cette question amenait également à s'interroger sur la situation d'un défendeur qui ne reconnaissait pas la compétence du tribunal arbitral sur le fond du litige, mais qui souhaitait s'opposer à une mesure provisoire ou la faire modifier. Il a été largement estimé qu'en pareil cas, il ne faudrait pas considérer que le défendeur avait cessé de contester la compétence du tribunal arbitral uniquement du fait qu'il s'était présenté devant celui-ci en rapport avec cette mesure provisoire. Afin de traduire ce principe dans le projet d'article 17, il a été proposé le texte suivant:

"6 *bis*

a) Lorsqu'une partie contre laquelle une telle demande est présentée ou une mesure provisoire est prononcée conteste ou n'accepte pas la compétence du tribunal arbitral sur [le fond de] la réclamation formée contre lui [dans le cadre de la procédure d'arbitrage], cette partie peut

i) s'opposer à la demande, ou

ii) demander au tribunal d'exercer son pouvoir [de modifier etc.] en vertu du paragraphe 5,

sans pour autant accepter ou renoncer à contester la compétence du tribunal arbitral sur [le fond de] la réclamation.

b) En pareil cas, le tribunal arbitral peut exercer son pouvoir [de modifier etc.] en vertu du paragraphe 5 nonobstant le fait qu'aucune demande [à cet effet] n'a été soumise par la partie contre laquelle la mesure provisoire a été prononcée."

43. Le Groupe de travail a pris note de cette proposition. On a largement estimé toutefois que, tel qu'il avait été modifié afin de prévoir la possibilité d'une modification ou d'une annulation de la mesure provisoire à l'initiative du tribunal arbitral dans des circonstances exceptionnelles (voir plus haut les paragraphes 40 et 41), le paragraphe tenait suffisamment compte de la préoccupation exprimée ci-dessus.

Paragraphe 6

Numérotation des paragraphes

44. Pour les raisons indiquées lors de l'examen du paragraphe 5 (par. 39), le Groupe de travail a décidé que le paragraphe 6 deviendrait le paragraphe 5 et vice-versa.

Communication d'informations aux deux parties

45. On s'est déclaré préoccupé par le fait que le paragraphe 6 n'obligeait pas le demandeur à informer l'autre partie de tout changement important des circonstances. Le Groupe de travail a noté qu'aux termes du paragraphe 3 de l'article 24 de la Loi type, "toutes les conclusions, pièces ou informations que l'une

des parties fournit au tribunal arbitral doivent être communiquées à l'autre partie". De même, l'article 18 de la Loi type dispose que "les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits". On a exprimé la crainte que le fait de répéter ces principes dans le projet de paragraphe 6 ne pose des problèmes et on a dit qu'il serait préférable de traiter cette question dans un commentaire de la Loi type. À l'issue d'un débat, le Groupe de travail est convenu que, malgré les obligations énoncées aux articles 24-3 et 18 de la Loi type, il serait utile d'exiger expressément dans le paragraphe 6 que toutes les informations fournies au tribunal arbitral par une partie en application dudit paragraphe soient également communiquées à l'autre partie.

"*À compter de la présentation de la demande*"

46. Il a été proposé de supprimer les mots "à compter de la présentation de la demande" car le moment à partir duquel commençait le devoir d'information était évident d'après le reste du paragraphe, à savoir les mots "sur la base desquelles elle a sollicité ... la suspension de ladite mesure". Il a été suggéré en outre, afin de mentionner plus clairement le devoir d'information, de remplacer le mot "sollicité" par "demandé". Le Groupe de travail a décidé de supprimer les mots "à compter de la présentation de la demande" et de remplacer le mot "sollicité" par le mot "demandé".

"*changement des circonstances*"

47. Il a été dit que, par souci de cohérence, le membre de phrase "sur la base d'informations supplémentaires ou d'un changement de circonstances", utilisé dans la disposition concernant le pouvoir du tribunal arbitral de modifier ou d'annuler une mesure provisoire ou conservatoire, devrait être harmonisé avec le membre de phrase "de tout changement important des circonstances" utilisé dans la disposition concernant le devoir du demandeur d'informer le tribunal arbitral. Toutefois, on a rappelé à ce propos que le membre de phrase "sur la base d'informations supplémentaires ou d'un changement de circonstances" avait été supprimé par le Groupe de travail (voir par. 36).

"*Responsabilité du demandeur*"

48. On s'est déclaré préoccupé par le fait qu'à la différence de l'alinéa 7 b), qui imposait à la partie requérant une mesure *ex parte* l'obligation de constituer une garantie pour couvrir les dommages-intérêts pouvant résulter de cette mesure, il n'existait aucune disposition concernant la responsabilité pour des mesures provisoires ou conservatoires *inter partes* qui se révélaient ultérieurement injustifiées. Le Groupe de travail est convenu de reporter à un stade ultérieur de ses travaux l'examen de la question de la responsabilité pour des mesures provisoires injustifiées prononcées dans le cadre d'une procédure *inter partes*.

Paragraphe 7

Remarques générales

49. Il a été rappelé que la possibilité de prévoir une disposition concernant le pouvoir d'un tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* avait été largement débattue à la trente-septième session du Groupe de

travail et que des points de vue opposés avaient été exprimés sur le point de savoir si une telle disposition devait être insérée dans le projet d'article 17 (A/CN.9/523, par. 16 à 27). Il a également été rappelé qu'à sa trente-sixième session, la Commission avait pris note de l'opinion selon laquelle la question des mesures provisoires ou conservatoires prononcées *ex parte*, qui, elle l'avait reconnu, restait controversée, ne devrait pas retarder l'élaboration du projet d'article 17 (A/58/17, par. 203).

50. On s'est fermement opposé à ce que le texte du paragraphe 7 soit examiné avant qu'il n'ait d'abord été débattu de la question de savoir si, sur le plan des principes, il serait opportun de prévoir dans une version révisée de la Loi type que des mesures provisoires puissent être prononcées *ex parte* par un tribunal arbitral. Toutefois, il a été rappelé qu'à la trente-septième session du Groupe de travail, il avait été largement convenu qu'une disposition sur les mesures provisoires ou conservatoires prononcées *ex parte* pourrait être plus acceptable si les garde-fous étaient renforcés et multipliés (A/CN.9/523, par. 27). Sur cette base, le Groupe de travail a décidé de procéder à l'examen du paragraphe 7 puis d'étudier la question de savoir si, sur le plan des principes, il convenait de maintenir, dans le projet d'article 17, une disposition concernant les mesures provisoires prononcées *ex parte*.

51. On a proposé, pour couvrir la question des immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, d'ajouter au paragraphe 7 a) un libellé tel que : "Le présent alinéa est sans préjudice des immunités dont jouissent les États ou leurs divers organes en vertu du droit international en ce qui concerne les mesures conservatoires".

Alinéa a)

Clause d'option positive ou négative

52. Telle que la disposition est actuellement rédigée, le tribunal arbitral peut ordonner des mesures provisoires "sauf convention contraire des parties". Il a été proposé de remplacer ce membre de phrase par "si les parties en sont expressément convenues", libellé davantage susceptible de préserver la nature consensuelle de l'arbitrage. Cette formule, par laquelle les parties acceptaient expressément une disposition autorisant que des mesures provisoires soient prononcées *ex parte*, était, a-t-on estimé, davantage conforme aux attentes des parties à une procédure d'arbitrage, étant donné que les dispositions *ex parte* n'étaient pas expressément prévues par un grand nombre de lois nationales relatives à l'arbitrage. Le Groupe de travail a pris note de cette suggestion, qui a reçu un certain appui. Il a été dit que d'après l'expérience acquise par un grand centre d'arbitrage international sur de nombreuses années les parties ne demandaient jamais que des mesures provisoires soient prononcées *ex parte*.

"*exceptionnellement*"

53. Des points de vue divergents ont été exprimés sur le point de savoir si le mot "exceptionnellement" apparaissant entre crochets devrait être conservé. Il a été dit que ce mot était superflu et devrait être supprimé étant donné que les alinéas a) i) à iii) ne mentionnaient que des circonstances exceptionnelles. Comme autre solution, il a été proposé de le conserver mais de préciser dans le texte qu'il

désignait les circonstances mentionnées aux alinéas a) i) à iii). Une telle précision était nécessaire afin d'éviter qu'il ne soit interprété à tort comme subordonnant l'octroi d'une mesure provisoire *ex parte* à une condition supplémentaire venant s'ajouter à celles déjà mentionnées aux alinéas a) i) à iii). Selon une opinion contraire, ce mot devrait être conservé afin de souligner que la mesure *ex parte* ne devrait être accordée que dans des circonstances vraiment exceptionnelles. On a fait valoir à l'appui de ce point de vue que les circonstances mentionnées à l'alinéa a) n'étaient pas nécessairement exceptionnelles. Le Groupe de travail n'est pas parvenu à un consensus sur cette question et a décidé de conserver le mot "exceptionnellement" entre crochets en vue de la poursuite des débats à une session ultérieure.

"[*contre laquelle cette mesure est dirigée*] [*touchée par cette mesure*]"

54. Le Groupe de travail est convenu que la variante "contre laquelle cette mesure est dirigée" était préférable à la variante "touchée par cette mesure". Cette dernière était ambiguë étant donné le nombre important de parties susceptibles d'être "touchées" par une mesure provisoire. Il a été dit que, compte tenu de cette décision, il pourrait être nécessaire de revoir le texte du paragraphe 3 a) et d'autres parties du projet d'article 17 afin d'en assurer, si nécessaire, la cohérence sur le plan terminologique.

Alinéa a) i)

55. Le Groupe de travail a jugé l'alinéa a) i) généralement acceptable quant au fond.

Alinéa a) ii)

56. Le Groupe de travail a décidé de remplacer le mot "circonstances" par le mot "conditions" afin de mieux rendre compte de la nature de la liste figurant au paragraphe 3. Selon un point de vue, l'alinéa a) ii), qui mentionnait uniquement "les circonstances énoncées au paragraphe 3", pouvait être interprété à tort comme signifiant que les paragraphes 5 et 6 ne s'appliquaient pas aux mesures provisoires prononcées *ex parte*. Il a été rappelé que l'alinéa a) ii) avait été inséré dans le texte afin qu'il n'y ait aucun doute sur le fait que toutes les conditions à satisfaire pour qu'une mesure provisoire *inter partes* soit prononcée devaient également s'appliquer à une mesure provisoire prononcée *ex parte*. Si le fait d'insister une nouvelle fois sur ce point faisait planer des doutes quant à l'applicabilité des autres paragraphes, alors l'alinéa a) ii) devrait être supprimé. Le Groupe de travail n'a pris aucune décision définitive concernant cette question et a noté qu'il pourrait être nécessaire de l'examiner plus avant à un stade ultérieur.

Alinéa a) iii)

57. Il a été suggéré d'harmoniser le membre de phrase "le demandeur montre" avec le libellé modifié convenu pour le chapeau du paragraphe 3, à savoir "la partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire convainc le tribunal arbitral" (voir par. 28). Cette proposition a suscité certaines objections au motif qu'une norme de preuve plus élevée devrait être exigée pour les mesures provisoires *ex parte*. Le

Groupe de travail n'a pris aucune décision définitive concernant cette question et a noté qu'il pourrait être nécessaire d'en poursuivre l'examen ultérieurement.

58. Il a été proposé de déplacer le membre de phrase "le demandeur montre", ou tout libellé dont il pourrait être convenu, pour l'insérer dans le chapeau de l'alinéa a) du paragraphe 7, afin qu'il apparaisse clairement qu'il s'applique à tous les éléments de cet alinéa et non uniquement à l'alinéa a) iii). Le Groupe de travail a pris note de cette suggestion.

Alinéa b)

Remarques générales

59. Il a été rappelé qu'à la trente-septième session du Groupe de travail, il avait été convenu que le texte révisé devrait exiger en termes contraignants la constitution d'une garantie par le demandeur et prévoir que celle-ci serait de plein droit responsable des dommages causés à l'autre partie par une mesure non justifiée (A/CN.9/523, par. 31).

60. On a demandé si une disposition générale sur la responsabilité devrait s'appliquer non seulement aux mesures provisoires prononcées *ex parte* mais aussi à celles prononcées *inter partes*. Il a été dit, en faveur de l'élaboration d'une telle disposition générale, que dans l'un ou l'autre cas, il pourrait finalement être établi que la mesure avait été injustifiée et préjudiciable à la partie défenderesse. Toutefois, la proposition selon laquelle l'alinéa b) i) devrait s'appliquer d'une manière générale à la fois aux mesures *ex parte* et aux mesures *inter partes* a rencontré une certaine opposition. Il a été dit que la responsabilité de plein droit imposée par l'alinéa b) i) était appropriée compte tenu de la nature d'une mesure *ex parte* et des risques inhérents à une telle procédure. Il a été signalé toutefois que la question des déclarations inexactes ou des fautes dans le contexte du régime *inter partes* pouvait être traitée par le droit processuel national. À titre d'observation générale, il a été déclaré que l'alinéa b) i) devrait uniquement établir les principes fondamentaux d'un régime de responsabilité, sans traiter en détail des questions de fond couvertes par le droit national. À l'issue d'un débat, le Groupe de travail est convenu qu'à sa session suivante, il poursuivrait ses travaux sur la base à la fois du paragraphe 7 b) i) concernant la responsabilité de la partie demandant une mesure *ex parte* et d'un nouveau paragraphe (numéroté provisoirement 6 *bis*) qui devrait être le pendant de l'alinéa 7 b) i) pour les mesures *inter partes*.

61. On a estimé qu'il était nécessaire, afin de préparer la poursuite des débats sur ce sujet, d'entreprendre des recherches supplémentaires sur les régimes de responsabilité dans le contexte des lois nationales relatives aux mesures provisoires ou conservatoires. On a émis des réserves quant à l'utilité de telles recherches étant donné qu'il n'existait guère de lois relatives à l'arbitrage qui prévoyaient un régime de responsabilité dans le contexte des mesures provisoires ou conservatoires et que le droit processuel civil applicable aux juridictions étatiques ne comportait peut-être pas de règles pouvant être adéquatement transposées aux procédures d'arbitrage. Néanmoins, après un débat, le Groupe de travail est convenu qu'il pourrait être utile, pour l'examen de cette question, de disposer d'informations supplémentaires concernant le droit national applicable en la matière. Les délégations ont été invitées à fournir de telles informations au secrétariat d'ici la mi-décembre 2003 afin que

celles-ci puissent être traduites et distribuées pour la session suivante du Groupe de travail.

62. S'agissant de la rédaction, il a été suggéré de ne pas faire figurer les alinéas b) i) et ii) dans un même paragraphe, car ils traitaient de questions différentes, à savoir la responsabilité et la constitution d'une garantie. Le Groupe de travail a pris note de cette suggestion.

Alinéa b) i)

Frais

63. Des points de vue divergents ont été exprimés quant à la nécessité de mentionner les frais. Il a été dit que cet alinéa ne devrait porter que sur les dommages car il avait pour objet de faire en sorte que la partie défenderesse obtienne réparation, sous certaines conditions, d'un préjudice occasionné par une mesure provisoire *ex parte*. On a attiré l'attention du Groupe de travail sur le risque que comportait l'utilisation du mot "frais", auquel on pouvait donner un sens très large dans certains ordres juridiques et étroit dans d'autres, et qui pouvait être interprété de différentes façons (on pouvait considérer par exemple qu'il englobait les dépens, y compris les frais d'avocat, ou les frais liés à la mise en œuvre de la mesure). Il a été dit que le mot "frais" devrait être interprété de façon restrictive et remplacé par le mot "dépenses". Toutefois, il a été proposé de le conserver car il était défini dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

Dommages

64. On s'est dit préoccupé par le fait que, dans le texte actuel, le terme "dommages" n'était pas suffisamment défini et pouvait englober les dommages tant directs qu'indirects causés par la mesure provisoire. On a estimé qu'il serait peut-être préférable de définir plus clairement l'étendue des dommages devant être couverts. Des points de vue divergents ont été exprimés sur la question de savoir s'il fallait retenir une définition large (comportant des sauvegardes appropriées) ou plus limitée (restreignant l'application de la règle aux dommages directs).

65. Le Groupe de travail a examiné les circonstances dans lesquelles des dommages-intérêts pourraient être exigibles pour une mesure *ex parte*. Il a été demandé si par le simple fait de solliciter une telle mesure le demandeur serait tenu responsable des dommages causés, que cette mesure se révèle justifiée ou non ou que le demandeur ait ou non commis une faute. Il a été répondu – et ce sentiment a été largement partagé – qu'indépendamment de la question de savoir si la règle relative à la responsabilité du demandeur était fondée sur la notion de faute ou non, le fait de demander une mesure provisoire *ex parte* ne devrait pas être considéré en soi comme la cause d'un dommage à réparer. Selon un point de vue, il faudrait laisser au droit national le soin de traiter la question des dommages. Toutefois, selon l'opinion qui a prévalu, le demandeur ne devrait être responsable que s'il était finalement établi que la mesure était injustifiée. On s'est interrogé sur le sens à donner au mot "injustifiée" et sur le point de savoir si une mesure pouvait être considérée comme "injustifiée" en soi ou compte tenu de la décision sur le fond. On a affirmé avec force à cet égard que la décision finale sur le fond ne devrait pas constituer un facteur essentiel pour déterminer si la mesure provisoire était justifiée ou non.

66. Il a été suggéré de déterminer le moment à partir duquel la réparation pourrait être obtenue. On a souligné que des dommages pourraient être subis avant que la sentence définitive ne soit rendue. À cet égard, il a été dit que, pour renforcer les sauvegardes dont est assorti le régime des mesures *ex parte*, il faudrait mentionner dans le texte révisé la possibilité pour le défendeur de demander réparation dès que la mesure provisoire *ex parte* a été accordée par le tribunal arbitral et d'obtenir immédiatement des dommages-intérêts. On a aussi fait observer que les dommages-intérêts accordés en réparation de mesures *ex parte* ne porteraient que sur la période pendant laquelle la mesure était en vigueur à titre *ex parte*.

"[*contre laquelle elle est dirigée*] [*touchée par la mesure*]"

67. On s'est déclaré favorable au maintien du premier membre de phrase entre crochets par souci de cohérence terminologique avec le paragraphe 3 et le paragraphe 7 a). Toutefois, on a estimé qu'à l'alinéa b) i) du paragraphe 7, il pourrait être préférable de conserver le deuxième membre de phrase entre crochets ("touchée par la mesure"), car cela donnerait à une partie autre que celle contre laquelle la mesure était dirigée la possibilité de demander des dommages-intérêts. On a ajouté qu'en l'occurrence, les mots "la partie touchée par la mesure" pourraient être remplacés par les mots "toute partie touchée par la mesure". On a expliqué qu'une formule établissant le principe d'une garantie donnée par le demandeur assurerait aux arbitres une protection adéquate au cas où un tiers subirait des dommages du fait de la mesure provisoire *ex parte* et demanderait réparation. En réponse à ces propositions, il a été rappelé qu'un tribunal arbitral n'aurait pas compétence à l'égard de tiers non liés par la convention d'arbitrage.

"[*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*]"

68. Des points de vue divergents ont été exprimés quant à la nécessité de conserver le dernier membre de phrase apparaissant entre crochets à l'alinéa b) i). Il a été dit que les mots "dans la mesure appropriée" devraient être gardés afin d'indiquer que la mesure provisoire est légitime. Selon d'autres points de vue, le texte entre crochets n'était pas nécessaire car il n'apportait aucun élément nouveau. Par conséquent, il devrait être remplacé par une disposition donnant la possibilité au défendeur de demander réparation dès que la mesure provisoire *ex parte* a été accordée par le tribunal arbitral. Le Groupe de travail a pris note de ces vues.

Alinéa b) ii)

69. Le Groupe de travail est convenu que la constitution d'une garantie devrait être obligatoire dans le contexte des mesures provisoires *ex parte*. Il a été souligné que, par souci de cohérence, le libellé de cet alinéa devrait être aligné sur celui du paragraphe 4 concernant la constitution d'une garantie dans le contexte des mesures provisoires *inter partes*, si ce n'est que les mots "peut faire obligation" pourraient être remplacés par les mots "fait obligation".

70. Afin de renforcer les sauvegardes nécessaires dans le contexte des mesures provisoires *ex parte*, il a été suggéré de subordonner l'octroi d'une telle mesure à l'application de l'alinéa b) ii).

Alinéa c)

71. Selon une opinion, cet alinéa était inutile étant donné que la compétence du tribunal arbitral était implicitement établie par l'alinéa b) i) du paragraphe 7. Cependant, selon l'opinion qui a prévalu, il était utile et devrait être conservé. Il a été convenu que, si l'on faisait figurer dans le projet d'article 17 à la fois l'alinéa b) i) et une disposition générale relative à la responsabilité, il faudrait indiquer clairement que l'alinéa c) s'appliquait à la fois aux mesures *inter partes* et aux mesures *ex parte*.

72. On a exprimé la crainte qu'une demande puisse être présentée par le défendeur en application de l'alinéa b) i) bien après que la sentence définitive a été rendue. Il a été suggéré de préciser dans cet alinéa que le tribunal arbitral n'était compétent que tant qu'il n'avait pas rendu sa sentence. En réponse à cette préoccupation, il a été rappelé qu'aux termes de l'article 32-3 de la Loi type, "le mandat du tribunal arbitral prend fin avec la clôture de la procédure arbitrale, sous réserve des dispositions de l'article 33 et du paragraphe 4 de l'article 34". Toutefois, étant donné qu'une demande présentée en application de l'alinéa b) i) pouvait être considérée comme une nouvelle demande, on a estimé que l'alinéa c) était nécessaire. Comme il n'y avait aucun doute sur le fait que le tribunal arbitral était compétent pour statuer sur la question de la constitution d'une garantie en application de l'alinéa b) ii), il a été suggéré de limiter à l'alinéa b) i) l'application de l'alinéa c). Le texte suivant a été proposé comme variante pour l'alinéa c): "Une partie peut présenter une demande en application de l'alinéa b) i) et ce à tout moment pendant la procédure d'arbitrage". Le Groupe de travail a pris note du texte proposé et a décidé de l'examiner plus avant à sa session suivante, avec le texte actuel de l'alinéa c).

73. Il a été proposé de supprimer les mots "Afin d'éviter tout doute". Mais, on a exprimé la crainte qu'il en résulte des incertitudes quant à l'existence d'une autorité arbitrale en vertu de l'alinéa b), en particulier dans les ordres juridiques où l'alinéa c) ne serait pas promulgué. Il a été dit que le libellé très général de l'alinéa c), notamment l'emploi des mots "entre autres", réduisait le risque d'erreur d'interprétation de cette disposition, dont le sens pourrait être explicité davantage dans un commentaire de l'article 17. Partant, le Groupe de travail a décidé de supprimer les mots "Afin d'éviter tout doute" figurant au début de l'alinéa. Le secrétariat a été prié d'établir un texte révisé tenant compte des points de vue exprimés et des suggestions formulées.

Alinéa d)

74. Il a été souligné que l'alinéa d) était essentiel au régime global s'appliquant aux mesures provisoires ou conservatoires *ex parte*. Il a été avancé que, puisqu'une mesure *ex parte* pouvait avoir un effet sur des parties autres que la partie contre laquelle elle était ordonnée, le deuxième texte entre crochets tiendrait mieux compte de cette situation si l'on remplaçait, au début, les mots "La partie" par les mots "Toute partie". Le Groupe de travail a cependant convenu que, dans l'intérêt de la cohérence avec le libellé convenu pour le sous-alinéa b) i), il faudrait conserver le premier texte entre crochets ("contre laquelle elle est ordonnée") dans une future version de cette disposition.

75. En ce qui concerne le deuxième ensemble de libellés entre crochets (“[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]”), divers avis ont été exprimés. Selon un avis, le premier de ces libellés renvoyait à l’envoi d’une notification au défendeur, tandis que le second était censé renvoyer à la possibilité qu’a le défendeur d’être entendu. Il a été proposé, étant donné que les deux textes avaient des fonctions différentes, de les conserver tous les deux, mais de modifier l’ordre en libellant l’alinéa comme suit:

> “La partie contre laquelle la mesure provisoire ou conservatoire est ordonnée en vertu du présent paragraphe en reçoit notification dès qu’il n’est plus nécessaire de procéder *ex parte* afin de garantir l’efficacité de la mesure et a la possibilité d’être entendue par le tribunal arbitral dans les quarante-huit heures de la notification ou à toutes autres date et heure appropriées dans les circonstances.”

76. En réponse, il a été déclaré que le membre de phrase “dès qu’il n’est plus nécessaire” était ambigu et qu’il était difficile de savoir si le jugement correspondant devait être porté par le demandeur ou par le tribunal arbitral. Il a été rappelé que ce libellé n’avait été introduit que pour faire face à la situation dans laquelle le demandeur sollicitait l’exécution de la mesure provisoire ou conservatoire *ex parte*. Il a donc été proposé de remanier l’alinéa comme suit:

> “La partie contre laquelle la mesure provisoire ou conservatoire est ordonnée en reçoit immédiatement notification et a la possibilité d’être entendue par le tribunal arbitral dans les plus brefs délais et, en tout état de cause, dans un délai ne dépassant pas quarante-huit heures après la notification ou à toutes autres date et heure appropriées dans les circonstances.”

77. Cette proposition a bénéficié d’un certain appui, car elle introduisait de la souplesse et donnait au tribunal une certaine liberté d’appréciation quant au moment où le défendeur devait être entendu, mais on s’est inquiété de ce qu’elle n’indiquait pas assez clairement le moment précis où la notification devait être adressée.

78. Il a été jugé essentiel de clarifier la question, la notification étant une première étape fondamentale pour convertir une mesure provisoire ou conservatoire *ex parte* en une mesure *inter partes*. Il a été proposé de modifier l’alinéa d) pour disposer que la partie contre laquelle la mesure provisoire ou conservatoire était ordonnée devrait en être avisée dès que le tribunal arbitral l’avait ordonnée. Après cette notification, le défendeur devrait avoir la possibilité d’avancer ses arguments par écrit et, à sa demande, d’être entendu par le tribunal arbitral. On a argué que cette approche évitait d’avoir à renvoyer à l’un ou l’autre des délais mentionnés dans les deux derniers textes entre crochets de l’alinéa d). Cette proposition a été contestée au motif qu’en avisant le défendeur dès le prononcé de la mesure, on risquait de supprimer l’élément de surprise requis pour rendre des mesures *ex parte* efficaces et de n’avoir pas le temps de chercher à la faire exécuter auprès d’une juridiction étatique.

79. Des réserves ont été exprimées quant à l’inclusion d’un délai de quarante-huit heures ou de tout autre délai précis, qui pourrait se révéler trop rigide et inadéquat selon les circonstances. Il a été souligné par ailleurs que le fait d’introduire un

libellé permettant au tribunal d'envisager toutes autres date et heure appropriées dans les circonstances pouvait conférer une souplesse appropriée, mais risquait aussi de rendre illogique le maintien, dans la même disposition, d'une référence à un délai fixe. Selon un avis largement partagé, cependant, l'inclusion d'un délai fixe servait deux objectifs, à savoir souligner que la possibilité d'être entendu était urgente, et appeler l'attention du tribunal arbitral sur le fait qu'il devait être prêt à se réunir de nouveau pour accorder au défendeur la possibilité d'être entendu.

80. Il a été avancé qu'il faudrait peut-être modifier les mots "possibilité d'être entendue" pour englober à la fois l'audition et une soumission écrite du défendeur. Il a été convenu de les remplacer par "possibilité de présenter ses arguments".

81. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que ses délibérations concernant l'alinéa d) devraient se poursuivre à sa prochaine session sur la base du texte reproduit au paragraphe 76 (sous réserve du remplacement des mots "possibilité d'être entendue" par les mots "possibilité de présenter ses arguments devant") et de la variante suivante:

> "Toute partie touchée par la mesure provisoire ou conservatoire accordée en vertu du présent paragraphe en reçoit immédiatement notification et a la possibilité d'être entendue par le tribunal arbitral dans les [quarante-huit] heures de cette notification ou à toutes autres date et heure appropriées dans les circonstances."

82. À la clôture du débat, il a été rappelé au Groupe de travail qu'il devrait se pencher de nouveau sur la rédaction de l'alinéa d) lorsqu'il examinerait la question de savoir s'il faudrait autoriser l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire *ex parte*.

Alinéa e)

83. Le Groupe de travail a envisagé diverses améliorations du libellé actuel de l'alinéa e). Il a été convenu que le texte pouvait être simplifié et inclure un libellé tel que "expire après vingt jours" au lieu de "est valable pour une durée maximale de vingt jours". Il a également été convenu que la référence au "paragraphe 1" était inappropriée. En ce qui concerne le second ensemble de variantes entre crochets, il a été émis une préférence pour la première formulation, à savoir "à compter de la date à laquelle le tribunal ordonne cette mesure". En effet, il serait difficile de déterminer la date à laquelle une mesure prenait effet à l'encontre de l'autre partie, comme le proposait la seconde variante. Conformément à sa décision antérieure concernant le texte équivalent du sous-alinéa b) i), le Groupe de travail a décidé de conserver le texte "contre laquelle la mesure a été ordonnée" de préférence à "touchée par la mesure".

84. Il a été avancé que la seconde phrase de l'alinéa e) était inutile. Il a été souligné, cependant, que la dernière phrase prévoyait effectivement la conversion d'une mesure provisoire ou conservatoire *ex parte* en une mesure provisoire ou conservatoire *inter partes* après que la partie contre laquelle elle a été ordonnée en a été avisée et qu'il lui a été donné la possibilité de présenter ses arguments. Il faudrait clarifier le moment où une mesure se convertit d'*ex parte* en *inter partes*. Il a été avancé, à des fins de clarification, que l'on pourrait simplifier l'alinéa en adoptant un libellé tel que le suivant:

> “Toute mesure provisoire ou conservatoire ordonnée en vertu du présent paragraphe expire après vingt jours à compter de la date à laquelle le tribunal arbitral l’ordonne, à moins qu’il ne la confirme, la proroge ou la modifie après que la partie contre laquelle elle a été ordonnée en a été avisée et qu’il lui a été donné la possibilité de présenter ses arguments.”

Après un débat, il a été décidé que cette formulation remplacerait l’alinéa e).

85. Il a été observé que l’on avait rédigé l’alinéa en ayant à l’esprit des ordonnances de procédure, comme le montrent les mots “confirmer, proroger ou modifier”, alors qu’en fait, il était prévu qu’il puisse aussi s’appliquer à des mesures provisoires ou conservatoires revêtant la forme de sentences.

86. Il a été avancé que l’alinéa e) pourrait aussi faire obligation au demandeur de fournir au défendeur les éléments sur lesquels se fondait la demande. À l’appui de cette proposition, il a été déclaré qu’étant donné l’obligation d’informer figurant à l’alinéa f), l’introduction d’une obligation de fournir les éléments sur lesquels se fondaient la demande et la mesure accordée améliorerait le fonctionnement dudit alinéa. Bien que cette proposition ait été jugée utile, il a été noté que le paragraphe 3 de l’article 24 obligeait déjà à communiquer à l’autre partie les informations fournies au tribunal arbitral. Or, le Groupe de travail devrait éviter de surcharger le texte du projet révisé en y répétant des éléments de procédure déjà prévus dans la Loi type, et que la question pourrait être traitée dans tout guide accompagnant la Loi type. En réponse, il a été déclaré qu’il importait d’énoncer de nouveau à l’alinéa e) l’obligation de communiquer à l’autre partie les informations fournies au tribunal arbitral car, dans une situation *ex parte*, la mesure pourrait avoir été prononcée sans qu’aucun document n’ait été fourni au tribunal. Il a été avancé que, bien que le paragraphe 3 de l’article 24 de la Loi type puisse être interprété comme englobant les communications orales, il fallait néanmoins introduire cette obligation, l’article pouvant être interprété de façon restrictive. En réponse, on a dit qu’il ne fallait pas laisser entendre qu’un tribunal serait tenu de faire un compte rendu de la procédure orale pour chaque demande *ex parte*.

87. Il a été déclaré que le paragraphe pourrait aussi mieux préciser à qui il incombait de demander le maintien de l’ordonnance, et qu’il importait donc de décider si une mesure initialement ordonnée *ex parte* était maintenue dans un contexte *inter partes* ou si une nouvelle mesure *inter partes* remplaçait la mesure *ex parte* initiale. Il a été avancé que cette démarche devrait incomber à la partie qui bénéficie de la mesure. Mais on a mis en garde contre l’inclusion de diverses questions de procédure qui risqueraient de surcharger inutilement la disposition. Le secrétariat a été prié d’envisager la possibilité d’exprimer la notion selon laquelle c’est à la partie qui bénéficie de la mesure qu’il devrait incomber de solliciter son maintien au-delà de vingt jours.

Alinéa f)

Remarques générales

88. On a dit que le libellé actuel, qui se réfère à l’obligation 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” était ambigu et difficile à appliquer dans la pratique, car il

supposait que le demandeur anticipe le raisonnement subjectif du tribunal arbitral. Un appui a été exprimé en faveur de la suppression de l'alinéa f). Cependant, l'opinion qui a prévalu a été que cet alinéa devait être conservé car il constituait un garde-fou indispensable et une condition essentielle de l'acceptabilité de mesures provisoires *ex parte*. Dans ce contexte, on a rappelé que l'alinéa était inspiré de la règle en vigueur dans certains pays, selon laquelle un conseil a l'obligation spéciale d'informer le tribunal de toutes les questions, y compris celles qui lui sont défavorables. Cependant, on a aussi rappelé que dans de nombreux systèmes juridiques cette obligation spéciale n'existait pas.

Place de l'alinéa f)

89. Des opinions divergentes ont été exprimées quant à l'endroit où devait figurer cette disposition. Selon un avis, il serait préférable, étant donné que l'alinéa imposait une obligation au demandeur, de le déplacer pour en faire le premier sous-alinéa de l'alinéa b). Les obligations du demandeur seraient alors les suivantes: informer le tribunal arbitral, constituer une garantie et être responsable de tous les dommages et de tous les frais causés au défendeur. L'opinion qui a prévalu a été que l'alinéa devait conserver sa place actuelle, car il concluait le paragraphe relatif aux mesures *ex parte* en énonçant une obligation qui renvoyait à divers alinéas dudit paragraphe.

Sanction

90. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa trente-septième session, il avait 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). Il a été convenu que les conséquences du non-respect de l'obligation d'informer devaient être fixées par le régime général prévu au paragraphe 7 (y compris l'annulation ou la responsabilité lorsque la mesure provisoire est injustifiée) et par les règles juridiques de fond applicables.

Propositions de remaniement

91. On a jugé compréhensible l'inquiétude selon laquelle l'alinéa, dans sa formulation actuelle, semblait exiger du demandeur qu'il lise dans les pensées du tribunal arbitral. Un certain nombre de suggestions visant à lever les ambiguïtés du libellé actuel ont été faites. Il a ainsi été proposé de remplacer le membre de phrase "est tenue d'informer" par "informe sans tarder". Cependant, on a fait observer que les mots "sans tarder" étaient plus appropriés dans le cadre d'une obligation continue d'informer de tout changement de circonstances. On a aussi proposé de remplacer l'ensemble du paragraphe par un texte libellé comme suit: "La partie qui demande une mesure provisoire ou conservatoire en vertu du présent paragraphe informe le tribunal arbitral de toutes les circonstances importantes dont elle a connaissance et des éléments défavorables à sa cause". On a fait valoir que cette proposition était préférable au texte actuel car elle ne dépendait pas de l'opinion subjective du tribunal arbitral et traitait aussi de la connaissance que détenait la partie au moment où elle formulait la demande. Mais on a objecté qu'elle ne pourrait être bien appliquée et comprise que par les États qui ont un régime accusatoire, par opposition à un régime inquisitoire. On a ajouté que le mot

"importantes" risquait d'exclure certaines informations qui pourraient être utiles au tribunal arbitral. De même, on a dit que cette proposition créait des incertitudes supplémentaires quant à l'étendue de l'obligation, car elle n'indiquait pas clairement ce qui constituerait des informations défavorables au demandeur. Elle pourrait en outre être interprétée comme recouvrant les éléments défavorables à la demande qui pouvaient apparaître lors de l'examen du fond. Il a été proposé que le Groupe de travail recherche une formulation plus souple afin d'encourager une pleine et franche communication des informations pertinentes et importantes.

92. On a proposé de remplacer le texte du paragraphe par un libellé du type: "Une partie qui demande une mesure provisoire ou conservatoire en vertu du présent paragraphe informe sans tarder le tribunal arbitral de toutes les circonstances pertinentes et importantes qui lui permettront de déterminer si les conditions énoncées au présent paragraphe ont été remplies". Cette proposition a recueilli un certain appui. On a suggéré, pour qu'il apparaisse clairement que le tribunal arbitral avait toute liberté d'ordonner ou non une mesure provisoire ou conservatoire, de remplacer le membre de phrase "si les conditions énoncées au présent paragraphe ont été remplies" par "s'il doit ordonner la mesure demandée". Selon un autre avis, l'obligation "d'informer le tribunal arbitral" était peut-être trop restrictive, et il serait peut-être préférable d'adopter un libellé tel que "de présenter au tribunal". Selon un autre avis encore, il faudrait s'efforcer d'introduire dans le texte proposé une partie de la souplesse qui caractérisait le libellé original de l'alinéa f). Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée de cet alinéa qui tienne compte des propositions exprimées.

IV. Texte révisé du projet d'article 17 *bis* de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international relatif à la reconnaissance et à l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires

93. Le Groupe de travail a rappelé qu'il était convenu, après avoir achevé l'examen du paragraphe 7, de reprendre le débat général sur le point de savoir si l'inclusion d'une disposition relative aux mesures provisoires *ex parte* était ou non acceptable (voir par. 50). Il a toutefois été décidé que ce débat aurait lieu après l'examen des dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution des mesures provisoires.

94. Le Groupe de travail est passé à l'examen du projet d'article 17 *bis*, libellé comme suit:

> "1) Une mesure provisoire ou conservatoire prononcée par un tribunal arbitral qui satisfait aux exigences de l'article 17 est reconnue comme s'imposant aux parties et, sauf indication contraire du tribunal arbitral, est mise à exécution sur demande (formée par écrit) auprès de la juridiction étatique compétente, quel que soit le pays où elle a été prononcée, sous réserve des dispositions du présent article*.

* Les conditions énoncées dans cet article visent à limiter le nombre de cas où la juridiction étatique peut refuser l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires. L'harmonisation que

2) La juridiction étatique peut refuser de reconnaître [et] [ou] de faire exécuter une mesure provisoire uniquement:

a) Si à la demande d'une partie contre laquelle cette mesure est invoquée, elle constate:

i) *Variante 1*: qu'il se pose, quant à la compétence du tribunal arbitral, une question de fond [[de nature à rendre la reconnaissance ou l'exécution inappropriée] [de nature à rendre la mesure provisoire inexécutoire]] [et qu'aucune garantie appropriée n'a été ordonnée par le tribunal arbitral concernant cette mesure provisoire];

Variante 2: qu'une question de fond se pose à propos de l'un quelconque des motifs de refus exposés à l'article 36-1 a) i), iii) ou iv); ou

ii) *Variante 1*: que cette partie n'a pas été dûment informée de la nomination d'un arbitre ou de la procédure arbitrale [, auquel cas la juridiction étatique peut suspendre la procédure d'exécution [jusqu'à ce que les parties aient été entendues par le tribunal arbitral] [jusqu'à ce que les parties aient eu la possibilité d'être entendues par le tribunal arbitral] [jusqu'à ce que les parties aient été dûment informées]];

Variante 2: que ce refus est justifié par les motifs exposés à l'article 36-1 a) ii); ou

iii) *Variante 1*: que cette partie n'a pas pu faire valoir ses arguments relativement à la mesure provisoire [, auquel cas la juridiction étatique [peut suspendre] [suspend] la procédure d'exécution jusqu'à ce que les parties aient été entendues par le tribunal arbitral]; ou

Variante 2: que ce refus est justifié par les motifs exposés à l'article 36-1 a) ii); ou

iv) que la mesure provisoire a été annulée ou suspendue par le tribunal arbitral ou par une décision d'une juridiction étatique compétente; ou

b) Si la juridiction étatique constate:

i) que la mesure provisoire sollicitée est incompatible avec les pouvoirs qui lui sont conférés par les règles qui lui sont applicables, à moins qu'elle ne décide de reformuler cette mesure autant qu'il est nécessaire pour l'adapter à ses propres pouvoirs et procédures aux fins de la faire exécuter sans en modifier le fond; ou

ii) *Variante 1*: que la reconnaissance ou l'exécution de la mesure provisoire serait contraire à l'ordre public reconnu par la juridiction étatique.

Variante 2: que l'un quelconque des motifs exposés à l'article 36-1 b) i) ou ii) qui s'appliquent à la reconnaissance et à l'exécution de la mesure provisoire.

---

les dispositions types cherchent à réaliser ne serait pas compromise si un État décidait de retenir un nombre de cas plus réduit.

3) Toute décision prise par la juridiction étatique sur l'un quelconque des motifs exposés au paragraphe 2 du présent article n'a d'effet qu'aux fins de la demande de reconnaissance et d'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire.

4) La partie qui demande ou a obtenu l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire informe sans retard la juridiction étatique de toute annulation, suspension ou modification de cette mesure.

5) *Variante A*: La juridiction étatique auprès de laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée peut, si elle le juge approprié, ordonner à l'autre partie de constituer une garantie pour frais adéquate [à moins que le tribunal arbitral n'ait déjà ordonné la constitution d'une telle garantie] [à moins que le tribunal arbitral n'ait déjà ordonné la constitution d'une telle garantie, sauf si la juridiction étatique détermine que cette mesure est inappropriée et/ou insuffisante compte tenu des circonstances].

Variante B: La juridiction étatique auprès de laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée peut, si elle le juge approprié, ordonner la constitution d'une garantie pour frais.

Variante C: Lorsqu'elle exerce ce pouvoir, la juridiction étatique auprès de laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée n'examine pas la mesure provisoire ou conservatoire quant au fond.

Variante D: La juridiction étatique auprès de laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée peut seulement ordonner la constitution d'une garantie pour frais lorsqu'une telle mesure est nécessaire pour protéger les droits de tiers.

6) Le paragraphe 2 a) ii) ne s'applique pas

Variante X: à une mesure provisoire ou conservatoire qui a été ordonnée sans que la partie contre laquelle elle est invoquée en ait été informée, 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 Y: à une mesure provisoire ou conservatoire qui a été ordonnée sans que la partie contre laquelle elle est invoquée en ait été informée, 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 Z: 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'exécution est rendue par la juridiction étatique sans que la partie contre laquelle la mesure est invoquée en soit informée."

Paragraphe 1

95. En réponse à une question concernant le sens des mots "Sauf indication contraire du tribunal arbitral", il a été rappelé au Groupe de travail que ces mots avaient été inclus conformément à une décision prise précédemment, 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 sur décision d'une juridiction étatique (A/CN.9/524, par. 26 et 34).

"*formée par écrit*"

96. Il a été proposé de supprimer les mots "formée par écrit" figurant entre crochets. Cette proposition a été acceptée.

Note de bas de page accompagnant le paragraphe 1

97. Le Groupe de travail a estimé que la note de bas de page accompagnant le paragraphe 1 était généralement acceptable quant au fond.

"*qui satisfait aux exigences de l'article 17*"

98. Le Groupe de travail a rappelé que le paragraphe 1 du texte révisé du projet d'article 17 *bis* contenait une formule plus générale que celle qui était employée dans une version antérieure, à savoir que les mots "mesure provisoire ou conservatoire visée à l'article 17" avaient été remplacés par les mots "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 rappelé 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 (A/CN.9/524, par. 32). On a fait valoir, à l'appui de l'insertion au paragraphe 1 d'une référence aux exigences de l'article 17, qu'une telle référence inciterait le tribunal arbitral à se conformer de manière plus stricte aux conditions définies dans cet article.

99. Il a toutefois été fait observer que la référence aux exigences de l'article 17 était inutile, car elle introduisait une ambiguïté et l'on a exprimé la crainte que le texte actuel ne soit interprété par une juridiction étatique ordonnant l'*exequatur* comme l'obligeant à examiner *de novo* la question de savoir si la mesure provisoire satisfaisait ou non aux exigences de l'article 17. Pour éviter une telle interprétation, il a été proposé d'adopter une formulation telle que la suivante: "une mesure provisoire ou conservatoire prononcée par un tribunal arbitral, en application de l'article 17 ou de normes analogues pour l'essentiel à celles de l'article 17, est reconnue comme s'imposant aux parties et, sauf indication contraire du tribunal arbitral, est exécutée sur demande auprès de la juridiction étatique compétente, quel que soit le pays où elle a été prononcée, sous réserve des dispositions du présent article".

100. Bien que la crainte susmentionnée ait été partagée par un certain nombre de délégations, on a fait observer que la formulation proposée risquait de soulever deux problèmes différents. Premièrement, la référence à des "normes analogues pour l'essentiel à celles de l'article 17" pourrait être interprétée comme ajoutant une glose non intentionnelle à la définition des mesures provisoires ou conservatoires. Deuxièmement, on a estimé qu'il était inapproprié d'établir un lien entre l'article 17 et l'article 17 *bis* lorsque l'on faisait une comparaison avec l'approche adoptée dans la Convention de New York pour l'exécution et la reconnaissance des sentences. Dans la Convention de New York, le terme "sentence" n'était pas défini, de sorte que le régime de reconnaissance et d'exécution s'appliquait quelle que soit l'origine

de la sentence. Or, une référence, dans le paragraphe 1 de l'article 17 *bis*, à l'article 17, pourrait limiter la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires aux pays qui avaient adopté l'article 17 de Loi type. On a fait valoir que cela irait à l'encontre du penchant du Groupe de travail en faveur de l'exécution pour les mesures provisoires, et compromettrait également l'harmonisation de ce sujet. Dans ces conditions, il a été suggéré que l'article 17 *bis* s'applique à toutes les mesures provisoires ou conservatoires, qu'elles satisfassent ou non aux exigences de l'article 17. En outre, la référence à l'article 17 était, en tout état de cause, inappropriée, car elle ne renvoyait pas seulement à la définition d'une mesure provisoire, mais incluait également les conditions auxquelles un tribunal arbitral pourrait accorder une telle mesure.

101. Il a été noté que l'insertion des mots "qui satisfait aux exigences de l'article 17" pourrait avoir pour effet de créer un motif supplémentaire et caché de refuser la reconnaissance et l'exécution d'une mesure provisoire. Il a été dit que, si le Groupe de travail avait l'intention d'inclure un tel motif, il serait préférable de placer ces termes au paragraphe 2. Cette suggestion a recueilli un certain appui. Il a toutefois été noté que, si une telle suggestion était retenue, cela signifierait que la partie contre laquelle la mesure provisoire était prononcée aurait la charge de prouver que cette mesure ne satisfaisait pas aux exigences de l'article 17.

102. Pour tenir compte de cette question, il a été proposé de supprimer les termes "qui satisfait aux exigences de l'article 17" et d'ajouter un autre motif pour lequel la juridiction étatique pourrait refuser de reconnaître et de faire exécuter une mesure provisoire au titre du paragraphe 2. Après un débat, le Groupe de travail a adopté cette proposition.

Paragraphe 2

Chapeau

103. Par souci de cohérence avec l'article 36 de la Loi type, le Groupe de travail est convenu de supprimer du chapeau du paragraphe 2 le mot "et" figurant entre crochets et de conserver le mot "ou". Il a adopté le chapeau du paragraphe 2 sans autre commentaire.

Alinéa a)

Chapeau

104. Il a été suggéré de supprimer le membre de phrase "à la demande d'une partie contre laquelle cette mesure est invoquée", car la juridiction étatique pourrait avoir la conviction, au simple examen de l'affaire, qu'il existait un motif de non-exécution. En outre, cette suppression couvrirait le cas où la partie contre laquelle la mesure a été invoquée ne comparaîtrait pas.

Alinéa a) i)

105. Entre les deux variantes figurant dans le projet d'alinéa, une préférence a été exprimée en faveur du maintien de la variante 2. Il a toutefois été suggéré d'en supprimer la référence à l'article 36-1 a) i) de la Loi type, car elle inviterait la juridiction étatique à s'enquérir de la validité de la compétence du tribunal arbitral à un moment où la procédure arbitrale était encore en cours. En réponse, on a fait

valoir que le paragraphe 3 de l'article 17 *bis* protégeait contre ce risque en limitant toute décision prise par la juridiction étatique sur l'un quelconque des motifs exposés au paragraphe 2 à la reconnaissance et à l'exécution de la mesure provisoire. Il a été suggéré d'examiner une autre solution, à savoir une référence générale à l'article 36 plutôt qu'à des paragraphes particuliers. Dans ce cas, il faudrait peut-être envisager de supprimer l'alinéa a) iv), qui était peut-être déjà couvert par l'article 36-1 a) v). On a aussi fait remarquer que la décision finale d'adopter la variante 2 ne pourrait être prise qu'une fois que le Groupe de travail aurait examiné la synthèse des diverses références à l'article 36 de la Loi type figurant dans la version actuelle du paragraphe 2.

106. On a dit que, du fait qu'il y avait accord sur le maintien de la variante 2, la question de la charge de la preuve devrait être revue. À cet égard, on a noté que contrairement à l'alinéa 2 a), qui ne précisait pas à qui incombait cette charge, l'article 36-1 a) disposait que c'était à la partie contre laquelle la mesure provisoire était invoquée qu'elle incombait.

Motif supplémentaire de refuser la reconnaissance et l'exécution

107. À la suite de la suggestion de supprimer du paragraphe 1 la référence à l'article 17 et d'ajouter un autre motif pour lequel la juridiction étatique pourrait refuser de reconnaître et de faire exécuter une mesure provisoire (voir par. 99), il a été proposé d'ajouter à la fin du paragraphe 2 un nouvel alinéa libellé comme suit: "v) La juridiction étatique a la conviction que le tribunal a été empêché de prononcer une mesure provisoire [par l'accord des parties ou par la loi impérative du pays où l'arbitrage a lieu]." On a proposé un autre libellé, qui pourrait se lire comme suit: "v) La juridiction étatique a la conviction que le tribunal arbitral n'a pas été autorisé à prononcer la mesure provisoire [soit par l'accord des parties, soit par la loi du lieu de l'arbitrage]". On a dit que la seconde proposition constituait une amélioration par rapport à la première car elle reconnaissait qu'un arbitre n'avait pas le pouvoir inhérent d'ordonner des mesures provisoires et que ce pouvoir ne pouvait procéder que de l'accord des parties ou de la loi applicable.

108. On a fait observer que le texte entre crochets, dans le nouvel alinéa proposé, était déjà couvert par l'article 36-1 a) iii) et que, pour cette raison, il devrait probablement être supprimé. Pour ce qui est de la référence à la loi applicable au siège du tribunal arbitral, on a déclaré que, par exemple, il serait difficile pour un juge de faire exécuter une mesure provisoire lorsque la loi du pays où l'arbitrage avait lieu ne permettait pas une telle procédure, malgré un accord contraire des parties. On a indiqué qu'il ne faudrait pas faire référence, dans la proposition révisée, à l'accord des parties ou à la loi applicable, le soin de trancher la question devant être laissé à la juridiction étatique.

109. On s'est demandé s'il était approprié de faire référence au pays dans lequel l'arbitrage avait lieu et s'il n'était pas préférable de faire référence au pays où la reconnaissance et l'exécution étaient recherchées. On a noté toutefois que l'article 36-1 a) iv) mentionnait "la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu" et que, par souci de cohérence, il faudrait peut-être conserver cette formulation. En réponse, on a dit que la référence à la loi du pays "où l'arbitrage a eu lieu" n'était peut-être pas appropriée, étant donné que l'objectif était de couvrir la *lex arbitri* et que les arbitres ne seraient peut-être pas physiquement présents sur le territoire dont le droit

régissait l'arbitrage. Partant, on a suggéré qu'il serait peut-être plus approprié de parler de la "loi régissant la procédure arbitrale".

110. S'agissant de la proposition d'ajouter un motif de refus de la reconnaissance et de l'exécution, on a exprimé l'avis qu'une telle disposition était inutile car l'article 36 traitait déjà cette question de manière adéquate.

111. Si le régime de reconnaissance et d'exécution tel que défini à l'article 17 *bis* était approprié pour des mesures *inter partes*, on a estimé que son application à des mesures *ex parte* devrait peut-être être revue.

112. Le Groupe de travail est convenu qu'il devrait poursuivre le débat sur le projet d'article 17 *bis* à sa prochaine session. Le secrétariat a été prié d'élaborer un projet révisé en tenant compte des divers avis et suggestions exprimés ci-dessus.

B. Note du secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: mesures provisoires ou conservatoires, document de travail soumis au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa trente-neuvième session

(A/CN.9/WG.II/WP.125) [Original: Anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
Introduction	1-3
I. Projet de disposition sur la reconnaissance et l'exécution des mesures conservatoires ou provisoires (destiné à être inséré dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international en tant que nouvel article, numéroté provisoirement 17 *bis*)	4-39
A. Texte du projet d'article 17 *bis*	
B. Remarques générales concernant les nouvelles dispositions	5
C. Notes concernant le projet d'article 17 *bis*	6-39
II. Projet de disposition concernant le pouvoir des juridictions étatiques d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'un arbitrage (destiné à être inséré dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international en tant que nouvel article, numéroté provisoirement 17 *ter*)	40-44
A. Variantes soumises à l'examen du Groupe de travail	40-43
B. Exemples destinés à faciliter les discussions	44
1. Royaume-Uni – loi sur l'arbitrage de 1996 (applicable uniquement en Angleterre et au pays de Galles)	
2. Loi allemande sur l'arbitrage – section 1033 (Code de procédure civile)	
3. Ordonnance de Hong Kong sur l'arbitrage (Chapitre 341 de la loi de Hong Kong)	

Introduction

1. À sa trente-septième session (Vienne, 7-11 octobre 2002), le Groupe de travail a brièvement examiné la question de la reconnaissance et de l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires, en se fondant sur une note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.119, par. 83) qui contenait un projet de texte (également reproduit au paragraphe 78 du document A/CN.9/523) (ci-après appelé "projet de disposition concernant l'exécution"). Le Groupe de travail a par ailleurs entendu un bref échange de vues (A/CN.9/523, par. 77) sur la façon dont les mesures provisoires ordonnées par des juridictions étatiques pourraient être traitées dans le contexte de la révision de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (ci-après appelée "Loi type de la CNUDCI").

2. À sa trente-huitième session (New York, 12-16 mai 2003), le Groupe de travail a examiné la disposition relative à la reconnaissance et à l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires sur la base du projet de disposition concernant l'exécution, puis une version révisée de ce projet (ci-après appelée "le projet révisé") (reproduite au paragraphe 30 du document A/CN.9/524). Le Groupe de travail a également examiné la question d'un éventuel projet de disposition concernant le pouvoir de la juridiction étatique d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'un arbitrage (A/CN.9/524, par. 76 à 78).

3. La présente note, qui a été établie sur la base des délibérations et des décisions de la trente-huitième session du Groupe de travail, contient deux dispositions révisées concernant respectivement la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires (partie I) et le pouvoir des juridictions étatiques d'ordonner de telles mesures (partie II).

I. Projet de disposition sur la reconnaissance et l'exécution des mesures conservatoires ou provisoires (destiné à être inséré dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international en tant que nouvel article, numéroté provisoirement 17 *bis*)

4. La reprise des discussions devrait être facilitée par le texte suivant, qui est une nouvelle version révisée de la disposition relative à la reconnaissance et à l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires (ci-après appelée "projet d'article 17 *bis*").

A. Texte du projet d'article 17 *bis*

1) Une mesure provisoire ou conservatoire prononcée par un tribunal arbitral qui satisfait aux exigences de l'article 17 est reconnue comme s'imposant aux parties et, sauf indication contraire du tribunal arbitral, est mise à exécution sur demande (formée par écrit) auprès de la juridiction étatique compétente, quel que soit le pays où elle a été prononcée, sous réserve des dispositions du présent article*.

2) La juridiction étatique peut refuser de reconnaître [et] [ou] de faire exécuter une mesure provisoire uniquement si:

a) à la demande d'une partie contre laquelle cette mesure est invoquée, elle constate:

i) *Variante 1*: qu'il se pose, quant à la compétence du tribunal arbitral, une question de fond [[de nature à rendre la reconnaissance ou l'exécution inappropriée] [de nature à rendre la mesure provisoire

* Les conditions énoncées dans cet article visent à limiter le nombre de cas où la juridiction étatique peut 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 cas plus réduit.

inexécutoire]] [et qu'aucune garantie appropriée n'a été ordonnée par le tribunal arbitral concernant cette mesure provisoire];

Variante 2: qu'une question de fond se pose à propos de l'un quelconque des motifs de refus exposés à l'article 36-1 a) i), iii) ou iv); ou

ii) *Variante 1*: que cette partie n'a pas été dûment informée de la nomination d'un arbitre ou de la procédure arbitrale [, auquel cas la juridiction étatique peut suspendre la procédure d'exécution [jusqu'à ce que les parties aient été entendues par le tribunal arbitral] [jusqu'à ce que les parties aient eu la possibilité d'être entendues par le tribunal arbitral] [jusqu'à ce que les parties aient été dûment informées]];

Variante 2: que ce refus est justifié par les motifs exposés à l'article 36-1 a) ii); ou

iii) *Variante 1*: que cette partie n'a pas pu faire valoir ses arguments relativement à la mesure provisoire [, auquel cas la juridiction étatique [peut suspendre] [suspend] la procédure d'exécution jusqu'à ce que les parties aient été entendues par le tribunal arbitral]; ou

Variante 2: que ce refus est justifié par les motifs exposés à l'article 36-1 a) ii); ou

iv) que la mesure provisoire a été annulée ou suspendue par le tribunal arbitral ou par une décision d'une juridiction étatique compétente; ou

b) si la juridiction étatique constate:

i) que la mesure provisoire sollicitée est incompatible avec les pouvoirs qui lui sont conférés par les règles qui lui sont applicables, à moins qu'elle ne décide de reformuler cette mesure autant qu'il est nécessaire pour l'adapter à ses propres pouvoirs et procédures aux fins de la faire exécuter sans en modifier le fond; ou

ii) *Variante 1*: que la reconnaissance ou l'exécution de la mesure provisoire serait contraire à l'ordre public reconnu par la juridiction étatique.

Variante 2: que l'un quelconque des motifs exposés à l'article 36-1 b) i) ou ii) qui s'appliquent à la reconnaissance et à l'exécution de la mesure provisoire.

3) Toute décision prise par la juridiction étatique sur l'un quelconque des motifs exposés au paragraphe 2 du présent article n'a d'effet qu'aux fins de la demande de reconnaissance et d'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire.

4) La partie qui demande ou a obtenu l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire informe sans retard la juridiction étatique de toute annulation, suspension ou modification de cette mesure.

5) *Variante A*: La juridiction étatique auprès de laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée peut, si elle le juge approprié, ordonner à l'autre partie de constituer une garantie pour frais adéquate [à moins que le tribunal

arbitral n'ait déjà ordonné la constitution d'une telle garantie] [à moins que le tribunal arbitral n'ait déjà ordonné la constitution d'une telle garantie, sauf si la juridiction étatique détermine que cette mesure est inappropriée et/ou insuffisante compte tenu des circonstances].

Variante B: La juridiction étatique auprès de laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée peut, si elle le juge approprié, ordonner la constitution d'une garantie pour frais.

Variante C: Lorsqu'elle exerce ce pouvoir, la juridiction étatique auprès de laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée n'examine pas la mesure provisoire ou conservatoire quant au fond.

Variante D: La juridiction étatique auprès de laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée peut seulement ordonner la constitution d'une garantie pour frais lorsqu'une telle mesure est nécessaire pour protéger les droits de tiers.

6) Le paragraphe 2 a) ii) ne s'applique pas

Variante X: à une mesure provisoire ou conservatoire qui a été ordonnée sans que la partie contre laquelle elle est invoquée en ait été informée, 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 Y: à une mesure provisoire ou conservatoire qui a été ordonnée sans que la partie contre laquelle est invoquée en ait été informée, 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 Z: 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'exécution est rendue par la juridiction étatique sans que la partie contre laquelle la mesure est invoquée en soit informée.

B. Remarques générales concernant les nouvelles dispositions

5. Le Groupe de travail notera que le projet d'article 17 *bis* ci-dessus et le projet d'article 17 *ter* reproduits plus loin aux paragraphes 40 et 42 seraient insérés dans la Loi type de la CNUDCI après le nouvel article 17 qui a été proposé (voir A/CN.9/WG.II/WP.123). Il voudra peut-être examiner la question de savoir si ces dispositions devront être regroupées dans un nouveau chapitre de la Loi type, qui pourrait par exemple porter le numéro IV *bis* et être intitulé "Mesures provisoires ou conservatoires". Une autre solution serait de modifier le titre actuel du chapitre IV ("Compétence du tribunal arbitral") afin de tenir compte de l'insertion de ces nouvelles dispositions.

C. Notes concernant le projet d'article 17 *bis*

Paragraphe 1 (anciens paragraphes 1 et 2 du projet révisé reproduit au paragraphe 30 du document A/CN.9/524)

6. Les paragraphes 1 et 2 du projet révisé ont été regroupés en un seul paragraphe de manière à suivre de plus près le libellé de l'article 35 de la Loi type de la CNUDCI.

7. Le paragraphe 1 du projet d'article 17 *bis* tient compte du fait que le Groupe de travail a décidé que cette disposition devrait:

– commencer par poser comme règle qu'une mesure provisoire devrait être reconnue et exécutée avant d'énoncer les motifs pour lesquels sa reconnaissance ou son exécution pouvait être refusée (A/CN.9/524, par. 28 et 34);

– comprendre le membre de phrase suivant: "Une mesure provisoire prononcée par un tribunal arbitral, qui satisfait aux exigences de l'article 17" (voir A/CN.9/524, par. 32); et

– comprendre également les mots "quel que soit le pays dans lequel elle a été ordonnée" (voir A/CN.9/524, par. 33).

8. Les mots "sauf indication contraire du tribunal arbitral" ont été ajoutés afin de tenir compte du fait que le Groupe de travail a décidé qu'un tribunal arbitral devrait être à même d'indiquer, lorsqu'il ordonnait une mesure provisoire, que cette mesure ne faisait pas l'objet d'une demande d'exécution judiciaire (voir A/CN.9/524, par. 26 et 34).

9. Pour ce qui est du libellé, les mots "de reconnaître et" au paragraphe 2 pouvaient, selon un avis, être supprimés car l'exécution impliquait la reconnaissance. Il a toutefois été objecté qu'il fallait conserver ces mots afin d'assurer la cohérence avec les autres projets de disposition ainsi qu'avec les articles 34 et 35 de la Loi type de la CNUDCI (A/CN.9/524, par. 34). Le texte révisé rendrait apparemment cette objection caduque.

10. Les mots "formée par écrit" ont été placés entre crochets. Lorsqu'il établira le texte définitif de l'article 17 *bis*-1, le Groupe de travail voudra peut-être tenir compte du fait que les mots "par écrit" figurent dans un certain nombre de dispositions de la Loi type de la CNUDCI, à savoir les articles 7-2, 31-1 et 35-1. Étant donné qu'il n'y a aucune définition générale du terme "écrit" dans la Loi type et que le Groupe de travail n'a pas encore pris de décision définitive concernant la révision de l'article 7-2 de la Loi type, celui-ci voudra peut-être éviter d'utiliser ce terme sauf si cela est essentiel, ou bien envisager d'ajouter une définition globale qui soit compatible avec le commerce électronique et qui se prête à une interprétation uniforme.

Note au paragraphe 1

11. Le Groupe de travail a décidé de conserver cette note, mais de remplacer les mots "sera tenu de refuser" par "peut refuser" (A/CN.9/524, par. 64 et 66).

Paragraphe 2 (ancien paragraphe 3 du projet révisé)

Remarques générales

12. 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 étaient énumérés dans les articles 35 et 36 de la Loi type et l'article V de la Convention de New York. Il a donc été proposé de remanier ce paragraphe de sorte qu'au lieu d'énoncer chacun de ces différents motifs, il renvoie en termes plus généraux aux dispositions des articles 35 et 36 (A/CN.9/524, par. 57). Le secrétariat a été prié d'envisager la possibilité de rédiger des variantes de cette disposition de sorte que le Groupe de travail puisse s'appuyer sur des textes concrets lorsqu'il poursuivra l'examen de la question a une session ultérieure. Les alinéas a) i), ii) et iii) et b) ii) de la variante 2 donnent suite à ces suggestions. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les sous-alinéas ii) et iii) de la variante 2 du projet révisé contiennent tous les deux un renvoi à l'article 36-1 a) ii) car cette disposition traite à la fois des questions de notification et de l'impossibilité pour une partie de faire valoir ses droits.

13. Selon un autre point de vue, il faudrait éviter de 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. Il a été dit qu'il était préférable d'énoncer dans la Loi type des dispositions applicables à l'exécution de mesures provisoires prononcées par un tribunal arbitral car les principes et les règles juridiques régissant cette exécution différaient suffisamment de ceux qui régissaient l'exécution d'une sentence arbitrale (A/CN.9/524, par. 57). Les alinéas a) i), ii) et iii) et b) ii) de la variante 1 font suite à ces suggestions.

Chapeau

14. Afin d'insister sur le fait que les cas susceptibles d'entraîner un refus étaient limités, le mot "uniquement" a été ajouté avant le mot "si" (A/CN.9/524, par. 35). Afin d'harmoniser le libellé de cette disposition avec celui de l'article 36 de la Loi type de la CNUDCI ainsi que de mieux montrer les possibilités offertes à la juridiction étatique, le Groupe de travail pourrait envisager de remplacer le mot "et" par "ou".

15. La structure du paragraphe 2 tient compte de la décision prise par le Groupe de travail (A/CN.9/524, par. 62).

Alinéa a), chapeau (ancien paragraphe 1 a) du projet de disposition concernant l'exécution reproduit dans le paragraphe 78 du document A/CN.9/523)

16. Le nouveau libellé tient compte du fait qu'il a été décidé de ne pas prévoir de disposition concernant l'attribution de la charge de la preuve et de laisser à la loi applicable le soin de traiter cette question (A/CN.9/524, par. 35 et 36, 42, 58 et 60). Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si le texte actuel, qui ne fait pas mention de la charge de la preuve, n'est pas incompatible avec l'approche suivie dans les articles 34 et 36 de la Loi type de la CNUDCI. Dans l'affirmative, cela pourrait conduire à des interprétations différentes, consistant par exemple à imposer

la charge de la preuve à la partie demandant l'exécution ou à déduire que c'est au tribunal arbitral qu'il incombe de vérifier d'office que les conditions requises sont remplies. Si le Groupe de travail estime d'un commun accord que ce libellé différent est justifié par le fait que l'article 17 *bis* a des objectifs différents de ceux des articles 34 et 36 de la Loi type, il devrait essayer d'en exposer les raisons afin d'éviter des problèmes d'interprétation.

Alinéa a) i) (ancien alinéa a) du projet révisé et paragraphe 1 a) i) du projet de disposition concernant l'exécution)

Variante 1

17. La variante 1 énonce les dispositions applicables à l'exécution de mesures provisoires prononcées par un tribunal arbitral en se fondant sur l'idée que les principes et les règles juridiques régissant l'exécution de ces mesures sont suffisamment différents de ceux régissant l'exécution d'une sentence arbitrale (A/CN.9/524, par. 57).

18. Le Groupe de travail est convenu que, pour pouvoir refuser selon son appréciation la reconnaissance et l'exécution d'une mesure provisoire, la juridiction étatique devait avoir la conviction non seulement qu'il existait un problème de fond mais aussi que ce problème était un motif de refus suffisant. Cette conception plus étendue a été largement appuyée (A/CN.9/524, par. 37). Afin d'en rendre compte de façon plus explicite, on a ajouté entre crochets dans le projet de texte une variante précisant que le problème de fond devait être de nature soit à rendre la reconnaissance ou l'exécution inappropriée, soit à rendre la mesure provisoire non exécutoire (A/CN.9/524, par. 37).

19. Il a également été noté que toute révision de l'alinéa a) du texte révisé devrait tenir compte des discussions concernant la nécessité de prévoir la constitution d'une garantie lorsqu'une mesure provisoire était accordée (A/CN.9/524, par. 39). Dans ce contexte, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si, comme cela est proposé entre crochets dans le texte, l'application de l'alinéa a) devrait être subordonné à la question de savoir si la constitution d'une garantie a été ordonnée par le tribunal arbitral en ce qui concerne la mesure provisoire dont on demande la reconnaissance et l'exécution.

Variante 2

20. Pour un compte rendu des discussions concernant cette variante, voir les paragraphes 12 et 13 plus haut.

Alinéa a) ii) (ancien paragraphe 1 a) ii) du projet de disposition concernant l'exécution)

Variante 1

21. Le texte actuel comprend plusieurs variantes prévoyant que la juridiction étatique peut suspendre la procédure d'exécution jusqu'à ce que les parties:

– aient été entendues par le tribunal arbitral;

– aient eu la possibilité d'être entendues par le tribunal arbitral;

– aient été dûment informées (A/CN.9/524, par. 45).

Le Groupe de travail voudra peut-être se poser la question de savoir si les deux premières variantes n'introduisent pas une condition excessivement formaliste qui pourrait retarder inutilement l'exécution d'une mesure provisoire.

Variante 2

22. Voir les observations dont il est rendu compte plus haut dans les paragraphes 12 et 13.

Alinéa a) iii) (ancien paragraphe 1) a) iii) du projet de disposition concernant l'exécution)

Variante 1

23. Cet alinéa a été jugé acceptable d'une manière générale quant au fond (A/CN.9/524, par. 46). Le membre de phrase "[, auquel cas la juridiction étatique [peut suspendre] [suspend] la procédure d'exécution jusqu'à ce que les parties aient été entendues par le tribunal arbitral]" a été conservé entre crochets dans cet alinéa. L'utilité de ce membre de phrase a été contestée. On a fait valoir que celui-ci 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 voudra peut-être se prononcer sur la question de savoir si ce texte devrait ou non être conservé et, dans l'affirmative, choisir entre les variantes "peut suspendre" et "suspend". Il convient de rappeler que, selon un point de vue, la variante "peut suspendre" serait préférable afin de laisser à la juridiction étatique la latitude la plus large possible (A/CN.9/524, par. 46).

Variante 2

24. Voir les observations faites plus haut dans les paragraphes 12 et 13.

Alinéa a) iv) (ancien paragraphe 1 a) iv) du projet de disposition concernant l'exécution)

25. Cet alinéa a été jugé acceptable d'une manière générale quant au fond. Les mots "ou par une décision d'une juridiction étatique compétente" ont été ajoutés pour tenir compte du cas où une mesure provisoire a été annulée par une juridiction étatique du pays du siège de l'arbitrage (A/CN.9/524, par. 47).

Alinéa b) i) (ancien paragraphe 1 b) i) du projet de disposition concernant l'exécution)

26. Dans la version précédente de cet alinéa, il était fait mention des "règles de procédure". Comme l'a décidé le Groupe de travail, les mots "de procédure" ont été supprimés pour tenir compte du fait que le droit procédural présentait des différences considérables d'un pays à l'autre et que les frontières entre le droit substantiel et le droit procédural variaient également selon les pays (A/CN.9/524,

par. 48). On a dit par ailleurs qu'une juridiction étatique pouvait refuser de reconnaître ou d'exécuter une mesure provisoire parce qu'elle était incompatible avec les pouvoirs qui lui étaient conférés par le droit substantiel qui lui était applicable.

27. Le nouveau libellé tient compte du fait que le Groupe de travail a décidé d'intégrer dans cet alinéa le paragraphe 4 du projet de disposition concernant l'exécution qui était ainsi libellé: "en reformulant la mesure provisoire ou conservatoire en vertu du paragraphe 1 b) i), la juridiction étatique n'en modifie pas la teneur" (A/CN.9/524, par. 49).

Alinéa b) ii) (ancien paragraphe 1 b) ii) du projet de disposition concernant l'exécution)

Variante 1

28. Comme l'a décidé le Groupe de travail, les mots "du présent État" ont été supprimés car on a estimé qu'ils étaient superflus, même s'ils apparaissaient à l'article 36 1) b) ii) de la Loi type de la CNUDCI (A/CN.9/524, par 50 et 51).

29. Dans cette disposition, le membre de phrase "ordre public du présent État" a été remplacé par "ordre public reconnu par la juridiction étatique" (A/CN.9/524, par. 38 et 52). Le Groupe de travail se souviendra que le terme "ordre public" avait été considéré comme une notion très vague qu'il n'était pas possible de définir dans un certain nombre de pays et qu'il existait au moins trois types différents d'ordres publics: l'ordre public interne, c'est-à-dire l'ensemble des dispositions impératives de la législation nationale, les règles d'ordre public expressément prévues dans la législation interne pour les relations internationales et l'ensemble très restreint de règles établies au niveau transnational, parfois appelé "ordre public international".

30. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les conséquences que pourrait avoir un éventuel manque de cohérence entre cet alinéa et d'autres dispositions de la Loi type de la CNUDCI, à savoir l'alinéa b) ii) de l'article 34 et l'alinéa b) ii) de l'article 36, et déterminer s'il conviendrait, pour contribuer à une interprétation uniforme, de définir le terme "ordre public" aux fins de la Loi type de la CNUDCI.

Variante 2

31. Voir les observations faites plus haut dans les paragraphes 12 et 13.

Paragraphe 3 (ancien paragraphe 4 du projet révisé)

32. Le nouveau libellé tient compte des préoccupations qui avaient été exprimées 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 (A/CN.9/524, par. 22 et 40).

33. Le Groupe de travail a décidé d'ajouter les mots "prise par la juridiction étatique" après le mot "décision" afin qu'il apparaisse plus clairement que le paragraphe visait une juridiction étatique et non un tribunal arbitral et de mieux faire ressortir le lien entre ce paragraphe et le paragraphe 2 (ancien par. 3 du texte révisé) (A/CN.9/524, par. 56).

Paragraphe 4 (ancien paragraphe 3 du projet de disposition concernant l'exécution)

34. Afin de tenir compte du fait que, conformément à ce qu'avait décidé le Groupe de travail, l'obligation de notification devait s'étendre également à la période suivant le prononcé d'une ordonnance d'exécution, le membre de phrase "la partie qui cherche à faire exécuter" a été remplacée par "la partie qui cherche à obtenir ou a obtenu une ordonnance d'exécution" (A/CN.9/524, par. 69).

Paragraphe 5 (nouvelle disposition)

35. Comme l'a demandé le Groupe de travail, cette nouvelle disposition traite de la question de savoir si une juridiction étatique saisie d'une demande d'exécution d'une mesure provisoire devrait pouvoir ordonner au demandeur de constituer une garantie (A/CN.9/524, par. 72 à 75).

36. La variante A dispose qu'une juridiction étatique a le pouvoir d'ordonner la constitution d'une garantie et comprend une option entre crochets visant à ne lui reconnaître ce pouvoir que dans les cas où un tribunal arbitral n'a pas déjà ordonné la constitution d'une telle garantie, ainsi qu'une autre option lui reconnaissant ce pouvoir lorsqu'un tribunal arbitral a déjà ordonné la constitution d'une garantie, mais qu'elle juge cette mesure inappropriée ou insuffisante compte tenu des circonstances. La variante B dispose simplement qu'une juridiction étatique peut à sa discrétion ordonner la constitution d'une garantie pour frais. Cette variante aurait pour résultat que la question de l'étendue de ce pouvoir ainsi que tout conflit éventuel avec une décision antérieure d'un tribunal arbitral concernant la constitution d'une garantie seraient réglés par la juridiction étatique en application d'une loi autre que la Loi type de la CNUDCI. Le texte de la variante C a pour objet de tenir compte de la suggestion selon laquelle le pouvoir d'une juridiction étatique devrait être limité à la question de savoir s'il faut faire exécuter ou non une mesure provisoire. Le texte proposé dispose expressément que ce pouvoir ne devrait pas inclure celui d'examiner la mesure provisoire quant au fond. Si cette variante était retenue, le projet d'article ne contiendrait aucune disposition reconnaissant expressément à la juridiction étatique le droit d'ordonner la constitution d'une garantie lors de la reconnaissance ou de l'exécution d'une mesure provisoire. La variante D donnerait à la juridiction étatique le pouvoir d'ordonner la constitution d'une garantie uniquement pour protéger les droits des tiers. Comme le terme "tiers" n'est pas défini, le Groupe de travail souhaitera peut-être en préciser le sens si la variante D était retenue.

37. Le Groupe de travail voudra peut-être poursuivre l'examen de la question de la constitution d'une garantie pour frais ordonnée par une juridiction étatique à la lumière des Conventions de La Haye relatives à la procédure civile de 1905 et 1954, qui interdisent d'imposer la constitution de telles garanties aux nationaux des États signataires. L'article 17 de la Convention de La Haye de 1954 relative à la procédure civile est ainsi libellé:

> "Aucune caution ni dépôt, sous quelque dénomination que ce soit, ne peut être imposé, à raison, soit de leur qualité d'étrangers, soit du défaut de domicile ou de résidence dans le pays, aux nationaux d'un des États contractants, ayant leur

domicile dans l'un de ces États, qui seront demandeurs ou intervenants devant les tribunaux d'un autre de ces États.

La même règle s'applique au versement, qui serait exigé des demandeurs ou intervenants, pour garantir les frais judiciaires.

Les conventions, par lesquelles les États contractants auraient stipulé pour leurs ressortissants la dispense de la caution *judicatum solvi* ou du versement des frais judiciaires sans condition de domicile, continueront à s'appliquer."

Paragraphe 6 de la nouvelle version (ancien paragraphe 5 du projet de disposition concernant l'exécution)

38. Ce paragraphe n'a pas été examiné à la trente-huitième session du Groupe de travail.

Copie certifiée conforme

39. L'article 35-2 de la Loi type dispose que "la partie qui invoque la sentence ou qui en demande l'exécution doit en fournir l'original dûment authentifié ou une copie certifiée conforme, ainsi que l'original de la convention d'arbitrage ... ou une copie certifiée conforme". Cet article dispose en outre que "si ladite sentence ou ladite convention n'est pas rédigée dans une langue officielle du présent État, la partie en produira une traduction dûment certifiée dans cette langue". À sa trente-huitième session, le Groupe de travail est convenu d'une manière générale qu'il fallait éviter, dans le libellé du paragraphe 1, "de s'écarter inutilement du texte des articles 35 et 36" (A/CN.9/524, par. 57). Par conséquent, le Groupe de travail voudra peut-être se demander si un libellé inspiré de l'article 35-2 devrait être inclus dans le texte actuel.

II. Projet de disposition concernant le pouvoir des juridictions étatiques d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'un arbitrage (destiné à être inséré dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international en tant que nouvel article, numéroté provisoirement 17 *ter*)

A. Variantes soumises à l'examen du Groupe de travail

40. À sa trente-huitième session, le Groupe de travail a examiné la question d'un éventuel projet de disposition 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) et, en particulier, sur un 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 juridictionnelle ou en relation avec une telle procédure."

41. 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. Il a été souligné que le champ d'application de la disposition ne cadrait pas avec la règle de territorialité exprimée dans la Loi type. Il a été convenu d'une manière générale que, lors de l'élaboration du texte révisé, il faudrait envisager la possibilité d'adapter le paragraphe 2 de l'article premier en vue d'étendre l'exception à l'application territoriale de la Loi type (A/CN.9/524, par. 78). Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de modifier le paragraphe 2 de l'article premier afin d'ajouter un renvoi à une disposition conférant à une juridiction étatique le pouvoir de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires même si l'arbitrage a lieu en dehors du pays où se trouve cette juridiction.

42. Les variantes ci-après sont proposées pour faciliter la poursuite des débats sur cette question.

Variante 1

> "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 juridictionnelle ou en relation avec une telle procédure et elle exerce ce pouvoir conformément à ses propres règles et procédures, dans la mesure où celles-ci sont adaptées aux particularités d'un arbitrage international."

Variante 2

> "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 juridictionnelle ou en relation avec une telle procédure. Ce pouvoir est exercé conformément aux dispositions énoncées à l'article 17 dans la mesure où celles-ci peuvent être appliquées."

43. Les deux variantes suivent une approche différente pour ce qui est des critères et des normes applicables aux mesures provisoires ordonnées par une juridiction étatique. La variante 1 vise à donner effet à la suggestion selon laquelle la juridiction étatique devrait appliquer ses propres règles de procédure et ses propres normes. La variante 2 traduit le point de vue selon lequel les critères et normes énoncés à l'article 17 devraient s'appliquer aux juridictions étatiques. 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 (A/CN.9/524, par. 77).

B. Exemples destinés à faciliter les discussions

44. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les dispositions législatives nationales ci-après, qui apportent des réponses différentes à la question de savoir s'il faut donner aux juridictions étatiques le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires. Les points essentiels à examiner lors de l'élaboration d'une telle disposition sont les suivants: ce pouvoir doit-il être réservé uniquement

aux tribunaux arbitraux ou peut-il être exercé à la fois par un tribunal arbitral et une juridiction étatique. Si cette dernière option était retenue, il faudrait s'interroger sur la répartition de ce pouvoir entre les juridictions étatiques et les tribunaux arbitraux et notamment déterminer si la juridiction étatique ne devrait l'exercer que dans les cas où le tribunal arbitral n'a pas encore été constitué; si la présentation d'une demande de mesures provisoires à une juridiction étatique devrait être subordonnée au consentement des parties et notifiée au tribunal arbitral; si la juridiction étatique ne devrait pouvoir ordonner des mesures provisoires que si l'arbitre ne pouvait pas agir efficacement ou que les parties étaient convenues que l'arbitre n'était pas habilité à ordonner de telles mesures. Une autre solution pourrait être de laisser aux parties le soin de répartir ces pouvoirs (pour un compte rendu des discussions antérieures sur les mesures provisoires ordonnées par une juridiction étatique, voir A/CN.9/WG.II/WP.119, par. 19 à 33, 37 à 40, 44 à 48 et 75 à 82).

1. Royaume-Uni – loi sur l'arbitrage de 1996 (applicable uniquement en Angleterre et au pays de Galles)

"44. - 1) Sauf convention contraire des parties, la juridiction étatique dispose, aux fins d'une procédure d'arbitrage ou en relation avec une telle procédure, du même pouvoir de rendre des ordonnances concernant les matières énumérées ci-après que celui dont elle dispose aux fins d'une procédure judiciaire ou en relation avec une telle procédure.

2) Ces matières sont:

a) l'obtention de témoignages;

b) la sauvegarde des éléments de preuve;

c) la prise d'ordonnances concernant les biens faisant l'objet de la procédure ou au sujet desquels une question quelconque se pose lors de la procédure:

i) aux fins de l'inspection, de la photographie, de la protection, de la garde ou de la détention de ces biens, ou

ii) demandant qu'il soit procédé au prélèvement d'échantillons, à une observation quelconque ou à une expérience sur ces biens;

et autorisant à cet effet toute personne à pénétrer dans tout immeuble dont une partie à l'arbitrage a la possession ou le contrôle;

d) la vente de toute marchandise faisant l'objet de la procédure;

e) l'octroi de mesures provisoires ou la nomination d'un administrateur judiciaire.

3) Si l'affaire a un caractère urgent, la juridiction étatique peut, à la demande d'une partie à la procédure d'arbitrage engagée ou envisagée, prendre les ordonnances qu'elle juge nécessaires pour sauvegarder des éléments de preuves ou des avoirs.

4) Si l'affaire ne revêt pas un caractère urgent, la juridiction étatique n'agit que sur demande d'une partie à la procédure d'arbitrage (après information des

autres parties et du tribunal arbitral) formée avec l'autorisation du tribunal arbitral ou l'accord écrit des autres parties.

5) En tout état de cause, la juridiction étatique n'agit que si ou dans la mesure où le tribunal arbitral et toute institution arbitrale ou autre ou toute personne que les parties ont investi du pouvoir à cet égard ne dispose pas de ce pouvoir ou est alors dans l'incapacité d'agir efficacement.

6) Si la juridiction étatique en décide ainsi, une ordonnance qu'elle a rendue en vertu de la présente section cesse d'avoir effet totalement ou en partie sur décision du tribunal arbitral, de toute institution arbitrale ou autre ou de toute personne habilitée à agir en ce qui concerne l'objet de cette ordonnance.

7) L'autorisation de la juridiction étatique est requise pour faire appel d'une décision rendue par celle-ci en vertu de la présente section."

2. Loi allemande sur l'arbitrage – section 1033 (Code de procédure civile)

"Convention d'arbitrage et mesures provisoires prononcées par une juridiction étatique

Le fait pour la juridiction étatique d'accorder, à la demande d'une partie, avant ou pendant une procédure arbitrale, une mesure provisoire ou conservatoire ayant trait à l'objet de l'arbitrage n'est pas incompatible avec une convention d'arbitrage."

3. Ordonnance de Hong Kong sur l'arbitrage (chapitre 341 de la loi de Hong Kong)

"1) La Cour ou un juge de la Cour peut, en ce qui concerne une procédure d'arbitrage donnée, prendre l'une quelconque des mesures ci-après:

a) Ordonner la constitution d'une sûreté en garantie d'un montant en litige;

b) S'agissant des biens à prendre en considération:

i) d'ordonner au tribunal arbitral, à une partie à la procédure ou à un expert d'inspecter, de photographier, de protéger, de garder, de détenir ou de vendre les biens; ou

ii) d'ordonner qu'il soit procédé au prélèvement d'échantillons, à des observations ou à des expériences sur les biens;

c) Prononcer une injonction provisoire ou ordonner toute autre mesure provisoire.

2) Un bien est à prendre en considération aux fins de la sous-section 1) b):

a) Si ce bien appartient à une partie à la procédure d'arbitrage ou est en sa possession; et

b) Si ce bien fait l'objet de la procédure ou si toute question le concernant s'est posée lors de cette procédure.

3) La Cour ou un juge de la Cour peut ordonner à une personne d'assister à la procédure devant un tribunal arbitral pour témoigner ou produire des documents ou d'autres éléments de preuve matériels.

4) La Cour ou un juge de la Cour peut également ordonner la délivrance d'un bref d'*habeas corpus ad testificandum* exigeant qu'un prisonnier soit présenté à un tribunal arbitral pour être entendu.

5) Les pouvoirs conférés par la présente section peuvent être exercés indépendamment de la question de savoir si des pouvoirs similaires peuvent ou non être exercés en application de la section 2GB en ce qui concerne le même litige.

6) La Cour ou un juge de la Cour peut refuser de rendre une ordonnance en vertu de la présente section en ce qui concerne une matière visée à la sous-section 1) au motif que

a) Cette matière fait actuellement l'objet d'une procédure d'arbitrage; et

b) La Cour ou le juge considère qu'il est plus opportun que cette matière soit traitée par le tribunal arbitral compétent."

C. Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa quarantième session (New York, 23-27 février 2004)

(A/CN.9/547) [Original: Anglais]

Table des matières

		Paragraphes
I.	Introduction	1-10
II.	Résumé des délibérations et décisions	11
III.	Projet de disposition sur la reconnaissance et l'exécution des mesures conservatoires ou provisoires (destiné à être inséré dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international en tant que nouvel article, numéroté provisoirement 17 *bis*)	12-67
	Remarques générales	13-16
	Paragraphe 1	17
	Paragraphe 2 a)	18-35
	Paragraphe 2 b)	36-48
	Paragraphe 3	49-50
	Paragraphe 4	51-53
	Paragraphe 5	54-61
	Paragraphe 6	62-67
IV.	Projet d'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	68-116
	Remarques générales	68
	Paragraphe 1	69
	Paragraphe 2	70-83
	Paragraphe 3	84-91
	Paragraphe 4	92-96
	Paragraphe 5	97-100
	Paragraphe 6	101-104
	Paragraphe 6 *bis*	105-108
	Paragraphe 7	109-116

I. Introduction

1. À sa trente-deuxième session, tenue à Vienne du 17 mai au 4 juin 1999, la Commission avait jugé, dans l'ensemble, que l'heure était venue, notamment, d'évaluer 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. Elle avait confié la tâche au Groupe de travail sur l'arbitrage et décidé que les points prioritaires que devrait aborder ce dernier seraient, entre autres, la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires. Le Groupe de travail avait entamé ses délibérations sur la question des mesures provisoires ou conservatoires à sa trente-deuxième session, tenue à Vienne du 21 au 30 mars 2000. À cette occasion, il s'était largement prononcé en faveur d'un régime juridique d'exécution des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral (A/CN.9/468, par. 60 à 79). À cette même session, il avait également commencé à examiner la question de savoir s'il était nécessaire d'élaborer une règle uniforme sur les mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par une juridiction étatique à l'appui d'un arbitrage (A/CN.9/468, par. 85 à 87).

2. Le Groupe de travail était convenu, à sa trente-troisième session, tenue à Vienne du 20 novembre au 1er décembre 2000, de prévoir, dans le projet de nouvel article (provisoirement numéroté 17 *bis*) relatif à l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires devant être inséré dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (dénommée ci-après "la Loi type de la CNUDCI"), que les juridictions étatiques seraient tenues de faire exécuter ces mesures si les conditions prescrites étaient remplies (voir A/CN.9/485, par. 78 à 106). À sa trente-quatrième session, tenue à New York du 21 mai au 1er juin 2001, le Groupe de travail avait non seulement poursuivi son examen du projet d'article 17 *bis*, mais avait également entrepris d'étudier un texte modifiant l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI, lequel texte définissait l'étendue du pouvoir d'un tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires et contenait une disposition supplémentaire sur l'octroi de mesures provisoires *ex parte* (voir A/CN.9/487, par. 64 à 76). Il avait poursuivi ses discussions sur les versions révisées des projets d'articles 17 et 17 *bis* de la Loi type à ses trente-sixième session tenue à New York du 4 au 8 mars 2002 (voir A/CN.9/508, par. 51 à 94), trente-septième session tenue à Vienne du 7 au 11 octobre 2002 (voir A/CN.9/523, par. 15 à 76, 78 à 80), trente-huitième session tenue à New York du 12 au 16 mai 2003 (voir A/CN.9/524, par. 16 à 75) et trente-neuvième session tenue à Vienne du 10 au 14 novembre 2003 (voir A/CN.9/545, par. 19 à 112). Le secrétariat avait été prié d'élaborer une version révisée de ces textes afin que le Groupe de travail l'examine à sa quarantième session.

3. Le Groupe de travail sur l'arbitrage, composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quarantième session à New York du 23 au 27 février 2004. Ont participé à cette session les États membres du Groupe de travail suivants: Allemagne, Autriche, Brésil, Burkina Faso, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Maroc, Mexique, Ouganda, Paraguay, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sierra Leone, Singapour, Suède et Thaïlande.

4. Ont assisté à la session les observateurs des États suivants: Afrique du Sud, Albanie, Bélarus, Croatie, Cuba, Danemark, Égypte, Finlande, Gabon, Irlande, Jamahiriya arabe libyenne, Madagascar, Malaisie, Myanmar, Pakistan, Pérou, Philippines, Pologne, Qatar, République de Corée, République démocratique du Congo, République-Unie de Tanzanie, Serbie-et-Monténégro, Suisse, Timor-Leste, Turquie, Venezuela et Viet Nam.

5. A également assisté à la session un État non membre ayant une mission d'observation au Siège de l'ONU: le Saint-Siège.

6. Ont aussi assisté à la session les observateurs des organisations intergouvernementales suivantes: 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.

7. Des observateurs des organisations internationales non gouvernementales ci-après, qui avaient été invitées par la Commission, ont aussi assisté à la session: American Arbitration Association (AAA), Association of the Bar of the City of New York (ABCNY), Association suisse de l'arbitrage (ASA), Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration, Center for International Legal Studies, Club d'arbitres de la Chambre d'arbitrage de Milan, Global Center for Dispute Resolution Research, Chambre de commerce internationale (CCI), Conseil international pour l'arbitrage commercial, Regional Centre for International Commercial Arbitration (Lagos, Nigéria), School of International Arbitration et Union des avocats européens.

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

Président: M. José María ABASCAL ZAMORA (Mexique);

Rapporteur: M. Sundaresh MENON (Singapour).

9. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: a) ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.126); b) projet de disposition sur la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires révisé comme suite aux décisions prises par le Groupe de travail à sa trente-huitième session (A/CN.9/WG.II/WP.125); c) note du secrétariat contenant une nouvelle version révisée d'un projet de disposition relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires tenant compte des décisions prises par le Groupe de travail à sa trente-neuvième session (A/CN.9/WG.II/WP.128); d) note du secrétariat contenant les informations communiquées par des délégations sur le régime de responsabilité dans le cadre des mesures provisoires ou conservatoires (A/CN.9/WG.II/WP.127); e) proposition de la Chambre de commerce internationale sur les articles 17 et 17 *bis* (A/CN.9/WG.II/WP.129); et f) rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses trente-huitième et trente-neuvième sessions (A/CN.9/524 et 545).

10. 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 de dispositions uniformes sur les mesures provisoires ou conservatoires pour insertion dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

5. Questions diverses.

6. Adoption du rapport.

II. Résumé des délibérations et décisions

11. Le Groupe de travail a examiné le point 4 de son ordre du jour en se fondant sur les notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.125, 127 et 128) et la proposition de la Chambre de commerce internationale (A/CN.9/WG.II/WP.129). Il est rendu compte de ses délibérations et conclusions sur ce point aux chapitres III et IV ci-dessous. Le secrétariat a été prié de réviser le texte de certaines dispositions en se fondant sur lesdites délibérations et conclusions.

III. Projet de disposition sur la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires (destiné à être inséré dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international en tant que nouvel article, numéroté provisoirement 17 *bis*)

12. Après avoir rappelé qu'il avait commencé à examiner une nouvelle version révisée de la disposition relative à la reconnaissance et à l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires (ci-après "le projet d'article 17 *bis*") à sa trente-neuvième session tenue à Vienne du 10 au 14 novembre 2003 (voir A/CN.9/545, par. 93 à 112), le Groupe de travail a poursuivi l'examen de cette disposition dont le texte (tel qu'il figure au paragraphe 4 du document A/CN.9/WG.II/WP.125 et est reproduit au paragraphe 94 du document A/CN.9/545) était le suivant:

"1. Une mesure provisoire ou conservatoire prononcée par un tribunal arbitral qui satisfait aux exigences de l'article 17 est reconnue comme s'imposant aux parties et, sauf indication contraire du tribunal arbitral, est mise à exécution sur demande [formée par écrit] auprès de la juridiction étatique compétente, quel que soit le pays où elle a été prononcée, sous réserve des dispositions du présent article*.

2. La juridiction étatique peut refuser de reconnaître [et] [ou] de faire exécuter une mesure provisoire uniquement:

a) Si, à la demande d'une partie contre laquelle cette mesure est invoquée, elle constate:

---

* Les conditions énoncées dans cet article visent à limiter le nombre de cas où la juridiction étatique peut 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 cas plus réduit.

i) *Variante 1*: qu'il se pose, quant à la compétence du tribunal arbitral, une question de fond [[de nature à rendre la reconnaissance ou l'exécution inappropriée] [de nature à rendre la mesure provisoire inexécutoire]] [et qu'aucune garantie appropriée n'a été ordonnée par le tribunal arbitral concernant cette mesure provisoire];

Variante 2: qu'une question de fond se pose à propos de l'un quelconque des motifs de refus exposés à l'article 36-1 a) i), iii) ou iv); ou

ii) *Variante 1*: que cette partie n'a pas été dûment informée de la nomination d'un arbitre ou de la procédure arbitrale [, auquel cas la juridiction étatique peut suspendre la procédure d'exécution [jusqu'à ce que les parties aient été entendues par le tribunal arbitral] [jusqu'à ce que les parties aient eu la possibilité d'être entendues par le tribunal arbitral] [jusqu'à ce que les parties aient été dûment informées]];

Variante 2: que ce refus est justifié par les motifs exposés à l'article 36-1 a) ii); ou

iii) *Variante 1*: que cette partie n'a pas pu faire valoir ses arguments relativement à la mesure provisoire [, auquel cas la juridiction étatique [peut suspendre] [suspend] la procédure d'exécution jusqu'à ce que les parties aient été entendues par le tribunal arbitral]; ou

Variante 2: que ce refus est justifié par les motifs exposés à l'article 36-1 a) ii); ou

iv) Que la mesure provisoire a été annulée ou suspendue par le tribunal arbitral ou par une décision d'une juridiction étatique compétente; ou

b) Si la juridiction étatique constate:

i) Que la mesure provisoire sollicitée est incompatible avec les pouvoirs qui lui sont conférés par les règles qui lui sont applicables, à moins qu'elle ne décide de reformuler cette mesure autant qu'il est nécessaire pour l'adapter à ses propres pouvoirs et procédures aux fins de la faire exécuter sans en modifier le fond; ou

ii) *Variante 1*: que la reconnaissance ou l'exécution de la mesure provisoire serait contraire à l'ordre public reconnu par la juridiction étatique.

Variante 2: que l'un quelconque des motifs exposés à l'article 36-1 b) i) ou ii) s'applique à la reconnaissance et à l'exécution de la mesure provisoire.

3. Toute décision prise par la juridiction étatique sur l'un quelconque des motifs exposés au paragraphe 2 du présent article n'a d'effet qu'aux fins de la demande de reconnaissance et d'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire.

4. La partie qui demande ou a obtenu l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire informe sans retard la juridiction étatique de toute annulation, suspension ou modification de cette mesure.

5. *Variante A*: la juridiction étatique auprès de laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée peut, si elle le juge approprié, ordonner à l'autre partie de constituer une garantie pour frais adéquate [à moins que le tribunal arbitral n'ait déjà ordonné la constitution d'une telle garantie] [à moins que le tribunal arbitral n'ait déjà ordonné la constitution d'une telle garantie, sauf si la juridiction étatique détermine que cette mesure est inappropriée ou insuffisante compte tenu des circonstances].

Variante B: la juridiction étatique auprès de laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée peut, si elle le juge approprié, ordonner la constitution d'une garantie pour frais.

Variante C: lorsqu'elle exerce ce pouvoir, la juridiction étatique auprès de laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée n'examine pas la mesure provisoire ou conservatoire quant au fond.

Variante D: la juridiction étatique auprès de laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée peut seulement ordonner la constitution d'une garantie pour frais lorsqu'une telle mesure est nécessaire pour protéger les droits de tiers.

6. Le paragraphe 2 a) ii) ne s'applique pas:

Variante X: à une mesure provisoire ou conservatoire qui a été ordonnée sans que la partie contre laquelle elle est invoquée en ait été informée, 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 Y: à une mesure provisoire ou conservatoire qui a été ordonnée sans que la partie contre laquelle elle est invoquée en ait été informée, 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 Z: 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'exécution est rendue par la juridiction étatique sans que la partie contre laquelle la mesure est invoquée en soit informée."

Remarques générales

13. Le Groupe de travail a rappelé que, à sa trente-neuvième session, il avait pris un certain nombre de décisions concernant le projet d'article 17 *bis*, à savoir supprimer du projet de paragraphe 1 les mots "formée par écrit" figurant entre crochets (A/CN.9/545, par. 96), ainsi que les termes "qui satisfait aux exigences de l'article 17" et ajouter, au paragraphe 2, un autre motif pour lequel la juridiction étatique pourrait refuser de reconnaître et de faire exécuter une mesure provisoire (A/CN.9/545, par. 102, ainsi que par. 107 à 110). Il a également rappelé qu'il avait jugé la note de bas de page accompagnant le paragraphe 1 généralement acceptable quant au fond (A/CN.9/545, par. 97).

14. L'avis a été exprimé que le texte du projet d'article 17 *bis* posait des problèmes et était inutilement complexe. Aussi, la variante suivante (ci-après "la version abrégée proposée") a-t-elle été proposée:

> "1. Une mesure provisoire ou conservatoire prononcée par un tribunal arbitral est reconnue comme s'imposant aux parties et[, sauf indication contraire du tribunal arbitral,] est mise à exécution sur demande auprès de la juridiction étatique compétente, quel que soit le pays où elle a été prononcée.
>
> .2 La juridiction étatique compétente peut refuser de reconnaître [et] [ou] de faire exécuter une mesure provisoire ou conservatoire uniquement si:
>
> a) À la demande de la partie contre laquelle la mesure est dirigée, elle constate:
>
> i) Que cette partie n'a pas été dûment informée de la nomination d'un arbitre ou de la procédure arbitrale;
>
> ii) Que cette partie n'a pas pu faire valoir ses arguments, conformément aux conditions prévues à l'article 17;
>
> iii) Que le tribunal arbitral n'était pas habilité à ordonner une mesure provisoire ou conservatoire.
>
> 3. Si la juridiction étatique constate:
>
> a) Que la mesure est incompatible avec les pouvoirs qui lui sont conférés par les règles qui lui sont applicables, à moins qu'elle ne décide de reformuler cette mesure pour l'adapter à ses propres pouvoirs;
>
> b) Que la reconnaissance ou l'exécution de la mesure serait contraire à l'ordre public reconnu par elle."

15. On a dit que la version abrégée proposée était plus claire et aussi qu'elle évitait la possibilité de créer des règles pour la reconnaissance et l'exécution de mesures provisoires qui seraient plus strictes que les règles régissant la reconnaissance et l'exécution d'une sentence prononcée sur le fond de l'affaire. Un certain appui a été exprimé en faveur de cette version abrégée au motif qu'elle était concise et énonçait des règles qui visaient spécifiquement la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires, contrairement au texte du projet d'article 17 *bis*, qui reprenait pour l'essentiel les règles établies dans la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales.

16. Des réserves ont cependant été exprimées quant au caractère général de la version abrégée proposée, dont il a été dit qu'elle excluait un certain nombre de détails importants figurant dans le projet d'article 17 *bis*. Il a été rappelé que le Groupe de travail était convenu précédemment qu'étant donné la différence entre les caractéristiques des mesures provisoires et celles des sentences définitives, les premières devraient être traitées différemment des secondes. On a indiqué que l'une des raisons de cette distinction était que les mesures provisoires, contrairement aux sentences définitives, pouvaient être modifiées au cours de la procédure d'arbitrage. Ainsi, en énonçant les règles à suivre par les juridictions étatiques pour faire exécuter de telles mesures, le Groupe de travail était convenu qu'il était important de tenir compte de ce caractère temporaire distinctif. Il a été dit aussi que la version abrégée proposée n'abordait pas des questions telles que la garantie (mentionnée au

paragraphe 2 a) i) du projet d'article 17 *bis*) ou l'obligation d'informer la juridiction étatique de toute annulation, suspension ou modification de la mesure provisoire (énoncée au paragraphe 4 du projet d'article 17 *bis*).

Paragraphe 1

17. Le Groupe de travail a noté que le texte du paragraphe 1 du projet d'article 17 *bis* et la version abrégée proposée étaient pratiquement identiques et que le premier texte devrait être adopté avec les modifications indiquées au paragraphe 22.

Paragraphe 2 a)

Sous-alinéa i)

18. Le Groupe de travail a rappelé que, à sa trente-neuvième session, entre les deux variantes figurant dans le projet de sous-alinéa, une préférence avait été exprimée en faveur du maintien de la variante 2 (A/CN.9/545, par. 105 et 106). On a indiqué que cette variante reflétait la politique du Groupe de travail consistant à rapprocher les motifs de refus de l'exécution d'une mesure provisoire prononcée par un tribunal arbitral de ceux qui sont énoncés aux articles 35 et 36 de la Loi type ainsi que des motifs de refus de l'exécution d'une sentence qui sont indiqués à l'article V de la Convention de New York (voir A/CN.9/WG.II/WP.125, par. 12 et A/CN.9/524, par. 57).

19. Il a été convenu dans l'ensemble que la variante 2 devrait être adoptée, car elle faisait directement référence à l'article 36, au lieu de reproduire le contenu de cet article avec des modifications mineures, comme le faisait la variante 1 d'une manière qui risquait, a-t-on dit, d'être source d'ambiguïté et de confusion. Sur le plan rédactionnel, il a été suggéré de supprimer les mots "de refus", car ils pourraient être interprétés à tort comme faisant référence au refus de reconnaître ou de faire exécuter une sentence arbitrale définitive au titre de l'article 36. Il a été généralement estimé que le texte devrait indiquer plus clairement qu'il y était question du refus de reconnaître ou de faire exécuter une mesure provisoire. Pour clarifier ce point, il a été convenu de supprimer, dans la version anglaise, le mot "such" qui précède le mot "refusal".

20. Une réserve a été formulée à propos de l'emploi des mots "une question de fond se pose" et il a été indiqué que, par souci de cohérence et de clarté, il serait préférable de reprendre les termes employés ailleurs dans le projet d'article 17 *bis*, à savoir "ce refus est justifié par les motifs".

21. Il a été suggéré de faire référence à la question de la garantie, qui était expressément mentionnée dans la variante 1, mais pas dans la variante 2. L'idée selon laquelle le défaut de constitution d'une garantie ordonnée par le tribunal arbitral devrait être un motif de refus de reconnaître l'exécution de la mesure provisoire a recueilli un large appui. Il a été convenu que cette idée devrait apparaître à un endroit approprié dans le texte du projet d'article 17 *bis*, peut-être au paragraphe 5.

Sous-alinéa ii)

22. Le Groupe de travail a examiné les variantes 1 et 2 du sous-alinéa ii). On a fait observer que la variante 1 comportait un mécanisme, qui n'apparaissait pas à l'article 36-1 a) ii) de la Loi type, en ce qu'elle autorisait la suspension de l'exécution d'une mesure provisoire jusqu'à ce que les parties aient été dûment informées. Toutefois, par souci de cohérence avec l'approche dont il avait déjà convenu, à savoir que le cadre juridique de l'exécution des mesures provisoires devrait être analogue à celui qui était prévu pour l'exécution des sentences arbitrales à l'article 36 de la Loi type, le Groupe de travail a décidé de conserver la variante 2 sans modification.

Sous-alinéa iii)

23. Le Groupe de travail est convenu de conserver la variante 2 du sous-alinéa iii).

24. Comme le Groupe de travail avait convenu de conserver la référence à l'article 36-1 a) i), ii), iii) et iv) de la Loi type au paragraphe 2 a) du projet d'article 17 *bis*, il a examiné la question de la fusion des sous-alinéas i), ii) et iii) de cet alinéa. Il est convenu de fusionner les sous-alinéas ii) et iii). L'avis a été exprimé qu'il était capital que le pouvoir du tribunal arbitral de décider de sa propre compétence soit préservé et que les juridictions étatiques ne devraient pas préjuger de la décision qu'il prendrait à cet égard. Pour cette raison, il a été suggéré de conserver tel quel le libellé actuel de la variante 2 du sous-alinéa i). Dans ce contexte, il a aussi été indiqué que, lorsqu'il examinerait le paragraphe 3 du projet d'article 17 *bis*, le Groupe de travail aurait peut-être besoin de revoir les divers motifs de refus de l'exécution énoncés dans l'article 36-1 a) ii) de la Loi type, pour éviter de donner l'impression que la décision prise lorsqu'il était demandé à une juridiction étatique de faire exécuter une mesure provisoire (par exemple décision sur le point de savoir si la partie contre laquelle la mesure provisoire était invoquée avait été dûment informée de la nomination de l'arbitre) pouvait avoir un effet au-delà de la sphère limitée de la reconnaissance et de l'exécution de cette mesure.

Sous-alinéa iv)

Distinction entre le sous-alinéa iv) et l'article 36-1 a) v) de la Loi type

25. Il a été proposé de remplacer le texte du sous-alinéa iv) par une référence à l'article 36-1 a) v) de la Loi type. On a fait observer, en réponse à cette proposition, qu'une telle référence induirait en erreur, car ces deux dispositions n'avaient pas le même objet et renvoyaient à des situations différentes. L'article 36-1 a) v) de la Loi type concernait la situation dans laquelle une sentence définitive avait été annulée ou pouvait faire l'objet d'une forme ou une autre de recours conformément à la loi en vertu de laquelle elle avait été prononcée. Le sous-alinéa iv), par contre, reflétait le caractère éphémère de la mesure provisoire, qui pouvait être suspendue ou annulée par le tribunal arbitral lui-même.

Effet du sous-alinéa iv)

26. On a demandé si le sous-alinéa iv) aurait pour effet de permettre à la juridiction étatique d'annuler une mesure provisoire prononcée par le tribunal arbitral. En réponse, il a été rappelé qu'à sa précédente session, le Groupe de travail

avait décidé de supprimer du paragraphe 1 la référence générale aux exigences de l'article 17, précisément pour éviter de créer un motif supplémentaire et caché de refuser la reconnaissance et l'exécution d'une mesure provisoire (A/CN.9/545, par. 101 et 102). Il avait été convenu que la juridiction étatique ordonnant l'*exequatur* ne devait être ni obligée ni encouragée à examiner *de novo* la question de savoir si la mesure provisoire satisfaisait ou non aux exigences de l'article 17 (ibid., par. 99). Le Groupe de travail a réaffirmé cette décision à propos du sous-alinéa iv), qui ne devrait pas être interprété à tort comme créant un motif d'annulation par la juridiction étatique de la mesure provisoire prononcée par le tribunal arbitral. Il a été rappelé que l'article 17 *bis* avait pour objectif général d'établir des règles pour la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires mais pas de faire pendant à l'article 34 de la Loi type en énonçant des dispositions sur l'annulation de ces mesures. On a estimé que le Groupe de travail devrait peut-être examiner plus avant la question de savoir si une mesure provisoire prononcée sous la forme d'une sentence pouvait être annulée en vertu de l'article 34 de la Loi type. Celui-ci a pris note de cet avis.

27. Au cours de cette discussion, le sentiment général a été qu'il faudrait examiner l'application du sous-alinéa iv) à la fois du point de vue d'un pays ayant adopté la Loi type et de celui d'un pays dont la législation ne se fondait pas sur elle. En particulier, comme il n'existait pas de lien direct entre les articles 17 et 17 *bis*, il ne faudrait pas déduire que l'application de l'article 17 *bis* présupposait l'existence d'une disposition semblable à l'article 17. Dans le même ordre d'idées, il faudrait essayer de ne pas laisser entendre que la reconnaissance et l'exécution par une juridiction étatique d'une mesure provisoire ordonnée par un tribunal arbitral ne seraient possibles que lorsque la mesure aurait été prononcée par un tribunal arbitral appliquant la Loi type.

"*Ou par une décision d'une juridiction étatique compétente*"

28. Le Groupe de travail a examiné ensuite s'il était nécessaire de se référer au cas où une mesure provisoire avait été annulée par une "juridiction étatique compétente". Il a été rappelé que l'article 5 de la Loi type disposait que "pour toutes les questions régies par la présente Loi, les tribunaux ne peuvent intervenir que dans les cas où celle-ci le prévoit". En conséquence, la législation des pays ayant adopté la Loi type n'habiliterait pas les juridictions étatiques à examiner la conformité d'une mesure provisoire avec l'article 17. Toutefois, selon un avis largement partagé, l'article 17 *bis* devrait énoncer une règle pour le cas où la mesure était prononcée en application de la législation d'un pays qui n'avait pas adopté la Loi type et où les juridictions étatiques étaient autorisées à examiner, en vue de son éventuelle annulation, la mesure provisoire prononcée par le tribunal arbitral.

29. Une conséquence de cette situation était que les juridictions étatiques appliquant l'article 17 *bis* pourraient être saisies d'une demande d'exécution d'une mesure provisoire, même si celle-ci avait été annulée par une juridiction étatique dans un autre pays. De l'avis général, dans le cas où la mesure avait été annulée dans le pays d'origine, les juridictions de l'État adoptant devraient être autorisées à refuser de reconnaître et de faire exécuter ladite mesure. Il a aussi été convenu que, l'article 17 *bis* contenant une liste exhaustive de motifs de refus de la reconnaissance et de l'exécution, ce cas de figure devrait être traité dans cet article.

30. Plusieurs propositions ont été avancées sur la façon de traiter le cas en question. L'une d'entre elles était de modifier le sous-alinéa iv) de l'alinéa a) de manière à ne pas y mentionner l'organe ayant annulé ou suspendu la mesure provisoire. Le sous-alinéa iv) serait alors libellé comme suit: "que la mesure provisoire a été annulée ou suspendue". On a craint toutefois que ce libellé n'encourage les parties à rechercher le for le plus avantageux.

31. Selon une autre suggestion, fondée sur la version abrégée proposée, le sous-alinéa iv) devrait être purement et simplement supprimé. On a expliqué qu'il n'était pas nécessaire de traiter expressément de la suspension ou de l'annulation d'une mesure provisoire par un tribunal arbitral, car aucun motif ne pouvait être invoqué pour en demander la reconnaissance et l'exécution, et il n'était pas nécessaire de prévoir de dispositions particulières sur l'annulation d'une mesure provisoire par une juridiction étatique compétente, car cette annulation serait régie par les règles de procédure internes applicables. Cette suggestion n'a reçu aucun appui.

32. Selon une autre proposition encore, le sous-alinéa iv) devrait être modifié comme suit:

> "vi) Que la mesure provisoire a été annulée ou suspendue par le tribunal arbitral ou, lorsqu'elle y est habilitée, par une juridiction étatique du pays dans lequel, ou conformément à la loi duquel, cette mesure a été accordée."

33. Bien que des doutes aient été émis quant à la façon dont le texte modifié s'appliquerait dans la pratique, cette proposition a été jugée acceptable dans l'ensemble pour la suite des débats. On a fait observer qu'il faudrait peut-être remplacer les mots "ou conformément à la loi duquel, cette mesure a été accordée" par une référence au pays où le tribunal arbitral avait son siège.

Propositions visant à inclure des dispositions supplémentaires au paragraphe 2 a)

Cas où le tribunal arbitral n'est pas habilité à prononcer une mesure provisoire

34. À sa précédente session, le Groupe de travail avait pris note d'une proposition visant à ajouter un motif pour lequel la juridiction étatique pourrait refuser de reconnaître et de faire exécuter une mesure provisoire, à savoir lorsque les parties, d'un commun accord, ou la loi du pays où l'arbitrage avait lieu interdisaient au tribunal arbitral de prononcer une telle mesure (A/CN.9/545, par. 107). À la session en cours, on s'est déclaré en faveur du maintien de ce motif supplémentaire. La version abrégée proposée a été examinée dans cette optique. On a fait valoir, à l'appui du maintien d'une disposition allant dans ce sens, que l'ajout était nécessaire du fait de la suppression, au paragraphe 1, de la référence aux exigences de l'article 17. On a dit également que la question n'était pas suffisamment couverte par la référence à l'article 36-1 a) iv) de la Loi type, qui renvoyait à des questions procédurales, et non à la *lex arbitri*. Il a été fait objection à cette proposition au motif qu'elle risquait d'ouvrir la voie à un réexamen de l'affaire sur le fond par les juridictions étatiques. On a dit préférer ne pas inclure le libellé supplémentaire proposé, la question étant jugée suffisamment couverte par la référence à l'article 36-1 a) et le choix de la variante 2 aux sous-alinéas i), ii) et iii) de l'alinéa a).

Immunité juridictionnelle des États

35. Il a été proposé d'envisager l'insertion d'une disposition sur la question de l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens, sur la base d'une proposition faite à la session précédente lors de l'examen de l'article 17 (A/CN.9/545, par. 51). On a fait observer qu'il faudrait peut-être examiner cette question plus largement, par exemple dans le cadre de travaux pouvant être entrepris ultérieurement par la CNUDCI, mais non la débattre dans le contexte limité des mesures provisoires.

Paragraphe 2 b)

Sous-alinéa i)

36. Le Groupe de travail a jugé le sous-alinéa i) généralement acceptable quant au fond.

Sous-alinéa ii)

37. Le Groupe de travail est passé à l'examen des deux variantes proposées pour le sous-alinéa ii). Selon un avis largement partagé, la variante 2 devrait être retenue, car elle correspondait à l'approche adoptée au paragraphe 2 a). On a fait observer que la formulation de la variante 1 différait légèrement de celle de l'article 36-1 b) ii) de la Loi type d'une manière qu'il serait peut-être difficile d'interpréter. Par exemple, la variante 1 faisait référence à "l'ordre public reconnu par la juridiction étatique", tandis que l'article 36-1 b) ii) de la Loi type mentionnait à "l'ordre public du présent État". On a dit que cette dernière formulation était préférable, car la première pourrait être interprétée comme conférant des pouvoirs excessifs à la juridiction étatique.

38. On a demandé s'il faudrait faire référence à la fois aux sous-alinéa i) et ii) de l'article 36-1 b) de la Loi type, ou si les matières régies par ces deux dispositions, à savoir l'arbitrabilité et l'ordre public, devraient faire l'objet d'un traitement distinct dans l'article 17 *bis*.

39. Il a été suggéré d'exclure du sous-alinéa ii) la référence au sous-alinéa i) de l'article 36-1 b) de la Loi type. À l'appui de cette suggestion, on a fait valoir que, au moment où l'exécution d'une mesure provisoire était demandée, une juridiction étatique pourrait ne pas être en mesure de se prononcer sur le fond du litige. Il ne serait donc peut-être pas indiqué d'autoriser une juridiction étatique de prendre une décision sur l'arbitrabilité de l'objet du litige à ce stade de la procédure. On a toutefois fait observer que, lorsque l'objet du litige était clairement établi, et qu'il n'était pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi de l'État d'exécution, il serait illogique dans ce contexte que les juridictions de cet État fassent exécuter une telle mesure. Aussi a-t-il été proposé, au lieu de supprimer toute référence au sous-alinéa i) de l'article 36-1 b) de la Loi type, de modifier la variante 2 pour l'aligner sur le paragraphe 2 a) i), et de la libeller comme suit: "qu'une question de fond se pose à propos de l'un quelconque des motifs de refus exposés à l'article 36-1 b) i) ou ii)."

40. Selon un avis, les préoccupations exprimées à propos de la décision sur l'arbitrabilité au moment de l'exécution étaient déjà prises en compte au paragraphe 3, qui spécifiait bien que toute décision prise par une juridiction étatique

concernant l'exécution d'une mesure provisoire n'avait d'effet qu'aux fins de la demande de reconnaissance et d'exécution de ladite mesure.

41. Après un débat, le Groupe de travail a adopté le texte de la variante 2 sans modification, sous réserve de revenir sur la formulation employée pour les références, au paragraphe 2 a) et b), à l'article 36-1 a) et b) de la Loi type, lorsqu'il aurait fini d'examiner l'article 17 *bis*.

42. À la fin du débat, le Groupe de travail a pris note de l'opinion selon laquelle, en tout état de cause, la référence, au sous-alinéa ii), à l'article 36-1 b) i) de la Loi type ne devrait pas être interprétée comme obligeant la juridiction étatique à demander des informations sur l'objet du litige pour se prononcer sur les questions d'arbitrabilité.

43. On a fait observer que, au paragraphe 2, le Groupe de travail avait conservé une référence à l'article 36-1 de la Loi type et que cet article parlait des sentences. Étant donné que le Groupe de travail avait décidé de ne pas définir la forme que devrait prendre une mesure provisoire, il a été suggéré de préciser que le terme "sentence" employé à l'article 36-1 devrait être interprété comme couvrant tous les types de mesures provisoires, et n'impliquait pas que les motifs énoncés dans cet article se limitaient aux seules mesures provisoires prononcées sous forme d'une sentence.

44. Il a été dit que, lorsqu'il élaborerait un projet révisé à examiner par le Groupe de travail, le secrétariat devrait s'efforcer de produire un texte de synthèse dont le libellé correspondrait à celui qui était employé dans la Loi type. Par exemple, il a été dit que dans le membre de phrase "les pouvoirs qui lui sont conférés par les règles qui lui sont applicables", au paragraphe 2 b) i), il faudrait remplacer la référence aux "règles qui lui sont applicables" par une référence soit à " la loi ", soit aux "règles de procédure".

Motifs supplémentaires pouvant être invoqués pour refuser la reconnaissance et l'exécution

45. Le Groupe de travail a examiné si d'autres motifs de refuser la reconnaissance et l'exécution d'une mesure provisoire devraient être ajoutés au paragraphe 2. Il a rappelé la suggestion selon laquelle le défaut de constitution d'une garantie ordonnée par le tribunal arbitral devrait être un motif de refus de la juridiction étatique de faire exécuter une mesure provisoire (voir par. 30). Cette suggestion a reçu un large appui. Il a été rappelé que les conséquences d'un défaut de constitution d'une garantie ordonnée par le tribunal arbitral devraient être indiquées à un endroit approprié du texte du projet d'article 17 *bis*.

46. À l'encontre de l'ajout, à la liste figurant au paragraphe 2, du non-respect d'une injonction de constitution d'une garantie, on a fait valoir que le projet d'article 17-4 de la Loi type spécifiait bien que, si un tribunal arbitral décidait d'ordonner à la partie demandant la mesure de constituer une garantie, cette condition devrait être interprétée comme une condition suspensive de l'octroi de la mesure.

47. On a fait observer que cette interprétation du projet d'article 17-4 n'était pas conforme à l'approche pratique qu'un tribunal arbitral pourrait adopter pour ordonner une mesure provisoire. Il a été dit que, bien qu'il puisse être nécessaire

qu'une mesure provisoire prenne immédiatement effet, le tribunal arbitral pouvait, dans l'ordonnance de constitution d'une garantie, laisser un certain délai au demandeur pour organiser cette constitution. Pour tenir compte de cette réalité concrète, il a été suggéré que la constitution d'une garantie soit interprétée, au projet d'article 17-4, comme une condition résolutoire et pas seulement comme une condition suspensive.

48. Il a été dit que, lorsque la mesure provisoire avait été accordée, mais que la garantie n'avait pas été constituée comme l'avait demandé le tribunal arbitral, l'actuel projet d'article 17 *bis*-2 n'autorisait pas une juridiction étatique à refuser la reconnaissance et l'exécution. Il a été suggéré de traiter cette question au paragraphe 4 du projet d'article 17 et au paragraphe 2 de l'article 17 *bis*, car ces deux articles pourraient être appliqués indépendamment par les juridictions étatiques nationales.

Paragraphe 3

49. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 3 généralement acceptable quant au fond.

50. Il a été suggéré que la variante C du paragraphe 5, qui énonçait l'important principe selon lequel la juridiction étatique auprès de laquelle l'exécution de la mesure provisoire était demandée ne devait pas examiner la mesure provisoire quant au fond, soit incluse dans le paragraphe 3. Le Groupe de travail est convenu de revenir sur cette question lorsqu'il examinerait le paragraphe 5.

Paragraphe 4

51. Il a été rappelé que le paragraphe 4 se fondait sur le principe selon lequel une partie demandant l'exécution d'une mesure provisoire devait être tenue d'informer la juridiction étatique de toute annulation, suspension ou modification de cette mesure. Il a été rappelé que le Groupe de travail dans son ensemble avait approuvé ce principe à sa trente-huitième session (A/CN.9/524, par. 35 à 39).

52. On a douté de l'utilité de ce paragraphe. Il a été dit que, si la mesure provisoire avait été suspendue ou annulée, la procédure d'exécution n'était plus d'aucune utilité. Au lieu de faire obligation à la partie ayant demandé ou obtenu la mesure provisoire d'informer la juridiction étatique de toute annulation, suspension ou modification de cette mesure, il serait préférable, a-t-on estimé, de demander à une juridiction de ne pas faire exécuter la mesure. Cet avis n'a reçu aucun appui.

53. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 4 généralement acceptable quant au fond. Sur le plan rédactionnel, on a fait observer qu'il y avait apparemment un manque de concordance entre le libellé du paragraphe 4, qui se référait à l'"annulation, suspension ou modification", et celui du paragraphe 2 a) iv), qui parlait seulement de mesure "annulée ou suspendue". Il a été suggéré de modifier le projet de disposition afin d'améliorer la cohérence de l'ensemble du texte. Il a aussi été estimé que l'omission du terme "reconnaissance", au paragraphe 4, paraissait illogique par rapport au libellé d'autres dispositions. Le Groupe de travail est convenu que ces problèmes de rédaction devraient être examinés plus avant au stade final de l'élaboration du projet d'article 17 *bis*.

Paragraphe 5

54. Le Groupe de travail a rappelé que le paragraphe 5 traitait de l'importante question de savoir si et dans quelle mesure une juridiction étatique saisie d'une demande d'exécution d'une mesure provisoire devait être habilitée à ordonner au demandeur de constituer une garantie. Il avait débattu de cette disposition à sa trente-huitième session (A/CN.9/524, par. 72 à 75). On a aussi rappelé que les quatre variantes (A à D) reflétaient les différentes vues exprimées sur la question à cette même session.

Variantes A et B

55. Selon un avis, la variante B et le deuxième membre de phrase entre crochets de la variante A semblaient autoriser une juridiction étatique à remettre en question les décisions d'un tribunal arbitral concernant la constitution d'une garantie. Il fallait donc donner la préférence à la variante A, avec le premier membre de phrase entre crochets, à savoir "à moins que le tribunal arbitral n'ait déjà ordonné la constitution d'une telle garantie". Ce point de vue a bénéficié d'un large soutien.

56. Il a été déclaré que, en règle générale, une juridiction étatique ne devrait pas être habilitée à examiner quant au fond une décision prise par un tribunal arbitral sur l'opportunité ou non d'ordonner la constitution d'une garantie pour l'octroi d'une mesure provisoire. Or, a-t-on fait valoir, le premier membre de phrase entre crochets dans sa rédaction actuelle pouvait laisser entendre que, si le tribunal n'avait pas jugé bon d'ordonner la constitution d'une garantie, la juridiction étatique pourrait néanmoins examiner cette décision. Si l'intention du Groupe de travail était d'exclure toute possibilité pour une juridiction étatique d'examiner la décision d'un tribunal arbitral d'ordonner ou non la constitution d'une garantie, il faudrait alors préciser le texte de la variante A. À cette fin, il a été proposé de remplacer les mots "n'ait déjà ordonné" par "n'ait déjà pris une décision" pour bien montrer qu'une juridiction étatique ne devrait pas remettre en question la décision d'un tribunal sur ce point. Cette proposition a été adoptée.

57. Selon un avis, il ne fallait pas totalement exclure la possibilité pour la juridiction étatique d'examiner d'office la question de savoir si la constitution d'une garantie devait ou non être ordonnée. À cet égard, on a dit qu'il fallait donner la préférence à l'approche adoptée dans le second membre de phrase entre crochets de la variante A, qui autorisait la juridiction à ordonner la constitution d'une garantie pour frais lorsqu'elle jugeait la mesure prise par le tribunal arbitral "inappropriée ou insuffisante compte tenu des circonstances". Il a été déclaré que l'octroi d'un tel pouvoir aux juridictions étatiques pourrait en fait faciliter l'exécution des mesures provisoires et également donner à ces juridictions une possibilité supplémentaire de tenir compte des intérêts des tiers lorsqu'elles prenaient des décisions concernant la constitution d'une garantie. Selon un avis contraire, il fallait préciser dans le texte que la décision d'ordonner la constitution d'une garantie devait être prise "à la demande de la partie contre laquelle la mesure provisoire est invoquée" ou "à la demande de la partie contre laquelle la mesure provisoire est dirigée ou qui est touchée par cette mesure". Après en avoir débattu, le Groupe de travail n'a pas adopté ces propositions.

"*Garantie pour frais*"

58. Il a été convenu que le terme "garantie pour frais" était trop restrictif et devait, conformément à l'approche adoptée dans le projet d'article 17, être remplacé par les termes "garantie" ou "garantie appropriée" employés au paragraphe 4 de ce projet d'article.

"*L'autre partie*"

59. On a dit qu'il n'apparaissait pas clairement à quelle partie faisait référence le paragraphe 5, tel qu'il était actuellement rédigé. Il a été expliqué que, dans certains cas où l'arbitrage multipartite était utilisé, la partie tenue de constituer une garantie pouvait être différente de la partie demandant la mesure provisoire. Toutefois, comme dans la plupart des cas concevables la partie devant constituer la garantie serait celle qui demandait le prononcé d'une mesure provisoire, le texte devait se référer plus clairement au demandeur. Il a été proposé de remplacer les mots "l'autre partie" par "le demandeur". Après un débat, le Groupe de travail a adopté cette proposition.

Variante C

60. Il a été déclaré que la variante C confirmait le principe général selon lequel la juridiction étatique ne devait refuser de reconnaître ou de faire exécuter une mesure provisoire que pour des motifs de procédure sans pouvoir réexaminer à nouveau la mesure quant au fond. On a estimé que la variante C traitait d'un problème plus large que celui de la garantie pour frais et devait donc faire l'objet d'un article distinct (voir par. 60). Après un débat, le Groupe de travail a décidé d'insérer au paragraphe 3 une seconde phrase inspirée de la variante C.

Variante D

61. Il a été dit que la variante D, qui visait seulement les décisions nécessaires pour protéger les droits de tiers, était trop circonscrite. Les mesures provisoires ordonnées par un tribunal arbitral – a-t-on indiqué – ne liaient que les parties à la procédure d'arbitrage, alors que la décision d'une juridiction étatique pouvait avoir une portée plus large et s'appliquer aux tiers. On a estimé que la variante D traitait d'un aspect important de la protection des tiers, qui pouvait éventuellement être intégré dans la variante A. Il a été convenu que le secrétariat devrait déterminer l'endroit approprié où insérer le principe énoncé dans la variante D.

Paragraphe 6

62. Le Groupe de travail a rappelé que, en raison du préjudice qu'une mesure *ex parte* pouvait causer à la partie contre laquelle elle était dirigée, l'octroi à un tribunal arbitral du pouvoir de prononcer une telle mesure ne serait acceptable que si des conditions strictes étaient imposées pour éviter tout abus (A/CN.9/523, par. 17).

63. Le texte révisé ci-après, tenant compte de cet aspect, a été proposé pour le paragraphe 6:

> "L'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire prononcée par un tribunal arbitral conformément à des règles sensiblement équivalentes à celles

qui sont énoncées au paragraphe 7 de l'article 17 ne sera pas refusée en application du paragraphe 2 a) ii) du présent article au motif qu'il s'agit d'une mesure *ex parte*, à condition que toute décision de la juridiction étatique de faire exécuter cette mesure soit rendue dans un délai de vingt (20) jours après la date à laquelle le tribunal a prononcé la mesure."

64. Il a été expliqué que les mots "sensiblement équivalentes" ont été proposés pour tenir compte des modifications mineures que les pays pourraient apporter à la Loi type lorsqu'ils l'adopteraient. Il a été souligné que le délai de 20 jours prévu dans le texte révisé proposé s'appliquait au prononcé de la décision judiciaire de faire exécuter la mesure ordonnée par le tribunal arbitral et non, comme dans la variante X du texte actuel, à la demande d'exécution formée par une partie devant une juridiction étatique.

65. Parmi les variantes du texte actuel soumises à l'examen du Groupe de travail, c'est la variante X qui a eu la préférence. Le texte révisé proposé a également été appuyé. Le Groupe de travail a jugé essentielles les références aux garanties énoncées à l'article 17.

66. Étant donné le caractère temporaire d'une mesure *ex parte*, qui ou bien viendrait à expiration au bout de 20 jours ou bien serait convertie en mesure *inter partes*, on s'est demandé s'il était nécessaire d'insérer des dispositions particulières pour l'exécution de ce type de mesures.

67. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de poursuivre ses discussions sur le paragraphe 6 en se fondant sur le texte révisé proposé, qui serait placé entre crochets, lorsqu'il aurait fini d'examiner le projet d'article 17.

IV. Projet d'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

Remarques générales

68. Ayant fini d'examiner le projet d'article 17 *bis*, le Groupe de travail s'est penché sur la version nouvellement révisée du projet d'article 17 de la Loi type relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires, qui est libellé comme suit dans le document A/CN.9/WG.II/WP.128:

"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;

b) De prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer, immédiatement ou sous peu un préjudice;

c) De fournir un moyen [préliminaire] de [garantir] [sauvegarder] 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 convainc le tribunal arbitral que:

a) [Un préjudice irréparable] sera probablement causé si la mesure n'est pas ordonnée, et qu'un tel préjudice l'emporte largement sur celui que subira probablement la partie contre laquelle cette mesure est dirigée si celle-ci est accordée; et

b) Il y a une possibilité raisonnable de voir le demandeur 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. Le tribunal arbitral peut faire obligation au demandeur et à toute autre partie de constituer une garantie appropriée comme condition de l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire.

5. Le demandeur informe sans tarder le tribunal arbitral de tout changement important des circonstances sur la base desquelles il a demandé, ou le tribunal arbitral a accordé, la mesure provisoire ou conservatoire. Toutes les conclusions, pièces ou informations que l'une des parties fournit au tribunal arbitral sont communiquées à l'autre partie.

6. Le tribunal arbitral peut modifier, suspendre ou annuler une mesure provisoire ou conservatoire [qu'il a accordée], à tout moment, à la demande de l'une quelconque des parties ou, dans des circonstances exceptionnelles, de sa propre initiative à condition d'en notifier préalablement les parties.

[6 *bis*) Le demandeur est responsable de tous les dommages et de tous les frais causés par la mesure provisoire ou conservatoire à la partie contre laquelle elle est dirigée à compter de la date à laquelle elle a été accordée et aussi longtemps qu'elle a effet [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]. Le tribunal arbitral peut ordonner le versement immédiat de dommages-intérêts].

7. a) [Sauf convention contraire des parties] [Si les parties en sont expressément convenues], le tribunal arbitral peut [, exceptionnellement,] accorder une mesure provisoire ou conservatoire, sans aviser la partie contre laquelle cette mesure est dirigée, [lorsque] [si le demandeur montre que]:

i) Il y a un besoin urgent de prendre cette mesure;

ii) [Les conditions énoncées au paragraphe 3 sont réunies]; et

iii) Le demandeur [montre] [convainc le tribunal arbitral] qu'il est nécessaire de procéder de cette façon pour éviter que la mesure ne soit compromise avant qu'elle soit accordée;

b) Le demandeur est responsable de tous les dommages et de tous les frais causés par la mesure provisoire ou conservatoire à la partie contre laquelle elle est dirigée à compter de la date à laquelle elle a été accordée et aussi longtemps qu'elle a effet [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]. Le tribunal arbitral peut ordonner le versement immédiat de dommages-intérêts;

c) Le tribunal arbitral fait obligation au demandeur et à toute autre partie de constituer une garantie appropriée comme condition de l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire;

d) *Variante 1:* le tribunal arbitral est compétent, entre autres, pour statuer sur toutes les questions soulevées par les dispositions de l'alinéa b) [et de l'alinéa c)] ci-dessus ou se rapportant à elles [à tout moment pendant la procédure d'arbitrage];

Variante 2: une partie peut, à tout moment pendant la procédure d'arbitrage, présenter une demande sur le fondement de l'alinéa b);

e) *Variante A:* la partie contre laquelle la mesure provisoire ou conservatoire est dirigée en reçoit immédiatement notification et a la possibilité de présenter ses arguments devant le tribunal arbitral le plus rapidement possible et, en tout état de cause, dans un délai ne dépassant pas [quarante-huit] heures après la notification ou à toutes autres date et heure appropriées dans les circonstances;

Variante B: toute partie touchée par la mesure provisoire ou conservatoire accordée en vertu du présent paragraphe en reçoit immédiatement notification et a la possibilité de présenter ses arguments devant le tribunal arbitral dans les [quarante-huit] heures de cette notification ou à toutes autres date et heure appropriées dans les circonstances.

f) Toute mesure provisoire ou conservatoire ordonnée en vertu du présent paragraphe expire après vingt jours à compter de la date à laquelle le tribunal arbitral l'ordonne, à moins qu'il ne la confirme, la proroge ou la modifie [, à la demande du demandeur et] après en avoir avisé la partie contre laquelle elle est dirigée et lui avoir donné la possibilité de présenter ses arguments. Toutes les conclusions, pièces ou informations que l'une des parties fournit au tribunal arbitral sont communiquées à l'autre partie;

g) Une partie qui demande une mesure provisoire ou conservatoire en vertu du présent paragraphe [informe le tribunal arbitral de] [présente au tribunal arbitral des informations sur] 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] [s'il doit accorder la mesure]."

Paragraphe 1

69. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 1 généralement acceptable quant au fond.

Paragraphe 2

Chapeau “*qu’elle prenne la forme d’une sentence ou une autre forme*”

70. Il a été suggéré de supprimer le membre de phrase “qu’elle prenne la forme d’une sentence ou une autre forme”. On a fait observer que, dans de nombreux systèmes juridiques, une mesure provisoire ne prendrait jamais la forme d’une sentence et serait très probablement prononcée sous la forme d’une ordonnance de procédure. De plus, le fait que la sentence était le seul exemple expressément cité risquait de donner faussement l’impression qu’il s’agissait là de la forme la plus appropriée pour une mesure provisoire. On a dit que le mot “sentence” dans la définition de la mesure provisoire serait inapproprié pour les pays dont la législation définissait une sentence comme une décision du tribunal arbitral sur le fond du litige. En outre, on a fait valoir que la suppression de ce membre de phrase du paragraphe 2 b) n’enlèverait rien à l’efficacité de la disposition. On a proposé de le remplacer par des termes plus neutres, tels que “quelles que soient sa dénomination et sa forme”.

71. Selon un avis contraire, il fallait conserver ce membre de phrase pour tenir compte du fait que, dans certains systèmes juridiques, une mesure provisoire devait être prononcée sous la forme d’une sentence pour être reconnue et exécutée. De même, le membre de phrase avait été considéré comme ayant une portée assez large pour englober toutes les mesures provisoires, quelle que soit leur appellation. À l’appui du maintien du membre de phrase, on a dit que celui-ci était tiré du Règlement d’arbitrage de la CNUDCI et que les termes étaient suffisamment neutres pour traduire l’intention du Groupe de travail de ne privilégier aucune forme particulière sous laquelle ces mesures devaient être prononcées.

72. Le Groupe de travail a rappelé que ce membre de phrase avait fait l’objet d’un débat à ses trente-cinquième session en 2002 (voir A/CN.9/508, par. 65 à 68) et trente-sixième session en 2003 (voir A/CN.9/523, par. 36) et qu’il avait été généralement accepté. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de ne pas modifier le chapeau du paragraphe 2. Dans le cadre de cette discussion, il a été suggéré que tout texte explicatif qui serait élaboré ultérieurement, éventuellement sous la forme d’un guide pour l’incorporation du projet d’article 17, indique clairement que le libellé adopté, en ce qui concerne la forme sous laquelle une mesure provisoire pouvait être prononcée, ne devait pas être interprété à tort comme une prise de position sur la question controversée de savoir si une mesure provisoire prononcée sous forme d’une sentence serait ou non exécutoire en vertu de la Convention de New York.

Alinéa c)

[*Préliminaire*]

73. Le Groupe de travail est convenu de supprimer le mot “préliminaire” car celui-ci prêtait à confusion et n’ajoutait rien au sens de la disposition.

[*Garantir*] [*sauvegarder*]

74. Le Groupe de travail a déclaré qu'il préférait conserver le mot "sauvegarder" plutôt que "garantir" car ce dernier pouvait être interprété comme un moyen particulier de protéger des biens. Il est donc convenu de supprimer "garantir" et de conserver "sauvegarder".

Injonctions antipoursuites (Anti-suit injunctions)

75. On a demandé si le paragraphe 2 de l'article 17, dans sa rédaction actuelle, pouvait être interprété comme autorisant un tribunal arbitral à prononcer une injonction antipoursuites (autrement dit une mesure provisoire par laquelle il enjoindrait une partie de ne pas poursuivre une procédure judiciaire ou une autre procédure arbitrale). Étant donné que l'article 17-2 contenait une liste générique exhaustive de mesures provisoires (voir A/CN.9/545, par. 21), on a suggéré que le Groupe de travail indique clairement si son intention était que cette liste englobe aussi ce type d'injonction.

76. Sur le plan des principes, des réserves ont été exprimées contre le fait que l'article 17 autorise directement ou indirectement le recours à des injonctions antipoursuites. On a dit que ces injonctions étaient plutôt rares dans la pratique juridique internationale et inconnues ou inhabituelles dans de nombreux systèmes juridiques et qu'elles seraient considérées par certaines lois nationales comme contraires au droit constitutionnel fondamental d'une partie d'ester en justice. On a aussi fait valoir qu'il pouvait être dangereux de proposer une disposition visant spécifiquement ce type d'injonctions et d'y donner trop de détails. Bien que le Groupe de travail ait expressément pour but de promouvoir l'harmonisation du droit de l'arbitrage international, la reconnaissance d'une pratique juridique qui n'était pas encore établie comportait un risque inhérent. On a dit que l'insertion d'une telle disposition risquait d'en compromettre les chances d'application, voire de compromettre l'acceptabilité générale de la Loi type, en particulier dans les pays qui ne reconnaissaient pas ces injonctions. Selon un autre point de vue, on a fait remarquer que, comme la question des injonctions antipoursuites risquait de prendre de l'importance dans la pratique de l'arbitrage international, elle méritait d'être examinée attentivement – la CNUDCI pouvant notamment envisager d'élaborer un ensemble distinct de règles – mais qu'elle ne devait pas être traitée de façon indirecte et incomplète dans le cadre d'une disposition relative aux mesures provisoires ou conservatoires, car cela ne permettrait pas de rendre compte de tous les aspects de la question et risquerait de laisser croire à tort que ce type d'injonctions n'était qu'une sous-catégorie des mesures provisoires telles que définies dans le projet d'article 17.

77. Un argument avancé pour que ces injonctions soient traitées dans le projet d'article 17 a été qu'elles étaient de plus en plus fréquentes et jouaient un rôle important dans le commerce international. On a estimé que le fait qu'elles n'étaient pas encore bien connues dans certains systèmes juridiques montrait qu'il fallait les prendre en compte dans la Loi type afin de promouvoir la modernisation et l'harmonisation des pratiques juridiques. Bien qu'elles ne soient pas reconnues dans le droit d'un certain nombre de pays, on constatait que les tribunaux arbitraux siégeant dans ces pays s'y intéressaient de plus en plus. Il a aussi été dit que l'injonction antipoursuites avait pour objet de protéger la procédure arbitrale et qu'il

était légitime que les tribunaux arbitraux cherchent à protéger leur propre procédure. On a fait observer que le prononcé d'une telle injonction ne devait pas être interprété comme empêchant une partie de demander à une juridiction étatique du siège de l'arbitrage de se prononcer sur la validité d'une convention d'arbitrage. Il a également été indiqué que, dans la mesure où l'acceptabilité générale des injonctions antipoursuites suscitait des préoccupations, d'autres dispositions de la Loi type pourraient offrir des garanties appropriées, par exemple dans la nature des motifs de refus de la reconnaissance et de l'exécution, en particulier le motif lié à la loi régissant les pouvoirs conférés à la juridiction étatique prévu au paragraphe 2 b) i) de l'article 17 *bis*, ou celui fondé sur l'ordre public visé au paragraphe 2 b) ii) de ce même projet d'article.

78. Il a été indiqué que, lors de précédentes sessions, le Groupe de travail avait dans une certaine mesure jugé préférable que les injonctions antipoursuites ne soient pas exclues du projet d'article 17. On a estimé que, même si le pouvoir de prononcer de telles injonctions n'était pas expressément mentionné au paragraphe 2 b), son existence serait néanmoins implicite, en particulier lorsque s'appliquait le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Il a été dit que le libellé du paragraphe 2 a) du projet d'article 17 était à la fois souple et ouvert et probablement assez large pour englober ces injonctions. Il a été dit que cette interprétation avait été renforcée par la suppression, au projet d'article 17, lors d'une précédente session, de l'obligation (énoncée dans la version initiale de l'article 17 de la Loi type) de lier la mesure provisoire à l'objet du litige. On a fait observer que cette obligation était également évoquée à l'article 26 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et avait été interprétée, dans certains pays, comme une limite à la possibilité de recourir aux injonctions antipoursuites. Toutefois, certaines délégations ont rappelé que le lien entre les mesures provisoires et "l'objet du litige" avaient néanmoins permis à des tribunaux arbitraux d'ordonner de telles injonctions en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

79. Par souci de clarté, il a été proposé que le paragraphe 2 confère expressément aux tribunaux arbitraux le pouvoir de prononcer des injonctions antipoursuites. Un certain nombre de propositions ont été faites sur la manière dont ces injonctions devraient être expressément visées dans le projet d'article 17. L'une d'entre elles était d'insérer une disposition autorisant expressément un tribunal arbitral à prononcer une telle injonction, accompagnée d'une note explicative indiquant que cette disposition ne s'appliquerait que dans la mesure où ce type d'injonction était autorisé par les règles de procédure du pays concerné. On a fait observer toutefois que cette proposition présentait un inconvénient en ce sens que, dans les pays qui n'adoptaient pas cette disposition expresse, le paragraphe 2 pourrait être compris comme interdisant le prononcé d'une telle injonction.

80. Selon une autre proposition, il faudrait aborder la question des injonctions antipoursuites en ajoutant au paragraphe 2 b) du projet d'article 17 un membre de phrase qui pourrait être libellé comme suit: "ou d'aggraver sérieusement le litige entre les parties". Il a été indiqué que cette formule était admise dans certains pays et qu'elle avait été utilisée dans un certain nombre d'arbitrages internationaux, y compris des arbitrages engagés conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

81. Selon une autre proposition encore, on pourrait ajouter les mots “ou porter atteinte à la procédure arbitrale elle-même” à la fin du paragraphe 2 b) de l’article 17. Il a été indiqué que cette proposition clarifierait et conforterait l’interprétation exprimée par un certain nombre de délégations selon laquelle le membre de phrase “De prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s’abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer, immédiatement ou sous peu un préjudice” au paragraphe 2 b) visait déjà les injonctions antipoursuites.

82. Selon un avis, le débat sur la question des injonctions antipoursuites partait largement du principe que ces dernières empêcheraient une partie d’engager une action devant une juridiction étatique. Toutefois, dans certains cas, ces injonctions avaient été utilisées pour empêcher une partie d’engager une action devant un autre tribunal arbitral. Il a été proposé que le projet de texte englobe ces deux situations.

83. Après un débat, le Groupe de travail est convenu de modifier l’alinéa b) du paragraphe 2 comme suit: “De prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s’abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer, immédiatement ou sous peu un préjudice, ou de porter atteinte à la procédure arbitrale elle-même”. Toutefois, notant que le Groupe de travail n’avait pas examiné dans leur intégralité les incidences du libellé proposé, il a été convenu que cette proposition serait placée entre crochets et examinée plus avant lors d’une prochaine session.

Paragraphe 3

Alinéa a) – “Préjudice irréparable”

84. Des craintes ont été exprimées au sujet de l’emploi du terme “préjudice irréparable” à l’alinéa a). Le Groupe de travail a rappelé qu’il avait déjà examiné ce terme à sa trente-cinquième session (A/CN.9/508, par. 56) et à sa trente-neuvième session (A/CN.9/545, par. 29).

85. On a fait valoir que le terme “irréparable” n’était pas un concept très connu dans tous les systèmes juridiques, qu’il était susceptible d’interprétations divergentes et qu’il devait être supprimé. Une autre suggestion a été de remplacer “irréparable” par “substantiel”. On a indiqué qu’une référence à un “préjudice substantiel” faciliterait la comparaison entre le degré de préjudice subi par le demandeur si la mesure provisoire n’était pas accordée et le degré de préjudice subi par la partie s’opposant à la mesure si celle-ci l’était.

86. Un large appui a toutefois été exprimé en faveur du maintien du terme “préjudice irréparable”. On a dit que le paragraphe 3 a) était censé s’appliquer à un type particulier de préjudice survenant dans une situation où, même à un stade préliminaire où le tribunal n’avait pas connaissance de tous les éléments du litige, il pouvait être montré que le demandeur devait être protégé contre un préjudice ne pouvant être réparé par l’octroi de dommages-intérêts. En revanche, le terme “préjudice substantiel” laisserait à penser qu’une réparation était possible sous forme de dommages-intérêts substantiels. On a fait observer que la notion de “préjudice irréparable” ne renvoyait pas quantitativement à l’étendue des dommages, mais qualitativement à la nature même du préjudice. Divers exemples de “préjudice irréparable” ont été donnés. Outre la perte d’une œuvre d’art inestimable ou unique, déjà mentionnée à la session précédente (A/CN.9/545, par. 29), on a expliqué que des événements tels que le fait pour une entreprise de devenir

insolvable, la perte d'éléments de preuve essentiels, la perte d'un débouché commercial essentiel (comme la conclusion d'un contrat important), ou un préjudice causé à la réputation d'une entreprise par suite de la contrefaçon d'une marque, donneraient lieu à un "préjudice irréparable".

87. Bien que la notion de "préjudice irréparable" soit parfaitement reconnue dans certains systèmes juridiques et soit un critère courant pour l'octroi d'une mesure provisoire, il a été admis qu'elle pouvait donner lieu à diverses interprétations, en l'occurrence dans les pays où elle n'était pas familière. Il a été proposé de remplacer le terme "préjudice irréparable" par une expression plus neutre et plus descriptive, telle que, par exemple: "préjudice ne pouvant faire l'objet d'une compensation adéquate ou d'une compensation financière", "dommage difficile à réparer", "préjudice ne pouvant faire l'objet d'une compensation", "préjudice important ne pouvant être réparé par des dommages-intérêts", "préjudice inévitable", "préjudice inéluctable" ou "préjudice grave".

88. Outre les craintes exprimées ci-dessus, on a dit que, si la Loi type devait disposer que des mesures provisoires ou conservatoires ne pouvaient être accordées que pour éviter un préjudice ne pouvant faire l'objet d'une compensation financière, il y aurait un risque d'interprétation très restrictive. Il pourrait alors être plus difficile d'obtenir de telles mesures dans le cadre d'un arbitrage que dans une procédure judiciaire, et les parties demandant leur exécution n'en devraient pas moins engager une procédure supplémentaire devant la juridiction étatique compétente. Il a été demandé si le Groupe de travail avait l'intention d'adopter une telle approche restrictive de manière à exclure potentiellement du champ des mesures provisoires toute perte susceptible d'être réparée par l'octroi de dommages-intérêts. Il a été dit aussi que, dans la pratique actuelle, il n'était pas rare qu'un tribunal arbitral ne prononce une mesure provisoire que dans des cas où il serait relativement compliqué de réparer le préjudice par des dommages-intérêts.

89. Afin de fournir un critère plus souple, une autre proposition a été faite, à savoir remplacer le terme "préjudice irréparable" par "préjudice ne pouvant être réparé de façon adéquate par l'octroi de dommages-intérêts". On a fait valoir que cette proposition visait à répondre aux craintes selon lesquelles un préjudice irréparable pourrait constituer un seuil trop élevé et qu'elle ferait apparaître plus clairement le pouvoir d'appréciation du tribunal arbitral pour se prononcer sur l'octroi d'une mesure provisoire. Le Groupe de travail a jugé cette proposition généralement acceptable.

Alinéa a) – Interaction avec le paragraphe 2

90. Des commentaires ont été faits sur le contenu du paragraphe 3 lorsqu'il était lu en parallèle avec le paragraphe 2. Selon un avis, la référence au "préjudice", au paragraphe 3, pouvait créer une confusion avec les mots "immédiatement ou sous peu un préjudice" figurant à l'alinéa b) du paragraphe 2 et le critère énoncé au paragraphe 3 risquerait alors d'être interprété comme s'appliquant uniquement aux mesures accordées aux fins de l'alinéa b) du paragraphe 2.

91. Plus généralement, on a exprimé la crainte que les obligations générales énoncées au paragraphe 3 ne s'appliquent pas de façon adéquate à tous les types de mesures provisoires énumérées au paragraphe 2. Par exemple, on a dit qu'il ne serait pas approprié de prévoir dans tous les cas qu'une partie demandant simplement une

mesure provisoire pour sauvegarder des éléments de preuve au titre du paragraphe 2 d) doive nécessairement démontrer qu'un préjudice exceptionnel serait causé si la mesure provisoire n'était pas ordonnée, ou d'exiger de cette partie qu'elle satisfasse d'une autre manière au seuil très élevé établi au paragraphe 3. Le Groupe de travail a pris note de cette crainte et est convenu qu'il serait peut-être nécessaire de revenir sur la question à un stade ultérieur.

Paragraphe 4

92. Il a été rappelé que le Groupe de travail, lorsqu'il avait débattu du paragraphe 5 de l'article 17 *bis* (voir par. 64 à 70), avait examiné la question de savoir si la constitution d'une garantie devait être une condition de l'octroi d'une mesure provisoire. L'avis général qui s'est dégagé a été que la constitution d'une garantie ne devrait pas être une condition suspensive de l'octroi d'une mesure provisoire. On a fait observer que ni l'article 17 de la Loi type, ni l'article 26-2 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ne comportaient une telle condition. Diverses propositions ont été faites pour modifier le paragraphe 4 en conséquence.

93. Une proposition a été d'adopter un libellé qui pourrait être le suivant: "Le tribunal arbitral peut accorder une mesure provisoire ou conservatoire en demandant au demandeur ou à toute autre partie de fournir une garantie appropriée", ou simplement de prévoir qu'"il peut être fait obligation au demandeur et à toute autre partie de constituer une garantie appropriée avant que le tribunal arbitral accorde une mesure provisoire". On s'est opposé à cette proposition en disant qu'il était trop strict d'exiger la constitution d'une garantie avant qu'une mesure provisoire puisse être accordée. Une autre proposition a été de supprimer du paragraphe 4 les mots "comme condition de l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire". L'avis a toutefois été exprimé qu'il faudrait éviter de supprimer purement et simplement ces mots, car ils jouaient un rôle utile en donnant des indications aux praticiens. On a fait observer d'autre part que les propositions ci-dessus donnaient l'impression que le tribunal était habilité à demander la constitution d'une garantie sans rapport avec la mesure provisoire à tout moment de la procédure.

94. Pour répondre à la crainte de voir l'exigence d'une garantie interprétée comme une disposition indépendante autorisant le tribunal à ordonner la constitution d'une garantie à tout moment de la procédure, une proposition a été faite visant à modifier le paragraphe 4 comme suit: "Le tribunal arbitral peut faire obligation au demandeur et à toute autre partie de constituer une garantie appropriée au moment où il accorde la mesure provisoire". Une autre proposition encore a été la suivante: "Le tribunal arbitral peut faire obligation au demandeur et/ou à toute autre partie de constituer une garantie appropriée en liaison avec une telle mesure provisoire ou conservatoire". On a fait valoir que cette proposition non seulement répondait à la crainte exprimée, mais assurait aussi que le tribunal arbitral ne se limiterait pas à ordonner la constitution d'une garantie uniquement au moment où il était saisi de la demande. On a souligné que l'expression "en liaison avec" devrait être interprétée de façon étroite de manière que le sort de la mesure provisoire soit lié à la constitution de la garantie. Après un débat, le Groupe de travail a jugé la proposition acceptable.

95. Sur le plan rédactionnel, on a fait observer que l'emploi du mot "ou" était plus approprié que le mot "et" pour indiquer que le tribunal arbitral pouvait faire

obligation soit au demandeur soit à toute autre partie de constituer une garantie appropriée. Le Groupe de travail a approuvé cette proposition.

96. En ce qui concerne la possibilité pour le tribunal arbitral de faire obligation à "toute partie" de constituer une garantie appropriée, on a souligné qu'il était essentiel de conserver la possibilité d'appliquer cette obligation au défendeur (c'est-à-dire la partie contre laquelle la mesure provisoire était dirigée). Il a été dit que cela était conforme au principe de l'égalité de traitement des parties qui présidait à une procédure d'arbitrage. Même s'il est vrai que le défendeur serait rarement tenu de constituer une garantie, on a donné des exemples de situations dans lesquelles, pour obtenir la mainlevée d'une mesure provisoire, telle que la saisie d'un navire, le défendeur déposerait une garantie.

Paragraphe 5

97. Il a été demandé si la deuxième phrase du paragraphe 5, qui faisait référence à la communication par une partie à une autre de toutes les conclusions, pièces ou informations fournies au tribunal arbitral, devait être conservée. On a fait observer que cette obligation faisait double emploi avec une obligation déjà prévue à l'article 24-3 de la Loi type. On a noté que, dans la mesure où le texte actuel ferait partie de la Loi type, il était inutile d'y faire figurer une obligation déjà contenue dans cette dernière. Il a été indiqué toutefois que l'obligation pour une partie d'informer le tribunal arbitral était mentionnée à l'article 17 et dans aucune autre partie de la Loi type. Aussi, par souci de clarté, était-il approprié de lier l'obligation d'informer le tribunal à l'obligation générale d'informer l'autre partie.

98. Diverses propositions ont été faites au sujet de cette disposition. On a suggéré d'ajouter, après les mots "sans tarder", des mots tels que "avec copie à toutes les autres parties" et de supprimer la deuxième phrase du paragraphe. Selon une autre proposition, il faudrait modifier comme suit le début du paragraphe: "Le demandeur divulgue sans tarder tout changement important (...)" et supprimer la deuxième phrase du paragraphe. On a estimé que cette approche exprimait l'obligation de façon plus neutre et évitait de tirer la conclusion que le paragraphe excluait l'obligation prévue à l'article 24-3 de la Loi type. Après un débat, le Groupe de travail a jugé la dernière proposition généralement acceptable.

Sanction pour non-respect

99. On a fait observer que, tel qu'il était rédigé, le paragraphe 5 ne prévoyait pas de sanction en cas de non-respect de l'obligation d'informer. On a suggéré d'inclure une telle sanction au paragraphe 6, de sorte que le non-respect de l'obligation de divulguer serait un motif de modification, de suspension ou d'annulation de la mesure provisoire.

100. On a dit qu'il était inutile d'inclure expressément une sanction au paragraphe 6, car en tout état de cause la sanction habituelle, en cas de non-respect de l'obligation de divulguer, était soit la suspension ou l'annulation de la mesure, soit l'octroi de dommages-intérêts. Il a été noté toutefois que l'octroi de dommages-intérêts ne serait peut-être pas une solution dans tous les cas, en particulier lorsque l'autre partie n'était pas en mesure de les verser. On a suggéré, pour mieux rendre compte de cette réalité, d'ajouter le texte ci-après à la fin du paragraphe 5: "et le non-respect de cette obligation peut être un motif de suspension ou d'annulation au

titre du paragraphe 6 du présent article". Après un débat, le Groupe de travail est convenu qu'il n'était pas nécessaire d'inclure une disposition concernant les sanctions au paragraphe 5.

Paragraphe 6

101. Sur le plan rédactionnel, on a fait observer que, dans la version anglaise, les mots employés étaient "termination, suspension or amendment of that interim measure" à l'article 17 *bis*-4 et "modify, suspend or terminate an interim measure" au paragraphe 6. Il a été convenu que les textes devraient être alignés, et une préférence a été exprimée pour le verbe "modify" au lieu de "amend".

"*Qu'il a accordée*"

102. Il a été rappelé que les mots "qu'il a accordée" ont été insérés pour refléter la décision du Groupe de travail de permettre au tribunal arbitral de modifier ou d'annuler uniquement la mesure provisoire qu'il avait lui-même prononcée (A/CN.9/545, par. 41). Sur cette base, il a été convenu que les mots "qu'il a accordée" devraient être conservés sans crochets.

103. On a demandé s'il fallait interdire à un tribunal arbitral de modifier une mesure provisoire prononcée par une juridiction étatique étant donné qu'une partie à une convention d'arbitrage pouvait demander une telle mesure à une juridiction étatique avant que le tribunal arbitral n'ait été constitué. On a dit qu'il pouvait y avoir, dans de telles circonstances, de bonnes raisons d'autoriser le tribunal, une fois constitué, à modifier une telle mesure. Cette opinion a recueilli un certain appui.

104. Il a été noté que la question de savoir si un tribunal arbitral pouvait être autorisé à revenir sur une mesure provisoire ordonnée par une juridiction étatique était controversée et soulevait des points délicats concernant le rôle des juridictions étatiques et l'équilibre à trouver entre le rôle d'organes arbitraux privés et ces dernières, qui avaient des pouvoirs souverains et un régime d'appel. Le Groupe de travail a noté que l'article 9 de la Loi type abordait de façon appropriée la compétence concurrente du tribunal arbitral et des juridictions étatiques et prévoyait sans ambiguïté le droit des parties de demander une mesure provisoire ou conservatoire à une juridiction étatique, avant ou pendant la procédure arbitrale. Il est convenu qu'il ne fallait pas aborder dans la Loi type la question de savoir si un tribunal arbitral pouvait revenir sur une mesure provisoire ordonnée par une juridiction étatique. À cet égard, on a souligné qu'il existait diverses techniques pour aborder cette question. Par exemple, les parties pouvaient, de leur propre initiative, s'adresser de nouveau à la juridiction étatique qui avait prononcé la mesure pour lui demander de la revoir, ou bien elles pouvaient la prier d'inclure dans la mesure le droit pour le tribunal arbitral de la modifier lorsqu'il serait constitué. En outre, le tribunal arbitral avait toujours la faculté de faire obligation aux parties de soumettre à la juridiction étatique la décision qu'il avait prise.

Paragraphe 6 *bis*

105. Le Groupe de travail a rappelé qu'afin de faciliter les délibérations sur le paragraphe 6 *bis*, le secrétariat avait établi une note (A/CN.9/WG.II/WP.127) qui contenait des informations communiquées par les États à propos des régimes de

responsabilité prévus dans leur législation interne pour les mesures provisoires ou conservatoires. Il a été fait observer que les lois nationales décrites dans la note en question appliquaient le même régime de responsabilité aux mesures *inter partes* et aux mesures *ex parte*. De ce fait, a-t-on dit, les crochets entourant le paragraphe devaient être supprimés et le Groupe de travail devait examiner les améliorations pouvant être apportées à ce dernier.

106. On a jugé inutile de prévoir que la responsabilité pour les dommages et frais causés par la mesure provisoire ou conservatoire s'appliquait "à compter de la date à laquelle elle a été accordée et aussi longtemps qu'elle a effet" car l'exigence que les dommages et les frais soient "causés par" la mesure limitait déjà la portée de cette responsabilité. On a également estimé que les conditions actuellement énoncées au paragraphe 6 *bis* risquaient de prêter à confusion et qu'il ne conviendrait peut-être pas de subordonner la responsabilité à la décision finale sur le fond. À ce propos, il a été rappelé au Groupe de travail qu'à sa trente-neuvième session, on avait affirmé avec force que la décision finale sur le fond ne devait pas constituer un facteur essentiel pour déterminer si la mesure provisoire était justifiée ou non (A/CN.9/545, par. 68). Aussi a-t-il été proposé de remplacer la première phrase du paragraphe par les mots "Le demandeur est responsable de tous les dommages et de tous les frais causés par la mesure provisoire ou conservatoire à la partie contre laquelle elle est dirigée, si le tribunal arbitral décide par la suite qu'en l'espèce, la mesure n'aurait pas dû être accordée". Cette proposition a été appuyée.

107. On s'est inquiété de ce que, dans le paragraphe 6 *bis*, le pouvoir du tribunal arbitral de prescrire le versement de dommages-intérêts semblait dépendre de la constatation que la mesure provisoire n'aurait pas dû être ordonnée, ce qui ne lui laissait peut-être pas une marge d'appréciation suffisante, par exemple, pour exercer ce pouvoir lorsqu'il constatait que la mesure avait été prononcée sur la base de faits inexacts. Pour octroyer au tribunal un plus large pouvoir d'appréciation, il a été proposé de remplacer l'ensemble du paragraphe 6 *bis* par le texte suivant: "Le demandeur est responsable des dommages et des frais causés par la mesure provisoire ou conservatoire à la partie contre laquelle elle est dirigée, si le tribunal arbitral en décide ainsi, au stade de la procédure et dans la mesure qu'il juge appropriés compte tenu de toutes les circonstances pertinentes." Il a été dit que, si ce texte était accepté, la deuxième phrase du paragraphe pourrait être supprimée. La proposition a recueilli peu de suffrages. On a émis une préférence pour la première proposition, dont on a dit qu'elle répondait aux préoccupations exprimées et fournissait davantage d'orientations.

108. En ce qui concerne la dernière phrase du paragraphe 6 *bis*, il a été suggéré de supprimer l'adjectif "immédiat" car il pouvait laisser entendre à tort que les dommages-intérêts seraient accordés en même temps que la mesure provisoire. On a proposé de remanier la phrase comme suit: "Le tribunal arbitral peut ordonner le versement de dommages-intérêts à tout moment pendant la procédure après l'annulation de la mesure provisoire". Le membre de phrase "après l'annulation de la mesure provisoire" a été jugé trop restrictif car, suivant ses termes, les dommages-intérêts ne pouvaient être accordés qu'après l'annulation de la mesure. Il a été convenu de le supprimer. Il a également été convenu que tout texte explicatif accompagnant le paragraphe 6 *bis* devrait préciser que le mot "procédure" figurant dans ce paragraphe désignait la procédure arbitrale et non la procédure relative à la

mesure provisoire. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a adopté le texte proposé quant au fond.

Paragraphe 7

Mesures ex parte

109. Le Groupe de travail a rappelé qu'à ses précédentes sessions il avait longuement débattu de la question de savoir s'il fallait insérer une disposition autorisant un tribunal arbitral à ordonner des mesures provisoires *ex parte* et que des points de vue opposés avaient été exprimés quant à savoir s'il fallait traiter la question dans le projet d'article 17. Il a aussi rappelé que la Commission, à sa trente-sixième session, avait pris note de l'opinion selon laquelle la question des mesures provisoires ou conservatoires prononcées *ex parte*, qui, – elle en avait convenu – demeurait un point controversé, ne devait pas retarder la progression des travaux en vue de la finalisation du projet d'article 17 (A/58/17, par. 203).

110. À sa trente-neuvième session, le Groupe de travail avait procédé à un examen détaillé du paragraphe 7 et était convenu de débattre, à sa prochaine session, de la question de savoir si, sur le plan des principes, une disposition sur les mesures provisoires accordées *ex parte* devait être maintenue dans le projet d'article 17 (A/CN.9/545, par. 50). On a en outre fait observer que les mesures provisoires accordées *ex parte* n'étaient pas traitées de façon détaillée par les lois nationales, les principes généraux du droit et la pratique commerciale internationale. On a dit qu'il pourrait être contre-productif pour un instrument de la CNUDCI de chercher à régler une question qui n'était guère reconnue.

111. Les commentaires formulés pendant la session en cours ont montré que la question de l'insertion d'une disposition habilitant le tribunal arbitral à accorder des mesures *ex parte* restait très controversée. D'un côté, on a fait valoir que les normes et pratiques en matière de mesures *ex parte* ne faisaient pas l'objet d'un consensus mondial et que l'insertion d'une disposition sur ce point en l'absence d'un tel consensus risquait d'affaiblir le rôle de la Loi type en tant que standard international reflétant un consensus mondial.

112. D'un autre côté, il a été dit que le rôle de la CNUDCI ne s'était pas limité à l'harmonisation des lois existantes et que la Commission avait régulièrement joué un rôle moteur dans l'élaboration de règles nouvelles et modernes, en étudiant leur impact économique potentiel et en évaluant les meilleures pratiques. On a dit que le Groupe de travail avait l'occasion de prendre en compte cette nouvelle réalité que constituait la demande de mesures *ex parte* et que l'absence de règles sur ce point ne diminuerait pas l'importance de ces mesures. On a exprimé l'avis que, bien que l'on puisse douter de la nécessité d'édicter des règles concernant les mesures *ex parte*, il fallait veiller à ne pas insérer dans la Loi type des dispositions pouvant empêcher les pratiques reposant sur de telles mesures de se développer éventuellement dans l'avenir. On a appuyé l'idée selon laquelle, malgré l'absence de consensus, le Groupe de travail pourrait tenir compte du courant d'opinion actuel en faveur des mesures *ex parte* et élaborer un texte susceptible d'être utilisé par les États qui souhaitaient adopter une législation en la matière. On a en outre fait observer que plusieurs institutions d'arbitrage international avaient adopté des règles d'urgence

pour permettre aux arbitres de donner suite à la demande accrue de telles mesures, par exemple dans le domaine de l'arbitrage sportif.

113. On a considéré que, dans sa rédaction actuelle, le projet de paragraphe 7, qui renforçait et augmentait les garanties contre tout recours abusif aux mesures *ex parte*, pourrait être acceptable pour le Groupe de travail.

114. Un certain nombre de variantes ont été proposées pour l'actuel projet de paragraphe 7. L'une d'elles, contenue et expliquée dans les commentaires de la Chambre de commerce internationale (A/CN.9/WG.II/WP.129), était libellée comme suit:

"a) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral accorde une mesure provisoire ou conservatoire, sans donner à la partie [contre laquelle cette mesure est dirigée] [touchée par cette mesure] la possibilité [de s'y opposer] [d'être entendue], lorsque:

i) Il y a un besoin urgent de prendre cette mesure;

ii) Les circonstances énoncées au paragraphe 3 sont réunies; et

iii) Le demandeur montre qu'il est nécessaire de procéder de cette façon pour éviter que la mesure ne soit compromise avant qu'elle soit accordée;

b) Le demandeur:

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];

iii) Donne notification de la demande visant à obtenir la mesure à la partie [contre laquelle cette mesure est dirigée] [touchée par cette mesure] au moment où cette demande est présentée.

[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 dirigée] [touchée par la mesure accordée] en vertu du présent paragraphe a la possibilité [de s'opposer à la mesure et] d'être entendue par le tribunal arbitral [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] [à compter de la date à laquelle cette mesure prend effet à l'égard de l'autre partie], 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 qu'il a été donné à la partie [contre laquelle la mesure est dirigée] [touchée par la mesure] la possibilité [de s'opposer à la mesure] [et 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;]

Propositions de modifications des paragraphes 1 et 6 de l'article 17 bis

1. Une mesure provisoire ou conservatoire prononcée par un tribunal arbitral qui satisfait aux exigences de l'article 17 est, sauf s'il s'agit d'une mesure provisoire ou conservatoire prononcée en vertu du paragraphe 7 de l'article 17, reconnue comme s'imposant aux parties et, sauf indication contraire du tribunal arbitral, est mise à exécution sur demande [formée par écrit] auprès de la juridiction étatique compétente, quel que soit le pays où elle a été prononcée, sous réserve des dispositions du présent article.

Le paragraphe 6 de l'article 17 *bis* devrait être entièrement supprimé."

115. Une autre variante libellée comme suit a été proposée pour le paragraphe 7:

"Lorsque la divulgation préalable de la mesure demandée à la partie tenue de l'exécuter risque d'en compromettre l'exécution, le demandeur peut former sa demande sans la communiquer à aucune autre partie. Dès réception de cette demande, le tribunal arbitral la communique aux autres parties en les invitant à répondre. Il peut accompagner cette communication [d'une décision] provisoire [empêchant que les mesures demandées soient compromises]/[visant à préserver le statu quo] jusqu'à ce qu'il ait entendu les autres parties et se soit prononcé sur la demande [à condition que cette décision provisoire ait effet pour une durée maximale X jours]."

116. Faute de temps, le Groupe de travail n'a pas examiné ces propositions dans le détail. Il en a pris note et a décidé de poursuivre le débat à sa prochaine session en se fondant sur les documents établis pour la session en cours et sur la proposition supplémentaire, ainsi que sur toute autre proposition qui pourrait être communiquée au secrétariat en vue de cette prochaine session. On a fait observer que le Groupe de travail devrait non seulement discuter du contenu d'une disposition sur les mesures *ex parte* mais également en étudier attentivement l'emplacement. Il a notamment été proposé d'insérer celle-ci dans une note de bas de page se rapportant à l'article 17, sous la forme soit d'une clause d'option positive soit d'une clause d'option négative, pour examen par les législateurs nationaux.

D. Note du Secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: mesures provisoires ou conservatoires – régime de responsabilité, document de travail soumis au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa quarantième session

(A/CN.9/XG.II/WP.127) [Original: Anglais/Français/Espagnol]

Table des matières

		Paragraphes
Introduction		1-4
I.	Législation nationale communiquée au secrétariat par des délégations	5-35
	A. Autriche	5-7
	B. Canada (province de Québec)	8
	C. République tchèque	9-11
	D. Finlande	12
	E. France	13-14
	F. Allemagne	15-17
	G. Singapour	18-24
	H. Espagne	25-27
	I. Suisse	28
	J. États-Unis d'Amérique	29-35
II.	Travaux des organisations internationales	36-37
	A. Principes de l'Association de droit international	36
	B. American Law Institute/Unidroit: Projet de principes fondamentaux et de règles relatifs à la procédure civile transnationale	37

Introduction

1. À sa trente-septième session, tenue à Vienne du 7 au 11 octobre 2002, le Groupe de travail était convenu que le texte révisé de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, relatif aux mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral, devrait exiger en termes contraignants la constitution d'une garantie par le demandeur et prévoir que celui-ci serait de plein droit responsable des dommages causés à l'autre partie par une mesure non justifiée (A/CN.9/523, par. 31).

2. À la trente-neuvième session du Groupe de travail, tenue à Vienne du 10 au 14 novembre 2003, plusieurs questions concernant cette disposition sur la responsabilité ont été soulevées:

– On a demandé si une disposition générale sur la responsabilité devrait s'appliquer non seulement aux mesures provisoires prononcées *ex parte* mais aussi à celles prononcées *inter partes*. Il a été dit, en faveur de l'élaboration d'une telle disposition générale, que dans l'un ou l'autre cas, la mesure pourrait finalement s'avérer injustifiée et préjudiciable au défendeur. Toutefois, la proposition selon laquelle un régime de responsabilité devrait s'appliquer d'une manière générale à la fois aux mesures *ex parte* et aux mesures *inter partes* a rencontré une certaine opposition. Il a été dit que la responsabilité de plein droit imposée dans le cas de mesures *ex parte* était appropriée compte tenu de la nature de ces mesures et des risques inhérents à une telle procédure. En revanche, une fausse déclaration ou une faute dans le contexte du régime *inter partes* pouvait être traitée par le droit procédural national. À titre d'observation générale, il a été déclaré que la disposition devrait uniquement établir les principes fondamentaux d'un régime de responsabilité, sans traiter en détail des questions de fond couvertes par le droit national (A/CN.9/545, par. 60).

– On s'est interrogé sur la définition de l'étendue des dommages devant être couverts. Des points de vue divergents ont été exprimés sur la question de savoir s'il fallait retenir une définition large (comportant des sauvegardes appropriées) ou plus limitée (restreignant l'application de la règle aux dommages directs) (A/CN.9/545, par. 64).

– Il a aussi été demandé si, par le simple fait de solliciter une mesure provisoire *ex parte*, le demandeur serait tenu responsable des dommages causés, que cette mesure se révèle justifiée ou non ou qu'il ait ou non commis une faute. Toutefois, selon l'opinion qui a prévalu, le demandeur ne devrait être responsable que si la mesure s'avérait finalement injustifiée. On s'est interrogé sur le sens à donner au mot "injustifiée" et sur le point de savoir si une mesure pouvait être considérée comme "injustifiée" en soi ou compte tenu de la décision sur le fond. On a affirmé avec force à cet égard que la décision finale sur le fond ne devrait pas constituer un facteur essentiel pour déterminer si la mesure provisoire était justifiée ou non (A/CN.9/545, par. 65).

3. Afin de poursuivre ses débats sur ce sujet, le Groupe de travail est convenu qu'il pourrait être utile de disposer d'informations supplémentaires concernant les régimes de responsabilité prévus par les lois nationales sur les mesures provisoires ou conservatoires. Toutes les délégations ont été invitées à fournir de telles informations au secrétariat en vue de la quarantième session du Groupe de travail (A/CN.9/545, par. 61).

4. La première partie de la présente note reproduit telles qu'elles ont été reçues les informations communiquées par des États sur la question. La deuxième partie contient un résumé des textes actuellement élaborés sur le sujet par d'autres organisations internationales. Des versions antérieures de ces textes sont reproduites au paragraphe 108 du document A/CN.9/WG.II/WP.108 et aux paragraphes 68 à 71 du document A/CN.9/WG.II/WP.119.

I. Législation nationale communiquée au secrétariat par des délégations

A. Autriche

[Original: Anglais]

5. En vertu de l'actuelle législation sur l'arbitrage (art. 577 à 599 du Code de procédure civile autrichien), un tribunal arbitral n'est pas habilité à prononcer une mesure provisoire ou conservatoire, seules les juridictions étatiques ayant ce pouvoir. La juridiction étatique doit décider d'accorder ou non la mesure sollicitée par le demandeur en se fondant sur les preuves immédiatement disponibles que celui-ci apporte à l'appui de sa prétention. La décision d'entendre la partie contre laquelle est dirigée la mesure est à la discrétion de la juridiction étatique. Dans tous les cas, celle-ci doit veiller à ce que cette audition ne compromette pas le succès de la mesure provisoire.

6. Les mesures provisoires qui sont accordées avant que la créance ne devienne exigible ou avant l'engagement d'une procédure judiciaire doivent être justifiées lors de la procédure principale. Lorsqu'elle accorde une mesure provisoire, la juridiction étatique fixe un délai dans lequel le demandeur devra engager une procédure judiciaire, faute de quoi elle annulera cette mesure d'office.

7. Le régime de responsabilité prévu par le droit autrichien s'applique en général à la fois aux mesures *ex parte* et aux mesures *inter partes*. En vertu de l'article 394 du Code d'exécution, le demandeur est responsable de tous les dommages pécuniaires causés par la mesure à la partie contre laquelle elle est dirigée, si les allégations ayant conduit à son prononcé se révèlent infondées au cours de la procédure principale engagée ultérieurement ou si le demandeur n'engage pas de procédure judiciaire en temps voulu. La disposition autrichienne impose une responsabilité de plein droit. Le demandeur est tenu de compenser tous les dommages pécuniaires résultant de la mesure provisoire, à savoir les pertes pécuniaires, les gains manqués et les dépenses que la partie visée par la mesure a dû engager pour se défendre, y compris ses frais de représentation en justice.

B. Canada (province de Québec)

[Original: Anglais/Français]

8. L'article 755 du Code de procédure civile dispose que:

> "À moins que, pour cause, il n'en décide autrement, le tribunal ou le juge qui prononce une injonction interlocutoire doit ordonner à celui qui l'a demandée de donner caution, pour un montant qu'il fixe, de payer les frais et les dommages qui peuvent en résulter. Le certificat du greffier attestant que le cautionnement a été fourni doit être annexé à l'ordonnance avant qu'elle ne soit signifiée.
>
> Un juge peut, en tout temps, augmenter ou diminuer le montant de ce cautionnement [1965 (1re sess.), c. 80, art. 755; 1992, c. 57, art. 420]."

C. République tchèque

[Original: Anglais]

9. Seules les juridictions étatiques sont habilitées à accorder une mesure provisoire ou conservatoire. Ce pouvoir est le même qu'il s'agisse de parties à un arbitrage ou à une procédure judiciaire.

10. L'article 22 de la loi n° 216/1994 du Recueil des lois du Parlement de la République tchèque sur la procédure arbitrale et l'exécution des sentences arbitrales (approuvée le 1er novembre 1994 et entrée en vigueur le 1er janvier 1995) dispose que: "Si pendant la procédure ou avant son ouverture, des circonstances susceptibles de compromettre l'exécution de la sentence arbitrale se font jour, une instance judiciaire, agissant à la demande de l'une quelconque des parties, peut ordonner une mesure préliminaire (injonction)". En vertu de cette disposition, qui est impérative, les tribunaux arbitraux ne sont en aucun cas habilités à prononcer une mesure provisoire.

11. La législation tchèque ne prévoyant pas l'exécution internationale des mesures provisoires ordonnées par un arbitre, celles-ci ne peuvent être exécutées en République tchèque.

D. Finlande

[Original: Anglais]

12. L'article 11 du chapitre 7 du Code de procédure judiciaire finlandais dispose que, si une mesure provisoire ou conservatoire s'avère ultérieurement infondée, la partie qui l'a sollicitée doit verser une compensation à l'autre partie pour tout dommage que cette mesure ou son exécution lui a causé ainsi que pour les frais qu'elle a engagés afin d'annuler la mesure (frais de constitution d'une sûreté, par exemple). La partie à la demande de laquelle la mesure a été accordée et éventuellement exécutée est donc responsable de plein droit (sans faute) de tout dommage – tant direct qu'indirect – que ladite mesure ou son exécution a causé à l'autre partie.

E. France

[Original: Français/Anglais]

13. On trouvera ci-dessous un extrait des dispositions du Nouveau Code de procédure civile relatives aux mesures provisoires ou conservatoires accordées par une juridiction étatique, tiré du site juridique officiel du Gouvernement français (« *legifrance.gouv.fr* »).

> "*Article 489* (décret n° 81-500 du 12 mai 1981 art. 18 Journal officiel du 14 mai 1981 rectificatif JORF 21 mai 1981): L'ordonnance de référé est exécutoire à titre provisoire. Le juge peut toutefois subordonner l'exécution provisoire à la constitution d'une garantie dans les conditions prévues aux articles 517 à 522.
>
> En cas de nécessité, le juge peut ordonner que l'exécution aura lieu au seul vu de la minute.

Article 517: L'exécution provisoire peut être subordonnée à la constitution d'une garantie, réelle ou personnelle, suffisante pour répondre de toutes restitutions ou réparations.

Article 518: La nature, l'étendue et les modalités de la garantie sont précisées par la décision qui en prescrit la constitution.

Article 519 (décret nº 76-714 du 29 juillet 1976 art. 2 Journal officiel du 30 juillet 1976): Lorsque la garantie consiste en une somme d'argent, celle-ci est déposée à la caisse des dépôts et consignations; elle peut aussi l'être, à la demande de l'une des parties, entre les mains d'un tiers commis à cet effet.

Dans ce dernier cas, le juge, s'il fait droit à cette demande, constate dans sa décision les modalités du dépôt.

Si le tiers refuse le dépôt, la somme est déposée, sans nouvelle décision, à la caisse des dépôts et consignations.

Article 520: Si la valeur de la garantie ne peut être immédiatement appréciée, le juge invite les parties à se présenter devant lui à la date qu'il fixe, avec leurs justifications.

Il est alors statué sans recours.

La décision est mentionnée sur la minute et sur les expéditions du jugement.

Article 521 (décret nº 81-500 du 12 mai 1981 art. 21 Journal officiel du 14 mai 1981 rectificatif JORF 21 mai 1981), (décret nº 84-618 du 13 juillet 1984 art. 3 et 31 Journal officiel du 18 juillet 1984 rectificatif JORF 18 août 1984): La partie condamnée au paiement de sommes autres que des aliments, des rentes indemnitaires ou des provisions peut éviter que l'exécution provisoire soit poursuivie en consignant, sur autorisation du juge, les espèces ou les valeurs suffisantes pour garantir, en principal, intérêts et frais, le montant de la condamnation.

En cas de condamnation au versement d'un capital en réparation d'un dommage corporel, le juge peut aussi ordonner que ce capital sera confié à un séquestre à charge d'en verser périodiquement à la victime la part que le juge détermine.

Article 522: Le juge peut, à tout moment, autoriser la substitution à la garantie primitive d'une garantie équivalente."

14. Le principe qu'adoptent les juridictions étatiques lorsqu'elles prononcent des mesures provisoires ou conservatoires est le suivant:

"L'exécution provisoire des mesures provisoires ou conservatoires a lieu aux risques et périls de celui qui la poursuit, à charge pour lui de réparer, en cas d'infirmation de la décision, le préjudice qui a pu être causé par cette exécution".

F. Allemagne

[Original: Anglais]

15. L'alinéa 4 du paragraphe 1041 de la loi sur l'arbitrage dispose que:

> "Si une mesure provisoire [ordonnée conformément à l'alinéa 1 par un tribunal arbitral] s'avère avoir été injustifiée dès le début, la partie qui a obtenu son exécution doit réparer le préjudice que l'adversaire a subi par l'exécution de la mesure ou par le fait qu'il a constitué une garantie afin d'éviter l'exécution. La demande peut être formée dans l'instance arbitrale en cours."

16. Cette disposition reflète les prescriptions du droit allemand concernant les mesures provisoires indûment accordées par des juridictions étatiques et elle exprime un principe de droit général. C'est pourquoi elle a été incluse dans la loi sur l'arbitrage – par consensus général – par souci de clarification et pour réitérer l'idée que la partie qui demande des mesures provisoires ou conservatoires sans justification suffisante doit réparer le préjudice en résultant *ipso jure*, c'est-à-dire sans engagement exprès à cet effet.

17. Hormis cette disposition, il n'y a pas d'autres dispositions de loi traitant spécifiquement des conséquences des mesures provisoires injustifiées.

G. Singapour

[Original: Anglais]

18. La loi de 1995 sur l'arbitrage international, qui est une retranscription sans modifications de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, dispose dans son article 12 qu'un tribunal arbitral a le pouvoir d'adresser des injonctions ou des directives à toute partie, aux fins suivantes:

- Garantie pour frais;
- Conservation, garde provisoire ou vente de tout bien faisant l'objet du différend;
- Constitution en garantie du montant faisant l'objet du différend;
- Prévention de la dispersion des biens par une partie;
- Injonction provisoire ou autre mesure provisoire.

19. Les injonctions et directives d'un tribunal arbitral sont, par autorisation de la Haute Cour, exécutoires au même titre que les injonctions prononcées par une juridiction étatique. La Haute Cour a le pouvoir de prononcer des injonctions similaires aux fins d'un arbitrage, et en relation avec celui-ci, qu'aux fins d'une action ou d'une affaire portée devant une juridiction étatique ou en relation avec celle-ci. L'article 12 de la loi sur l'arbitrage international traite de ces questions.

20. En ce qui concerne la responsabilité des dommages causés par une mesure provisoire, en l'absence de jurisprudence contradictoire, il est supposé que la pratique pour les mesures provisoires ordonnées dans le cadre d'une procédure d'arbitrage est identique à la pratique pour les mesures provisoires ordonnées par les juridictions étatiques dans les affaires portées devant celles-ci.

21. Un élément caractéristique de la pratique des juridictions étatiques est qu'il est presque toujours exigé du demandeur qu'il s'engage à respecter toute décision de justice qui pourrait être prise en matière de dommages au cas où il serait établi ultérieurement que la mesure a été indûment accordée. En fait, la partie qui demande une mesure offre toujours de prendre cet engagement. À la demande de la partie touchée par la mesure, le tribunal peut exiger du demandeur le versement d'une provision pour confirmer son engagement, par exemple sous forme de garantie bancaire.

22. Le tribunal peut ordonner le versement de dommages-intérêts si, par exemple, à la fin de la procédure, le demandeur n'a pas établi le bien-fondé de sa réclamation. Tel serait le cas, par exemple, si le demandeur avait obtenu une mesure garantissant le montant faisant l'objet du différend, mais si à la fin de la procédure il était débouté par le tribunal. On pourrait alors considérer que la mesure provisoire avait été demandée à tort et que le défendeur devrait être dédommagé des conséquences de cette mesure indûment accordée.

23. Un engagement en matière de dommages est exigé pour les mesures provisoires ordonnées *ex parte* ainsi que celles ordonnées *inter partes*. Pour les injonctions *ex parte*, il est exigé du demandeur qu'il révèle pleinement et franchement les facteurs qui pourraient lui être défavorables. S'il est établi par la suite qu'il n'a pas révélé au tribunal des faits importants lorsqu'il a demandé une injonction *ex parte*, cette dernière peut être annulée pour ce seul motif, indépendamment de ses autres justifications éventuelles. Dans cette situation, le demandeur devra également honorer son engagement de réparer les dommages causés.

24. À Singapour, la pratique des tribunaux en ce qui concerne les mesures provisoires ou conservatoires est conforme à celle du Royaume-Uni et d'autres pays de *common law*.

H. Espagne

[Original: Espagnol]

25. La loi sur la procédure civile (loi n° 1/2000 du 7 janvier) dispose expressément que toute partie à une procédure d'arbitrage peut demander des mesures provisoires ou conservatoires à un tribunal espagnol. Conformément à l'article 733 de la loi, elle peut les demander *inaudita parte* (*ex parte*) dans les cas d'urgence, ou bien si l'audience peut faire apparaître le bien-fondé de la mesure soumise à la procédure d'arbitrage. Une garantie doit être constituée tant dans le cas des mesures provisoires *inter partes* que dans celui des mesures provisoires *ex parte*. Dès lors qu'une mesure provisoire ait été adoptée et qu'une garantie a été constituée, l'exécution s'ensuit automatiquement.

26. Mesures provisoires *inter partes*: Conformément à l'article 745 de la loi, en cas d'acquittement ou si la plainte est retirée ou abandonnée "toutes les mesures provisoires adoptées sont annulées automatiquement" et, à la demande du défendeur, il est procédé à la détermination des "dommages éventuellement causés au défendeur"[1].

[1] Article 745. *Annulation des mesures en cas d'acquittement*

27. Mesures provisoires *inaudita parte* (*ex parte*):

En vertu de l'article 739 de la loi, le tribunal doit informer la partie adverse de sa décision d'accorder la mesure, afin de lui permettre d'y faire opposition. Il doit être fait opposition dans un délai de 20 jours après la notification de la décision du tribunal. Il est communiqué à la partie adverse une copie du document afin qu'elle puisse elle aussi exposer ses arguments.

Conformément à l'article 741 de la loi, après audience le tribunal peut:

a) Maintenir la mesure provisoire, auquel cas, "le défendeur supporte les frais d'opposition";

b) Annuler la mesure provisoire, auquel cas, "le demandeur supporte les frais et les dommages résultant de la mesure provisoire"[2].

I. Suisse

[Original: Français]

28. L'article 364 de la nouvelle loi de procédure civile, consacrée aux mesures provisionnelles, sûretés et dommages intérêts, dispose ce qui suit:

"1. Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral ou le tribunal étatique peut ordonner, à la demande d'une partie, des mesures provisionnelles, notamment aux fins de conserver des moyens de preuve.

2. Si la personne visée ne s'y soumet pas volontairement, le tribunal arbitral ou une partie avec son accord peut requérir du tribunal étatique les ordonnances nécessaires. Celui ci applique son propre droit.

3. Les mesures provisionnelles requises peuvent être subordonnées par le tribunal arbitral ou par le tribunal étatique à la fourniture de sûretés appropriées, lorsqu'elles risquent de causer un dommage à la partie adverse.

4. Le requérant répond du préjudice causé à la partie adverse par des mesures provisionnelles injustifiées. S'il prouve qu'il les a demandées de bonne foi, le tribunal peut réduire ou refuser d'octroyer les dommages-intérêts. La prétention peut être soulevée dans la procédure arbitrale pendante.

5. Les sûretés sont libérées dès qu'il est établi qu'aucune action en dommages-intérêts ne sera intentée; en cas d'incertitude, le tribunal arbitral impartit à l'intéressé un délai pour agir."

En cas d'absolution ou d'acquittement, toutes les mesures provisoires accordées sont automatiquement annulées et les dispositions de l'article 742 concernant les dommages éventuellement causés au défendeur sont appliquées. La même procédure est adoptée en cas de retrait ou d'abandon de la plainte.

[2] Article 741. *Communication des objections au demandeur, audience et décision*

1. Les objections sont communiquées au demandeur et les dispositions de l'article 734 s'appliquent immédiatement.

2. Dans un délai de cinq jours suivant l'audience, le tribunal rend par écrit sa décision sur les objections. Si les mesures provisoires sont annulées, le demandeur supporte les frais et les dommages éventuels.

J. États-Unis d'Amérique

[Original: Anglais]

29. À quelques exceptions près, aux États-Unis les juridictions fédérales et étatiques considèrent qu'une partie est responsable des dommages subis par une autre partie en raison d'une mesure provisoire ou conservatoire indûment accordée. Les lois fédérales et étatiques exigent généralement de la partie qui demande une telle mesure qu'elle constitue une garantie, qui pourra servir à dédommager la partie touchée de tous les frais et dommages pécuniaires encourus si la mesure s'avère avoir été accordée indûment.

30. L'article 65 des règles fédérales de procédure civile établit les procédures générales régissant les injonctions et mesures d'interdiction provisoires et permanentes dans le droit fédéral et comprend des dispositions pour prévenir l'abus de ces recours. Plus spécifiquement, cet article dispose dans son alinéa c) que les parties qui demandent l'octroi d'une mesure provisoire doivent fournir une garantie au tribunal:

> "Une injonction ou une mesure de restriction provisoire est prononcée uniquement si le demandeur fournit une garantie, du montant jugé approprié par le tribunal, pour couvrir les frais et les dommages encourus par une partie s'il s'avère que la mesure dirigée contre celle-ci a été indûment accordée."

31. L'obligation de constituer une garantie est strictement appliquée. Les tribunaux s'accordent à penser que l'objet de la garantie est de couvrir les frais et les dommages encourus par une partie s'il s'avère par la suite que la mesure ou l'injonction dirigée contre celle-ci a été indûment accordée. Dans l'affaire *Blumenthal c. Merrill Lynch*, 910 F.2d 1049, 1055-1056 (2d Cir. 1990), la cour d'appel de la deuxième circonscription (*circuit*) des États-Unis a estimé que d'anciens employés auxquels il avait été donné raison sur un point essentiel dans un différend soumis à l'arbitrage avaient droit à réparation pour les pertes monétaires directement causées par l'imposition d'une mesure conservatoire. Les cours des septième, neuvième et onzième circonscriptions sont toutes arrivées à la même conclusion dans des circonstances analogues.

32. On considère qu'une injonction ou une mesure de restriction au sens de l'article 65 c) a été indûment prononcée contre une partie lorsque celle-ci était en droit de faire ce qui lui a été enjoint de ne pas faire. Voir *Nintendo of America c. Lewis Galoob Toys*, Inc., 16 F.3d 1032, 1036. Voir aussi *Blumenthal*, 910 F.2d p. 1054 ("L'objet de l'enquête sur la 'non-justification' est d'établir si, rétrospectivement à la lumière de la décision prise en fin de compte sur le fond après audience complète, l'injonction n'aurait pas dû être prononcée en premier lieu"). Dans certaines circonstances, il est même accordé des dommages-intérêts à une partie à laquelle il n'a pas été entièrement donné raison sur le fond et qui a été condamnée à compenser certains dommages dès lors qu'une mesure provisoire a été indûment prononcée contre ladite partie (Id., p. 1056).

33. L'article 65 c) impose la constitution d'une garantie, et c'est seulement dans des circonstances très restreintes qu'un tribunal de district (*District Court*) peut s'abstenir d'imposer cette obligation. Le fait de ne pas avoir même examiné la question d'une garantie a été considéré comme une erreur de nature à entraîner l'infirmation de la décision du tribunal. La cour de la troisième circonscription a

estimé par exemple, dans l'affaire *Hoxworth c. Blinder, Robinson & Co*, 903 F.2d 186, 209-211 (3d Cir. 1990), qu'en n'exigeant pas la constitution d'une garantie par les demandeurs dans une action civile dans le cadre de la loi RICO (ou loi anticorruption), le tribunal avait commis une erreur de ce type. La cour de la quatrième circonscription dans l'affaire *District 17, U.M.W.A V. A & M Trucking*, 991 F.2d 108, 110 (4th Cir. 1993) et celle de la cinquième circonscription dans l'affaire *Philips c. Chas. Schreiner Bank*, 894 F.2d 127, 131 (5th Cir. 1990) sont arrivées à la même conclusion.

34. Lorsqu'une partie n'a pas de ressources suffisantes pour constituer une garantie et que l'obligation de garantie risque de la décourager de chercher à se prévaloir de lois et droits fédéraux importants (par exemple dans les affaires de discrimination en matière d'emploi) ou encore de l'empêcher d'exercer son droit à un réexamen, le tribunal peut lever cette obligation. Voir *Crowley c. Local No. 82*, 679 F.2d 978, 1000 (1st Cir. 1982). Il en va de même lorsqu'il est de l'intérêt général que l'affaire soit réglée en justice et que le demandeur n'a pas de ressources pour constituer une garantie, comme dans l'affaire *Pharmaceutical Society c. New York Dep't of Soc. Servs*., 50 F.3d 1168, 1174-1175 (2d. Cir. 1995). Lorsqu'il n'y a pas de risque de pertes monétaires pour le défendeur, ou lorsque le demandeur possède des ressources financières pour verser les dommages-intérêts éventuels, comme dans *Continental Oil Co. c. Frontier Ref. Co*., 338 F.2d 780, 782-783 (10th Cir. 1964), les tribunaux n'ont pas non plus imposé la constitution d'une garantie.

35. Le montant de la garantie est laissé à la discrétion du tribunal. (*Alexandria c. Primerica Holdings Inc*, 811 F.Supp. 1025, 1038 (D.N.J. 1993). Voir aussi *Gateway E. Ry. c. Terminal R.R. Ass'n*, 35 F.3d 1134, 1141-1142 (7th Cir. 1994)).

II. Travaux des organisations internationales

A. Principes de l'Association de droit international

[Original: Anglais]

36. À sa soixante-septième Conférence, en 1996, l'Association de droit international (ILA) a adopté les "Principes sur les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux privé international"[3] (les "Principes de l'ILA"), qui ont été élaborés aux fins de la procédure civile internationale, par opposition aux mesures provisoires accordées par une juridiction étatique dans le cadre d'un arbitrage international (les principes sont reproduits verbatim au paragraphe 108 du document A/CN.9/WG.II/WP.108). La disposition relative à la garantie et le commentaire correspondant se lisent comme suit:

Disposition:

"Le tribunal devrait avoir le pouvoir d'exiger des garanties du demandeur ou de poser d'autres conditions en cas de dommage causé au défendeur ou à des tiers du fait de l'octroi de la mesure. En décidant si une garantie doit être imposée au demandeur, le tribunal devrait apprécier si le demandeur peut

[3] Association de droit international (ILA), rapport de la soixante-septième Conférence tenue à Helsinki du 12 au 17 août 1996 – Comité sur la procédure civile et commerciale internationale, deuxième rapport intérimaire sur les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux privé international, publié par l'ILA, Londres, 1996.

effectivement faire face à une action en dommages et intérêts destinée à compenser le dommage causé."

Commentaires:

[...] pour protéger le défendeur, il peut être nécessaire d'habiliter la juridiction étatique à exiger du demandeur des garanties ou à poser d'autres conditions (telles que l'engagement d'indemniser le défendeur si la mesure se révèle injustifiée) pour pouvoir réparer un préjudice causé au défendeur ou à des tiers du fait de l'octroi d'une mesure qui serait, par exemple, injustifiée ou trop large. Si un engagement d'indemnisation peut se révéler insuffisant et si la juridiction étatique envisage d'exiger des garanties, il peut être également nécessaire d'apprécier si le demandeur est effectivement capable de faire face à une action en dommages-intérêts. Le type de mesure demandée détermine souvent les conditions auxquelles son octroi est subordonné (A/CN.9/WG.II/WP.119, par. 58).

B. American Law Institute/Unidroit: Projet de principes fondamentaux et de règles relatifs à la procédure civile transnationale

[Original: Anglais]

37. Le projet de principes fondamentaux et de règles relatifs à la procédure civile transnationale est un projet commun qui vise à élaborer des règles de procédure que les pays pourraient adopter pour le règlement des litiges relatifs à des opérations internationales. Le texte du projet de principes tel que révisé en avril 2003 contient les principes et commentaires suivants en matière d'indemnisation:

Disposition:

"8.3 Le requérant qui a sollicité du juge la délivrance de l'ordonnance est tenu d'indemniser en totalité l'adversaire contre qui a été rendue l'ordonnance de façon infondée si, à la suite du réexamen contradictoire, le tribunal considère que l'ordonnance n'était pas fondée. Le tribunal peut exiger du requérant qu'il dépose une garantie ou qu'il assume de façon formelle une telle obligation d'indemnisation."

Commentaires:

"*P-8F* Le Principe 8.3 autorise le tribunal à exiger le dépôt d'une garantie ou toute autre indemnisation, pour garantir les troubles ou le préjudice découlant d'une ordonnance. Les détails d'une telle indemnisation devraient être déterminés par la loi du for. Une telle obligation d'indemniser devrait être expresse et non simplement présumée, et pourrait être formalisée par un cautionnement accordé par un tiers."

E. Note du Secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: mesures provisoires ou conservatoires, document de travail soumis au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa quarantième session

(A/CN.9/WG.II/WP.128) [Original: anglais]

Introduction

1. À sa trente-sixième session (New York, 4-8 mars 2002) et à sa trente-septième session (Vienne, 7-11 octobre 2002), le Groupe de travail a examiné un projet d'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ("la Loi type de la CNUDCI") relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires (A/CN.9/523, par. 15 à 76; 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) ainsi que diverses propositions de modification de cet article (A/CN.9/WG.II/WP.119, par. 74; A/CN.9/WG.II/WP.121).

2. À sa trente-neuvième session (Vienne, 10-14 novembre 2003), le Groupe de travail a poursuivi ses délibérations sur le projet d'article 17 de la Loi type de la CNUDCI ("la version antérieure") en se fondant sur une note établie par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.123). Le rapport de cette session est publié sous la cote A/CN.9/545.

3. Afin de faciliter la reprise des discussions, la présente note contient une nouvelle version révisée de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI ("la version révisée"), qui tient compte des débats et décisions de la trente-neuvième session du Groupe de travail.

Nouvelle version révisée 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;

   b) De prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer, immédiatement ou sous peu un préjudice;

c) De fournir un moyen [préliminaire] de [garantir] [sauvegarder] 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 convainc le tribunal arbitral que:

a) [Un préjudice irréparable] sera probablement causé si la mesure n'est pas ordonnée, et qu'un tel préjudice l'emporte largement sur celui que subira probablement la partie contre laquelle cette mesure est dirigée si celle-ci est accordée; et

b) Il y a une possibilité raisonnable de voir le demandeur 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. Le tribunal arbitral peut faire obligation au demandeur et à toute autre partie de constituer une garantie appropriée comme condition de l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire.

5. Le demandeur informe sans tarder le tribunal arbitral de tout changement important des circonstances sur la base desquelles il a demandé, ou le tribunal arbitral a accordé, la mesure provisoire ou conservatoire. Toutes les conclusions, pièces ou informations que l'une des parties fournit au tribunal arbitral sont communiquées à l'autre partie.

6. Le tribunal arbitral peut modifier, suspendre ou annuler une mesure provisoire ou conservatoire [qu'il a accordée], à tout moment, à la demande de l'une quelconque des parties ou, dans des circonstances exceptionnelles, de sa propre initiative à condition d'en notifier préalablement les parties.

[6 *bis*. Le demandeur est responsable de tous les dommages et de tous les frais causés par la mesure provisoire ou conservatoire à la partie contre laquelle elle est dirigée à compter de la date à laquelle elle a été accordée et aussi longtemps qu'elle a effet [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]. Le tribunal arbitral peut ordonner le versement immédiat de dommages-intérêts].

7. a) [Sauf convention contraire des parties] [Si les parties en sont expressément convenues], le tribunal arbitral peut [, exceptionnellement,] accorder une mesure provisoire ou conservatoire, sans aviser la partie contre laquelle cette mesure est dirigée, [lorsque] [si le demandeur montre que]:

i) Il y a un besoin urgent de prendre cette mesure;

ii) [Les conditions énoncées au paragraphe 3 sont réunies]; et

iii) Le demandeur [montre] [convainc le tribunal arbitral] qu'il est nécessaire de procéder de cette façon pour éviter que la mesure ne soit compromise avant qu'elle soit accordée.

b) Le demandeur est responsable de tous les dommages et de tous les frais causés par la mesure provisoire ou conservatoire à la partie contre laquelle elle est dirigée à compter de la date à laquelle elle a été accordée et aussi longtemps qu'elle a effet [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]. Le tribunal arbitral peut ordonner le versement immédiat de dommages-intérêts.

c) Le tribunal arbitral fait obligation au demandeur et à toute autre partie de constituer une garantie appropriée comme condition de l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire.

d) *Variante 1:* Le tribunal arbitral est compétent, entre autres, pour statuer sur toutes les questions soulevées par les dispositions de l'alinéa b) [et de l'alinéa c)] ci-dessus ou se rapportant à elles [à tout moment pendant la procédure d'arbitrage].

Variante 2: Une partie peut, à tout moment pendant la procédure d'arbitrage, présenter une demande sur le fondement de l'alinéa b).

e) *Variante A:* La partie contre laquelle la mesure provisoire ou conservatoire est dirigée en reçoit immédiatement notification et a la possibilité de présenter ses arguments devant le tribunal arbitral le plus rapidement possible et, en tout état de cause, dans un délai ne dépassant pas [quarante-huit] heures après la notification ou à toutes autres date et heure appropriées dans les circonstances.

Variante B: Toute partie touchée par la mesure provisoire ou conservatoire accordée en vertu du présent paragraphe en reçoit immédiatement notification et a la possibilité de présenter ses arguments devant le tribunal arbitral dans les [quarante-huit] heures de cette notification ou à toutes autres date et heure appropriées dans les circonstances.

f) Toute mesure provisoire ou conservatoire ordonnée en vertu du présent paragraphe expire après vingt jours à compter de la date à laquelle le tribunal arbitral l'ordonne, à moins qu'il ne la confirme, la proroge ou la modifie [, à la demande du demandeur et] après en avoir avisé la partie contre laquelle elle est dirigée et lui avoir donné la possibilité de présenter ses arguments. Toutes les conclusions, pièces ou informations que l'une des parties fournit au tribunal arbitral sont communiquées à l'autre partie.

g) Une partie qui demande une mesure provisoire ou conservatoire en vertu du présent paragraphe [informe le tribunal arbitral de] [présente au tribunal arbitral des informations sur] 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] [s'il doit accorder la mesure].

Notes sur la version révisée

Paragraphe 1

4. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1 sans le modifier (A/CN.9/545, par. 20).

Paragraphe 2

Exhaustivité de la liste des mesures provisoires ou conservatoires

5. Le Groupe de travail est convenu que, dans la mesure où la liste révisée figurant au paragraphe 2 couvrait génériquement toutes les finalités dans lesquelles des mesures provisoires ou conservatoires pouvaient être ordonnées, il n'était pas nécessaire de rendre cette liste non exhaustive en insérant un alinéa qui laisserait à un tribunal arbitral la possibilité d'ordonner de telles mesures dans des circonstances exceptionnelles (A/CN.9/545, par. 21).

Chapeau

6. Le chapeau du paragraphe 2 est reproduit tel qu'il figurait dans la version antérieure.

Alinéas a) et b) – "[de sorte qu'une sentence ultérieure puisse, ou puisse plus facilement, être exécutée]"

7. Le Groupe de travail a décidé de supprimer le texte entre crochets "[de sorte qu'une sentence ultérieure puisse, ou puisse plus facilement, être exécutée]", car celui-ci pouvait être interprété à tort comme imposant une condition supplémentaire à remplir pour qu'une mesure provisoire ou conservatoire puisse être accordée (A/CN.9/545, par. 22).

Alinéa a) – "de préserver ou de rétablir le statu quo"

8. Il a été convenu de conserver l'alinéa a), qui énonçait le concept de préservation du statu quo, car ce concept était bien établi et compris dans de nombreux systèmes juridiques comme une des finalités d'une mesure provisoire ou conservatoire (A/CN.9/545, par. 23).

Alinéa b) – "susceptibles de causer"

9. Les mots "de nature à causer" ont été remplacés par "susceptibles de causer". Le Groupe de travail a en effet décidé de tenir compte du fait que, au moment où une mesure provisoire ou conservatoire était sollicitée, on disposait souvent d'éléments insuffisants pour prouver qu'à moins qu'une mesure particulière soit prise ou au contraire ne soit pas prise, un préjudice serait inévitablement causé. Plusieurs délégations ont déclaré craindre qu'une telle formulation n'abaisse trop le seuil d'obtention d'une mesure provisoire ou conservatoire et ne confère au tribunal arbitral une liberté d'appréciation excessive pour l'octroi d'une telle mesure (A/CN.9/545, par. 25).

Alinéa c) – "[garantir] [sauvegarder] des biens"

10. Le Groupe de travail a noté que le groupe de rédaction, qui sera établi à un stade ultérieur par le secrétariat pour harmoniser les différentes versions linguistiques, devrait étudier la possibilité d'utiliser un libellé du genre "sauvegarder des biens" au lieu de "garantir des biens" pour indiquer que ce membre de phrase est censé faire référence à la sauvegarde des biens et ne devrait pas être interprété comme imposant l'obligation d'apporter une garantie ou provision légale dans tous les cas (A/CN.9/545, par.26).

Alinéa c) – "préliminaire"

11. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner plus avant s'il faut conserver ou supprimer l'adjectif "préliminaire", jugé potentiellement ambigu par certaines délégations à sa trente-neuvième session (A/CN.9/545, par. 26).

Alinéa d) – "sauvegarder les éléments de preuve"

12. Malgré l'avis selon lequel l'alinéa d) était superflu dans certains systèmes juridiques, le Groupe de travail est convenu de le conserver car la sauvegarde d'éléments de preuve n'était pas nécessairement traitée de manière suffisante par toutes les règles nationales de procédure civile (A/CN.9/545, par. 27).

Paragraphe 3

Chapeau

13. Le membre de phrase "La partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire convainc le tribunal arbitral que" a été inséré du fait que le Groupe de travail a décidé d'employer une formule neutre pour énoncer la norme de preuve, tout en indiquant clairement que la charge de la preuve incombe au demandeur (A/CN.9/545, par. 28).

Alinéa a) – "[préjudice irréparable]"

14. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner de plus près le terme "préjudice irréparable", qui, selon un avis, est trop restrictif dans le domaine commercial où la plupart des préjudices peuvent faire l'objet d'une réparation financière, alors que, selon un autre point de vue, il constitue une notion bien connue dans de nombreux systèmes juridiques et un critère courant pour l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire (A/CN.9/545, par. 29).

Alinéa a) – "sera probablement causé"

15. Pour les mêmes motifs que ceux exposés plus haut au paragraphe 9, les mots "sera causé"ont été remplacés par "sera probablement causé" (A/CN.9/545, par. 30).

Alinéa a) – "la partie contre laquelle cette mesure est dirigée"

16. Le libellé de cet alinéa a été modifié, le Groupe de travail ayant en effet décidé que la variante "la partie contre laquelle cette mesure est dirigée" était préférable à la variante "la partie touchée par cette mesure" (A/CN.9/545, par. 54). À des fins de

cohérence, cette modification a aussi été apportée au paragraphe 7 (al. a) et b)) et variante A de l'alinéa e) de la version révisée (voir par. 35, 44 et 49 ci-après).

Alinéa b)

17. Le Groupe de travail a adopté l'alinéa b) sans le modifier (A/CN.9/545, par. 31 et 32).

Paragraphe 4

18. Le libellé du paragraphe 4 tient compte de la décision du Groupe de travail de supprimer les membres de phrase entre crochets "[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,]" car le reste du paragraphe indique clairement que le tribunal arbitral conserve le droit, en toutes circonstances, de subordonner l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire à la constitution d'une garantie (A/CN.9/545, par. 33 et 34).

Paragraphe 5 (*paragraphe 6 dans la version antérieure*)

Emplacement des paragraphes 5 et 6

19. La version révisée tient compte de la décision du Groupe de travail de placer le paragraphe 6 avant le paragraphe 5, pour souligner de façon appropriée l'obligation faite aux parties d'informer le tribunal arbitral de tout changement des circonstances sur la base desquelles la mesure provisoire ou conservatoire a été accordée (A/CN.9/545, par. 39 et 44).

Communication d'informations aux deux parties

20. La deuxième phrase du paragraphe 5 s'inspire de la première phrase du paragraphe 3 de l'article 24 de la Loi type de la CNUDCI, étant donné que le Groupe de travail a décidé que toutes les informations fournies au tribunal arbitral par une partie en application dudit paragraphe devraient également être communiquées à l'autre partie (A/CN.9/545, par. 45).

"À compter de la présentation de la demande"

21. Conformément à la décision du Groupe de travail, les mots "à compter de la présentation de la demande" qui figuraient dans la version antérieure ont été supprimés car le moment à partir duquel commence le devoir d'information est évident d'après le reste du paragraphe, en particulier des mots "sur la base desquelles il a sollicité ... la mesure provisoire ou conservatoire" (A/CN.9/545, par. 46).

"sollicité"

22. Afin de clarifier le devoir d'information, le mot "sollicité" a été remplacé par "demandé" (A/CN.9/545, par. 46).

Paragraphe 6 ***(paragraphe 5 dans la version antérieure)***

Emplacement du paragraphe 6

23. Pour les raisons indiquées lors de l'examen du paragraphe 5 (voir par. 19 ci-dessus), le Groupe de travail a décidé que le paragraphe 6 deviendrait le paragraphe 5 et vice versa (A/CN.9/545, par. 39 et 44).

"modifier ou annuler"

24. Dans un but d'exhaustivité et pour améliorer la cohérence entre les projets d'articles 17 et 17 *bis*, les mots "modifier ou annuler" ont été remplacés par "modifier, suspendre ou annuler" (A/CN.9/545, par. 35).

"[sur la base d'informations supplémentaires ou d'un changement de circonstances]"

25. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots "[sur la base d'informations supplémentaires ou d'un changement de circonstances]", qui figuraient dans la version antérieure, du fait que les arbitres expliquent généralement, dans le texte de leur décision, le raisonnement qu'ils ont suivi lorsqu'ils ont décidé d'accorder une mesure provisoire ou conservatoire et que ces mots risquent aussi d'être abusivement interprétés comme restreignant indûment la liberté d'appréciation des arbitres lorsqu'ils prennent la décision d'accorder une telle mesure (A/CN.9/545, par. 36).

Modification d'une mesure provisoire ou conservatoire à l'initiative du tribunal arbitral

26. Après avoir débattu de la question de savoir si le tribunal arbitral pouvait modifier ou annuler une mesure provisoire ou conservatoire de son propre chef et, dans l'affirmative, sous quelles conditions (A/CN.9/545, par. 37 à 40), le Groupe de travail est convenu de remanier le paragraphe 6.

27. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la version révisée, qui comprend le membre de phrase entre crochets "qu'il a accordée" reflète sa décision de permettre au tribunal arbitral de ne modifier ou de n'annuler que les mesures provisoires ou conservatoires qu'il a lui-même prononcées, que ce soit à la demande d'une partie ou de sa propre initiative (A/CN.9/545, par. 41).

Paragraphe 6 ***bis***

Disposition générale sur la responsabilité

28. On s'est inquiété de ce que aucune disposition sur la responsabilité n'était prévue pour les mesures provisoires ou conservatoires prononcées *inter partes* dont il était démontré par la suite qu'elles étaient injustifiées, alors que le paragraphe 7 b) contenait une telle disposition pour les mesures *ex parte* (A/CN.9/545, par. 48, 60 et 61). Il a été dit, en faveur de l'élaboration d'une disposition générale sur la responsabilité, que dans l'un ou l'autre cas, la mesure pouvait finalement s'avérer injustifiée et préjudiciable au défendeur. Toutefois, la proposition d'appliquer le paragraphe 7 b) d'une manière générale à la fois aux mesures *ex parte* et aux mesures *inter partes* a rencontré une certaine opposition, car la responsabilité de plein droit imposée par ce paragraphe était appropriée

compte tenu de la nature d'une mesure *ex parte* et des risques inhérents à une telle procédure. Il a été dit aussi qu'une fausse déclaration ou une faute en rapport avec des mesures *inter partes* pouvait être traitée par le droit procédural national.

29. Le paragraphe 6 *bis* de la version révisée reflète la décision du Groupe de travail d'insérer, pour examen ultérieur, un nouveau paragraphe, faisant pendant au texte du paragraphe 7 b), dans le contexte des mesures *inter partes* (A/CN.9/545, par. 60). Il tient compte en outre des modifications ci-après convenues par le Groupe de travail en ce qui concerne la disposition correspondante sur les mesures *ex parte* (voir les commentaires relatifs au paragraphe 7 b) de la version révisée, par. 43 ci-dessous, et A/CN.9/545, par. 66):

– La partie contre laquelle est dirigée la mesure a le droit de demander réparation immédiatement après l'octroi de ladite mesure par le tribunal arbitral et d'obtenir le versement immédiat de dommages-intérêts; et

– Il ne peut être demandé réparation pour la mesure provisoire qu'entre le moment où cette mesure est accordée et celui où elle cesse d'avoir effet.

On notera que, dans sa rédaction actuelle, le paragraphe 6 *bis* ne résout pas le problème d'un éventuel décalage entre le moment de l'octroi d'une mesure et le moment de sa prise d'effet. Le Groupe de travail souhaitera peut-être étudier cette question de plus près.

30. Lorsqu'il examinera le paragraphe 6 *bis*, le Groupe de travail souhaitera peut-être prendre en considération d'autres préoccupations exprimées à sa précédente session. On s'est dit en effet préoccupé par le fait que les "dommages" et les circonstances dans lesquelles des dommages-intérêts pourraient être exigibles n'étaient pas suffisamment définis car les dommages tant directs qu'indirects pouvaient être visés et l'allocation de dommages-intérêts dépendre du caractère justifié ou injustifié de la mesure. Des points de vue divergents ont été exprimés sur la question de savoir s'il fallait retenir une définition large de "dommages" (comportant des sauvegardes appropriées) ou plus limitée (restreignant l'application de la règle aux dommages directs) (A/CN.9/545, par. 64) et sur la question de savoir si le demandeur ne devait être responsable que si la mesure s'avérait finalement injustifiée. On s'est interrogé sur le sens à donner au mot "injustifiée" et sur le point de savoir si une mesure pouvait être considérée comme "injustifiée" en soi ou compte tenu de la décision sur le fond. On a affirmé avec force que la décision finale sur le fond ne devrait pas constituer un facteur essentiel pour déterminer si la mesure provisoire était justifiée ou non (A/CN.9/545, par. 65). Il a été dit que les mots "dans la mesure appropriée" devraient être gardés afin d'indiquer que la mesure est légitime. Selon d'autres points de vue, le texte entre crochets n'était pas nécessaire car il n'apportait aucun élément nouveau. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner ces questions plus avant (A/CN.9/545, par. 68).

31. Afin de préparer la poursuite des débats sur ce sujet, on est convenu de la nécessité d'entreprendre des recherches supplémentaires sur les régimes de responsabilité dans le contexte des lois nationales relatives aux mesures provisoires ou conservatoires. Les délégations ont été invitées à fournir des informations sur les régimes de responsabilité prévus dans les législations internes relatives aux mesures provisoires ou conservatoires. Ces informations figurent dans le document A/CN.9/WG.II/WP.127.

Paragraphe 7

Alinéa a)

"[Sauf convention contraire des parties] [Si les parties en sont expressément convenues]"

32. Les mots entre crochets "[Sauf convention contraire des parties] [Si les parties en sont expressément convenues]" reflètent les discussions du Groupe de travail sur le point de savoir si les mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* devraient être disponibles par défaut ou seulement lorsque les parties sont expressément convenues d'appliquer le régime juridique instauré par le paragraphe 7. Les deux options ont bénéficié d'un certain soutien. Le Groupe de travail voudra peut-être trancher la question (A/CN.9/545, par. 52).

"exceptionnellement"

33. Le Groupe de travail n'est pas parvenu à un consensus sur le maintien ou la suppression de l'adverbe "exceptionnellement" (A/CN.9/545, par. 53). Il souhaitera peut-être poursuivre sa discussion sur ce point.

34. Les vues ci-après ont été exprimées (A/CN.9/545, par. 53):

– Selon un avis, cet adverbe était redondant étant donné que les sous-alinéas i) à iii) de l'alinéa a) ne mentionnaient que des circonstances exceptionnelles;

– Selon un autre point de vue, il fallait préciser que cet adverbe désignait uniquement les circonstances mentionnées aux sous-alinéas i) à iii);

– Selon une opinion contraire, cet adverbe devrait être conservé afin de souligner que la mesure *ex parte* ne devrait être accordée que dans des circonstances vraiment exceptionnelles. On a fait valoir à l'appui de ce point de vue que les circonstances énumérées à l'alinéa a) n'étaient pas nécessairement exceptionnelles.

"[contre laquelle cette mesure est dirigée] [touchée par cette mesure]"

35. Le Groupe de travail est convenu que la variante "contre laquelle cette mesure est dirigée" était préférable à la variante "touchée par cette mesure", car cette dernière était ambiguë étant donné le nombre important de parties susceptibles d'être "touchées" par une mesure provisoire (A/CN.9/545, par. 54). Ont été modifiés en conséquence l'alinéa a) du paragraphe 3, l'alinéa b) du paragraphe 7 et la variante A de l'alinéa e) du paragraphe 7 de la version révisée (voir par. 16 ci-dessus et par. 44 et 49 ci-dessous).

"[lorsque] [si le demandeur montre que]"

36. Les membres de phrase entre crochets tiennent compte de la proposition de déplacer les mots "le demandeur montre", ou tout autre libellé dont il pourrait être convenu pour l'alinéa a) iii) (voir par. 40 ci-dessous), pour l'insérer dans le chapeau de l'alinéa a) du paragraphe 7, afin de montrer clairement qu'il s'applique à tous les éléments de cet alinéa et non uniquement au sous-alinéa iii) (A/CN.9/545, par. 58). Si cette suggestion est adoptée par le Groupe de travail, le libellé de l'alinéa a) iii) devra être modifié en conséquence.

Alinéa a) i)

37. Le Groupe de travail a jugé l'alinéa a) i) généralement acceptable quant au fond (A/CN.9/545, par. 55).

Alinéa a) ii)

38. Le libellé tient compte de la décision du Groupe de travail de remplacer le mot "circonstances" par le mot "conditions" afin de mieux rendre compte de la nature de la liste figurant au paragraphe 3 (A/CN.9/545, par. 56).

39. Le Groupe de travail n'a pas pris de décision définitive sur le maintien ou non de l'alinéa a) ii). Selon un point de vue, l'alinéa a) ii), qui mentionne uniquement "les circonstances énoncées au paragraphe 3", pouvait être interprété à tort comme signifiant que les paragraphes 5 et 6 ne s'appliquaient pas aux mesures provisoires prononcées *ex parte*. Il a été rappelé que l'alinéa a) ii) avait été inséré afin qu'il n'y ait aucun doute sur le fait que toutes les conditions à satisfaire pour qu'une mesure provisoire *inter partes* soit prononcée devaient également s'appliquer à une mesure provisoire ordonnée. Si le fait d'insister une nouvelle fois sur ce point faisait planer des doutes quant à l'applicabilité des autres paragraphes, alors l'alinéa a) ii) devrait être supprimé (A/CN.9/545, par. 56). Le Groupe de travail souhaitera peut-être poursuivre l'examen de cette question.

Alinéa a) iii)

40. Le Groupe de travail n'a pas définitivement tranché la question de savoir si les mots "le demandeur montre" devraient être harmonisés avec le libellé modifié convenu pour le chapeau du paragraphe 3, à savoir "la partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire convainc le tribunal arbitral" (voir par. 13 ci-dessus). Cette proposition a suscité certaines objections au motif qu'une norme de preuve plus élevée devrait être exigée pour les mesures *ex parte* (A/CN.9/545, par. 57). Le Groupe de travail souhaitera peut-être poursuivre l'examen de cette question.

41. Le Groupe de travail a néanmoins pris note d'une proposition de déplacer le membre de phrase "le demandeur montre" pour l'insérer dans le chapeau de l'alinéa a) du paragraphe 7, afin de montrer clairement qu'il s'applique à tous les éléments de cet alinéa et non uniquement au sous-alinéa iii) (A/CN.9/545, par. 58). La version révisée tient compte de cette proposition.

Alinéa b) (alinéa b) i) dans la version antérieure)

42. L'actuelle version tient compte de l'avis selon lequel les sous-alinéas i) et ii) de l'alinéa b) dans la version antérieure ne devraient pas figurer ensemble, car ils traitaient de questions différentes, à savoir la responsabilité et la constitution d'une garantie (A/CN.9/545, par. 62).

Disposition spécifique sur la responsabilité pour les mesures ex parte

43. Comme cela est indiqué plus haut aux paragraphes 28 à 31, le Groupe de travail est convenu de poursuivre ses délibérations sur la question du régime de responsabilité en se fondant sur la disposition relative à la responsabilité devant être examinée dans le cadre des mesures *inter partes* (A/CN.9/545, par. 60). Si un

régime général de responsabilité est adopté, il devra examiner si une disposition supplémentaire s'appliquant spécifiquement aux mesures *ex parte* est nécessaire.

"[contre laquelle elle est dirigée] [touchée par la mesure]"

44. On s'est déclaré favorable au maintien du premier membre de phrase entre crochets par souci de cohérence terminologique avec le paragraphe 3 a) et le paragraphe 7 a) et variante A de l'alinéa e)) (A/CN.9/545, par. 67) (voir par. 16 et 35 ci-dessus et par. 49 ci-dessous).

Alinéa c) (alinéa b) ii) dans la version antérieure)

45. Le libellé de cet alinéa tient compte de la décision du Groupe de travail d'aligner, par souci de cohérence, le texte de cet alinéa sur celui du paragraphe 4 concernant la constitution d'une garantie dans le contexte des mesures provisoires *inter partes*, si ce n'est que les mots "peut faire obligation" pourraient être remplacés par les mots "fait obligation" (A/CN.9/545, par. 69).

46. La version révisée tient compte de la décision du Groupe de travail de faire de l'alinéa c) une condition obligatoire à remplir pour l'obtention d'une mesure *ex parte* afin de renforcer les sauvegardes nécessaires pour ce type de mesure (A/CN.9/545, par. 70).

Alinéa d) (alinéa c) dans la version antérieure)

47. L'alinéa d) de la version révisée contient deux variantes. La variante 1 se fonde, en s'en écartant quelque peu, sur le texte de l'alinéa c) de la version antérieure. Comme en a décidé le Groupe de travail, les mots "Afin d'éviter tout doute" ont été supprimés (A/CN.9/545, par. 73).

48. La variante 2 tient compte de l'idée exprimée à la précédente session du Groupe de travail selon laquelle, comme il n'y a aucun doute sur le fait que le tribunal arbitral est compétent pour statuer sur la question de la constitution d'une garantie en application de l'alinéa c) du paragraphe 7, l'alinéa d) ne devrait s'appliquer qu'à l'alinéa b) du paragraphe 7 (A/CN.9/545, par. 72). Le Groupe de travail est convenu d'examiner plus avant si l'alinéa d) devrait s'appliquer aux deux alinéas b) et c) ou seulement à l'alinéa b) et d'étudier de plus près une proposition tendant à préciser que le tribunal arbitral n'est compétent que tant qu'il n'a pas rendu sa sentence (A/CN.9/545, par. 72).

Alinéa e) (alinéa d) dans la version antérieure)

49. Il est rappelé qu'après un débat le Groupe de travail a décidé de poursuivre ses délibérations au sujet de l'alinéa e) à sa prochaine session en se fondant sur les deux variantes reproduites dans la version révisée (A/CN.9/545, par. 75 à 79 et 81). Il est rappelé que la variante A a bénéficié d'un certain appui, car elle introduisait de la souplesse et donnait au tribunal une certaine liberté d'appréciation quant au moment où le défendeur devait être entendu, mais qu'on s'est inquiété de ce qu'elle n'indiquait pas assez clairement le moment précis où la notification devait être adressée. Dans le cas où la variante B serait retenue, le Groupe de travail voudra peut-être confirmer si les mots "la partie contre laquelle la mesure est dirigée" devraient aussi être conservés (A/CN.9/545, par. 74) ou s'il est préférable

d'employer dans le contexte de l'alinéa e) les mots "toute partie touchée par la mesure provisoire ou conservatoire".

50. Des réserves ont été exprimées quant à l'inclusion d'un délai de quarante-huit heures ou de tout autre délai précis, qui pourrait se révéler trop rigide et inadéquat selon les circonstances. Il a été souligné par ailleurs que le fait d'introduire un libellé permettant au tribunal d'envisager toutes autres date et heure appropriées dans les circonstances pouvait conférer de la souplesse, mais risquait aussi de rendre illogique le maintien, dans la même disposition, d'une référence à un délai fixe. Selon un avis largement partagé, cependant, l'inclusion d'un délai fixe servait deux objectifs, à savoir souligner que la possibilité d'être entendu était urgente, et appeler l'attention du tribunal arbitral sur le fait qu'il devait être prêt à se réunir de nouveau pour accorder au défendeur la possibilité d'être entendu (A/CN.9/545, par. 79).

51. Le Groupe de travail est convenu de remplacer les mots "possibilité d'être entendue" par "possibilité de présenter ses arguments" pour englober à la fois l'audition et une soumission écrite du défendeur (A/CN.9/545, par. 80).

52. Le Groupe de travail devra se pencher de nouveau sur la rédaction de l'alinéa e) lorsqu'il examinera la question de savoir s'il faudrait autoriser l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire *ex parte* (A/CN.9/545, par. 82).

Alinéa f) (alinéa e) dans la version antérieure)

53. La version révisée tient compte de la décision du Groupe de travail de simplifier cet alinéa (A/CN.9/545, par. 83 et 84) et d'inclure une disposition faisant obligation au demandeur de fournir au défendeur les éléments sur lesquels se fonde la demande (A/CN.9/545, par. 86).

54. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner plus avant si c'est à la partie bénéficiant de la mesure qu'il devrait incomber de demander le maintien de cette mesure après les vingt jours (A/CN.9/545, par. 87), comme l'indique le membre de phrase entre crochets dans la version révisée.

Alinéa g) (alinéa f) dans la version antérieure)

55. Le projet d'alinéa a été remanié compte tenu des propositions et vues suivantes (A/CN.9/545, par. 91 et 92):

– Il a été proposé de remplacer le membre de phrase "est tenue d'informer" par "informe sans tarder". Cependant, on a fait observer que les mots "sans tarder" étaient plus appropriés dans le cadre d'une obligation continue d'informer de tout changement de circonstances. Selon un autre avis également, l'obligation "d'informer le tribunal arbitral" était peut-être trop restrictive, et il serait peut-être préférable d'adopter un libellé tel que "de présenter au tribunal".

– On a proposé de remplacer l'alinéa par un texte du type: "Une partie qui demande une mesure provisoire ou conservatoire en vertu du présent paragraphe [informe sans tarder] le tribunal arbitral de toutes les circonstances pertinentes et importantes qui lui permettront de déterminer si les conditions énoncées au présent paragraphe ont été remplies". On a suggéré, pour qu'il apparaisse clairement que le tribunal arbitral avait toute liberté d'ordonner ou non une

mesure provisoire ou conservatoire, de remplacer le membre de phrase “si les conditions énoncées au présent paragraphe ont été remplies” par “s’il doit ordonner la mesure demandée”. Si cette dernière variante est retenue, le Groupe de travail voudra peut-être examiner la possibilité de replacer “s’il doit ordonner la mesure demandée” par “s’il doit accorder la mesure”, par souci de cohérence avec le paragraphe 1.

– Selon un autre avis encore, il faudrait s’efforcer d’introduire dans le texte proposé une partie de la souplesse qui caractérisait le libellé original de l’alinéa f). À cette fin, les mots “toutes les circonstances que celui-ci est susceptible de juger pertinentes et importantes lorsqu’il détermine” ont été conservés dans la version révisée.

F. Document de travail sur le règlement des litiges commerciaux: mesures provisoires ou conservatoires: proposition de la Chambre de commerce internationale, soumis au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa quarantième session

(A/CN.9/WG.II/WP.129) [Original: Anglais]

Note du secrétariat

Le 2 février 2004, le secrétariat a reçu une proposition du Secrétaire général de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) au sujet du texte révisé des projets d'articles 17 et 17 *bis* de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, relatifs respectivement aux mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par des tribunaux arbitraux et à la reconnaissance et à l'exécution de ces mesures. Les projets d'articles sur lesquels portent ces commentaires figurent dans les documents A/CN.9/WG.II/WP.123, A/CN.9/WG.II/WP.125 et A/CN.9/545. On trouvera en annexe à la présente note la traduction du texte des commentaires, qui comprend des propositions de révision des articles 17 et 17 *bis*, tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

ANNEXE

COMMENTAIRES ET PROPOSITIONS DU SECRÉTAIRE GÉNÉRAL DE LA COUR INTERNATIONALE D'ARBITRAGE DE LA CCI

Comme vous le savez, la Cour internationale d'arbitrage de la CCI se félicite vivement d'avoir la possibilité de participer en qualité d'observateur aux débats du Groupe de travail II (Arbitrage) concernant d'éventuelles modifications à apporter à l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Nous croyons comprendre que la Loi type vise à traduire un consensus mondial sur les principes et les points importants de la pratique de l'arbitrage international qui soit acceptable pour les États de toutes les régions. À cet égard, nous espérons que l'expérience que nous avons acquise en administrant plus de 13 000 arbitrages dans le monde ces 80 dernières années pourra être utile aux délégations lorsqu'elles examineront la question de savoir s'il convient ou non de modifier l'article 17 et, dans l'affirmative, de quelle façon.

Le Règlement d'arbitrage de la CCI autorise expressément les parties à demander des mesures provisoires ou conservatoires à la fois aux tribunaux arbitraux et aux juridictions étatiques. Dans les affaires que nous avons traitées, nous avons vu des tribunaux arbitraux accorder de telles mesures qui, entre autres, exigeaient la production de documents, ordonnaient la constitution d'une garantie bancaire ou

encore interdisaient le transfert d'actions ou la mise en jeu d'une garantie bancaire.

Parmi les parties qui ont demandé des mesures provisoires ou conservatoires à des tribunaux arbitraux dans les arbitrages de la CCI, aucune ne l'a fait *ex parte* (c'est-à-dire sans en aviser l'autre partie). Nous avons cependant eu, début 2000, un cas dans lequel une partie a demandé à un tribunal arbitral de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires *inter partes* (c'est-à-dire en ayant avisé l'autre partie), ce que le tribunal a fait sans entendre d'abord la partie adverse. Il semble toutefois que le tribunal ait commis une erreur: celui-ci a rétracté sa décision après protestation de la partie adverse et s'est excusé d'avoir agi prématurément.

Nous avons aussi eu en 2001 un cas dans lequel, une partie ayant sollicité d'un tribunal arbitral le prononcé d'une mesure provisoire *inter partes*, celui-ci a demandé au défendeur de ne rien faire qui concerne les biens litigieux jusqu'à ce qu'il ait statué. Le défendeur s'est plié à cette demande de son plein gré. Après avoir reçu les conclusions du défendeur, le tribunal arbitral a accordé les mesures provisoires sollicitées.

À la lumière de notre expérience, nous sommes convaincus que la pratique dans le domaine des mesures provisoires ou conservatoires – en particulier la manière dont les tribunaux arbitraux traitent les demandes – évolue encore. En effet, nous ne voyons aucun consensus mondial se dessiner s'agissant des normes et pratiques relatives à l'octroi de telles mesures par des tribunaux arbitraux. Nous considérons donc que la prudence devrait s'imposer lors de l'examen des modifications à apporter à l'article 17, en particulier si ces modifications ont pour effet d'élargir le pouvoir qu'ont actuellement les tribunaux arbitraux d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires. C'est dans cet esprit que nous avons élaboré les commentaires ci-après sur le texte actuel des projets d'articles 17 et 17 *bis*.

Nous estimons que certaines des modifications proposées pourraient effectivement aider les parties et les arbitres dans la pratique relative aux mesures provisoires ou conservatoires. En particulier, nous pensons que l'établissement de normes pour l'octroi de ces mesures (voir le paragraphe 3 du projet d'article 17) aidera les parties à formuler leurs demandes et les tribunaux arbitraux à évaluer celles qu'ils reçoivent. De même, nous sommes d'avis que le fait d'énoncer des normes régissant la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires (voir les paragraphes 1 et 2 du projet d'article 17 *bis*) pourrait aider les juridictions étatiques à évaluer l'effet de ces mesures.

D'autres propositions de modification, en revanche, préoccupent la CCI, en particulier celles qui: 1) permettraient aux tribunaux arbitraux de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* (voir le paragraphe 7 du projet d'article 17); et 2) permettraient aux juridictions étatiques de faire exécuter ces mesures – également dans certains cas *ex parte* (voir le paragraphe 6 du projet d'article 17 *bis*).

L'insertion de telles dispositions dans la Loi type rendrait celle-ci sensiblement différente des lois sur l'arbitrage des principaux centres d'arbitrage international (par exemple, Paris, la Suisse, Londres et New York). Ces dispositions entreraient également en conflit avec de nombreux règlements d'arbitrage bien établis – y compris le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Cela risquerait de fragiliser la Loi type en tant que norme internationale traduisant un consensus mondial, et partant, compromettrait son utilité pour les pays qui s'efforcent d'harmoniser leur droit relatif à l'arbitrage avec celui d'autres pays.

Rien dans notre expérience ne nous porte à croire que les parties souhaitent ou veulent que leurs tribunaux arbitraux aient des pouvoirs *ex parte*. Si la Loi type était modifiée de sorte à prévoir de tels pouvoirs (et si la Loi type ainsi modifiée était adoptée par les organes législatifs des États), il se pourrait que les parties bien informées évitent les lieux d'arbitrage situés dans des pays appliquant la Loi type et que les autres soient prises au dépourvu. Nous sommes convaincus que la Loi type pourra mieux favoriser le développement de l'arbitrage international si ses dispositions restent conformes aux attentes raisonnables et aux intentions communes des parties.

Cela est d'autant plus vrai que la perspective d'un tribunal arbitral prononçant des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* soulève la question des droits de la défense. La partie qui est exclue d'une procédure *ex parte* ne saura probablement jamais tout ce qui a été communiqué au tribunal arbitral – en particulier si les communications ont été orales – et peut raisonnablement craindre que le tribunal ait, en statuant sur la requête, préjugé de questions de fond. Ainsi, le fait qu'un tribunal arbitral accorde des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* risquerait d'ébranler la confiance qu'ont les parties dans le processus arbitral et de rendre l'arbitrage moins attrayant comme mode de règlement des litiges. En outre, dans les pays ayant adopté la Loi type où les juges locaux sont réservés quant au développement de l'arbitrage, l'octroi de tels pouvoirs au tribunal arbitral ne fera probablement que compromettre davantage ce développement.

Compte tenu de ces préoccupations, nous suggérons que soient supprimées du texte actuel des projets d'articles 17 et 17 *bis* les dispositions qui habilitent les tribunaux arbitraux à prononcer des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* et permettent aux juridictions étatiques de donner force exécutoire à ces mesures. Les délégations pourraient envisager d'insérer à la place des dispositions qui traiteraient de la situation dans laquelle un tribunal arbitral reçoit une demande *inter partes* de mesures provisoires ou conservatoires pour laquelle il estime devoir agir avant que l'autre partie ait eu pleinement la possibilité de répondre. Comme il est indiqué plus haut, nous avons eu à deux reprises ce cas de figure. La possibilité d'accorder des mesures préliminaires qui gèlent le statu quo – fondées sur des demandes qui sont communiquées à toutes les parties et accordées avec notification à toutes les parties – pourrait aider les tribunaux arbitraux qui reçoivent des demandes urgentes exigeant de leur part une décision avant que la partie adverse puisse présenter ses arguments. Comme cette dernière n'a pas encore été entendue, nous recommandons que ces mesures ne puissent pas être

rendues exécutoires par des juridictions étatiques en vertu de l'article 17 *bis* ou d'une autre disposition législative similaire. Au lieu de cela, une partie qui a enfreint de telles mesures pourrait faire l'objet d'une demande de dommages-intérêts dans le cadre de la procédure arbitrale en cours. Une fois que les deux parties ont eu la possibilité d'être entendues, le tribunal arbitral pourrait prononcer une mesure provisoire susceptible d'être rendue exécutoire par les juridictions étatiques en vertu de l'article 17 *bis* ou d'une disposition législative similaire.

Nous présentons ci-dessous des versions révisées de l'article 17 et de l'article 17 *bis* qui tiennent compte de nos suggestions. Cependant, nous ne proposons pas d'insérer ces versions dans la Loi type elle-même. Nous estimons au contraire que, compte tenu de l'évolution de la pratique et de l'absence de consensus mondial dans ce domaine, il vaudrait mieux insérer dans une annexe à la Loi type toute nouvelle version de l'article 17 (et de l'article 17 *bis*) qui pourrait finalement être adoptée.

Enfin, nous souhaitons indiquer que le Président de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, M. Robert Briner, a participé à la rédaction de la présente lettre et en a approuvé le contenu.

Propositions de modifications du paragraphe 7 de l'article 17

a) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut ~~[, exceptionnellement,]~~ accorder une mesure provisoire ou conservatoire, sans ~~aviser~~ donner à la partie [contre laquelle cette mesure est dirigée] [touchée par cette mesure] la possibilité [de s'y opposer] [d'être entendue], lorsque:

i) Il y a un besoin urgent de prendre cette mesure;

ii) Les circonstances énoncées au paragraphe 3 sont réunies; et

iii) Le demandeur montre qu'il est nécessaire de procéder de cette façon pour éviter que la mesure ne soit compromise avant qu'elle soit accordée;

b) Le demandeur:

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 à l'alinéa i),] [comme condition de l'octroi d'une mesure au titre du présent paragraphe];

iii) Donne notification de la demande visant à obtenir la mesure à la partie [contre laquelle cette mesure est dirigée] [touchée par cette mesure] au moment où cette demande est présentée;

[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 dirigée] [touchée par la mesure accordée] en vertu du présent paragraphe ~~reçoit notification de la mesure et~~ a la possibilité [de s'opposer à la mesure et] 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] [à compter de la date à laquelle cette mesure prend effet à l'égard de l'autre partie], 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 qu'il a été donné à la partie [contre laquelle la mesure est dirigée] [touchée par la mesure] ~~en a été avisée et qu'il lui a été donné~~ la possibilité [de s'opposer à la mesure] [et 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;]

Propositions de modifications des paragraphes 1 et 6 de l'article 17 *bis*

1) Une mesure provisoire ou conservatoire prononcée par un tribunal arbitral qui satisfait aux exigences de l'article 17 est, sauf s'il s'agit d'une mesure provisoire ou conservatoire prononcée en vertu du paragraphe 7 de l'article 17, reconnue comme s'imposant aux parties et, sauf indication contraire du tribunal arbitral, est mise à exécution sur demande [formée par écrit] auprès de la juridiction étatique compétente, quel que soit le pays où elle a été prononcée, sous réserve des dispositions du présent article.

Le paragraphe 6 de l'article 17 *bis* devrait être entièrement supprimé.

III. DROIT DES TRANSPORTS

A. Rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa douzième session (Vienne, 6-17 octobre 2003)

(A/CN.9/544) [Original: Anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction . . . 1-10

II. Délibérations et décisions . . . 11

III. Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] . . . 12-181

A. Méthode pour la suite des travaux . . . 12-15

B. Question préliminaire: Titre du projet d'instrument . . . 16-19

C. Examen du projet d'instrument par grands thèmes . . . 20-181

1. Champ d'application et parties exécutantes . . . 20-42

a) Débat général . . . 20-27
b) Définition des termes "partie exécutante maritime" et "partie exécutante non maritime" . . . 28-33
c) Définition du terme "partie exécutante" à l'article 1 e) . . . 34-42

2. Champ d'application et dommages localisés ou non localisés (projet d'article 18-2) . . . 43-50

3. Champ d'application: définition du contrat de transport et traitement de l'étape maritime (projets d'articles 1 a) et 2) . . . 51-84

a) Débat général concernant les trois variantes du projet d'article 2-1 . . . 53-56
b) Projets d'articles 1 a) et 2-1 . . . 57-75
c) Projet d'article 2-2 . . . 76
d) Projet d'article 2-3 . . . 77-82
e) Projet d'article 2-4 . . . 83
f) Projet d'article 2-5 . . . 84

4. Exonérations de responsabilité, faute nautique et charge de la preuve (projet d'article 14) . . . 85-144

a) Paragraphes 1 et 2 du projet d'article 14 . . . 85-116
b) Article 14: liste des "périls exclus" . . . 117-129
c) Nouveau paragraphe 3 du projet d'article 14 . . . 130-134
d) Disposition du projet d'article 14 traitant de la répartition de la responsabilité en cas de causes concomitantes à l'origine du dommage . . . 135-144

5. Obligations du transporteur concernant le voyage par mer (projet d'article 13) . . . 145-157

6. Responsabilité des parties exécutantes (projet d'article 15) . . . 158-181

a) *Débat général* 159-160
b) *Paragraphe 1* 161-162
c) *Paragraphe 2* 163-165
d) *Paragraphe 3* 166-170
e) *Paragraphe 4* 171-172
f) *Paragraphe 5* 173-176
g) *Paragraphe 6* 177-181

IV. Questions diverses 182-183

I. Introduction

1. 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 par mer telles que le champ d'application, la durée de la responsabilité du transporteur, les obligations du transporteur, la responsabilité du transporteur, les obligations du chargeur et les documents de transport[1]. 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[2].

2. À sa trente-sixième session, en juillet 2003, 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).

3. 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 le transport de porte à porte pouvait être élaboré par un compromis reposant sur la responsabilité uniforme, l'élection du for et les contrats de gré à gré, qui ne serait pas applicable aux actions engagées contre les parties exécutantes d'un transport intérieur. On a en outre fait observer que la prise en compte des intérêts des secteurs du transport routier et ferroviaire intérieur était essentielle pour atteindre les objectifs du texte. On a

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 345.
[2] Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 224.

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 le choix d'adopter le régime relatif au porte à porte en tout ou en partie.

4. 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 se réunir pendant deux semaines à ses douzième et treizième sessions[3]. Il a été convenu que la situation du Groupe de travail à cet égard devrait être 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[4].

5. Le Groupe de travail III sur le droit des transports, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa douzième session à Vienne du 6 au 17 octobre 2003. Ont assisté à cette session des représentants des États membres suivants: Allemagne, Autriche, Brésil, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Inde, Italie, Japon, Lituanie, Maroc, Mexique, Singapour, Suède, Thaïlande et Uruguay.

6. Ont également assisté à la session des observateurs des États suivants: Algérie, Antigua-et-Barbuda, Argentine, Bolivie, Bulgarie, Costa Rica, Cuba, Danemark, Finlande, Grèce, Koweït, Liban, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, République de Corée, République tchèque, Sénégal, Sri Lanka, Suisse, Tunisie, Turquie, Venezuela et Yémen.

7. Ont aussi assisté à la session des observateurs des organisations internationales ci-après:

a) **Système des Nations Unies**: Commission économique pour l'Europe (CEE), Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED);

b) **Organisations intergouvernementales invitées par la Commission**: Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires (OTIF);

c) **Organisations internationales non gouvernementales invitées par la Commission**: Association of American Railroads (AAR), Center for International Legal Studies (CILS), Comité maritime international (CMI), Chambre internationale

---

[3] Pour le débat général sur la répartition du temps de réunion entre les divers groupes de travail, voir ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 270 à 275 et 277 et 278.

[4] Ibid., par. 205 à 208.

de la marine marchande, Conseil maritime baltique et international (BIMCO), Fédération internationale des associations de transitaires et assimilés (FIATA), Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo, International Group of Protection and Indemnity Clubs, International Multimodal Transport Association (IMMTA) et Union internationale d'assurances transports.

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

Président: M. Rafael Illescas (Espagne)

Rapporteur: M. Walter De Sá Leitão (Brésil)

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

a) Ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.III/WP.31);

b) Projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]. Note du secrétariat (A/CN.9/WG.III/WP.32);

c) Proposition des Pays-Bas sur l'application de l'instrument au transport de porte à porte (A/CN.9/WG.III/WP.33) et proposition des États-Unis d'Amérique concernant 10 aspects du projet d'instrument (A/CN.9/WG.III/WP.34);

d) Additif à la 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/Add.1).

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

1. Élection du Bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer].
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

II. Délibérations et décisions

11. Le Groupe de travail a entamé l'examen du projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] figurant en annexe à la note du secrétariat (A/CN.9/WG.III/WP.32) et a étudié plusieurs propositions, notamment celle des États-Unis d'Amérique concernant 10 aspects du projet d'instrument (A/CN.9/WG.III/WP.34). Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée de plusieurs dispositions en tenant compte des délibérations et des conclusions du Groupe de travail. Il est rendu compte de ces délibérations et conclusions dans la section III ci-après.

III. Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]

A. Méthode pour la suite des travaux

12. Le Groupe de travail a appris qu'un groupe de pays scandinaves avait tenu des discussions informelles sur la meilleure façon de procéder à la deuxième lecture du projet d'instrument. Il a été suggéré que, compte tenu du nombre d'articles dans le projet révisé d'instrument (A/CN.9/WG.III/WP.32) et de la proposition des États-Unis d'Amérique (A/CN.9/WG.III/WP.34), le mieux serait peut-être de poursuivre les débats en regroupant les questions par grands thèmes. On a dit que le premier de ces grands thèmes pourrait être le "Champ d'application", qui comporterait une première rubrique intitulée "Conflits avec la législation internationale et nationale", dans laquelle les trois groupes de questions suivants pourraient être examinés: 1) contrat de transport; 2) parties exécutantes et responsabilité de réseau et; 3) dommages localisés et non localisés. Il a été proposé que la deuxième rubrique du thème "Champ d'application" s'intitule "Portée géographique du segment maritime" (article 2 du projet d'instrument).

13. Il a en outre été proposé d'étudier un deuxième grand thème intitulé "Liberté contractuelle", qui pourrait porter sur les questions suivantes: exclusion des chartes-parties (article 2-3 du projet d'instrument); traitement des accords de services réguliers de transport maritime; contrats mixtes de transport et de transit (article 9 du projet d'instrument); approche fonctionnelle (par exemple, article 11-2, clauses franco chargement et déchargement, cargaison arrimée (FIOS)); dispositions unilatéralement ou bilatéralement impératives (article 88 du projet d'instrument); et durée de la responsabilité (article 7). On a dit que les questions regroupées sous ce thème étaient basées sur l'hypothèse que l'instrument serait par ailleurs obligatoire.

14. On a suggéré que soit examiné un troisième grand thème intitulé "Obligations et responsabilité du transporteur", lequel pourrait porter sur les questions suivantes: exonérations; limites et procédure d'amendement tacite; retard; et navigabilité (en tant qu'obligation continue). Il a été proposé que le débat sur ces trois grands thèmes soit suivi d'une discussion sur les quatre questions suivantes: obligations du chargeur; choix du for et arbitrage; livraison des marchandises; et droit de contrôle.

15. On a appuyé la proposition visant à ce que le Groupe de travail examine le projet d'instrument par grands thèmes. De l'avis général, celui-ci pourrait commencer par examiner la question du champ d'application de la convention et celle des parties exécutantes.

B. Question préliminaire: Titre du projet d'instrument

16. Le titre du projet d'instrument tel que l'a examiné le Groupe de travail était le suivant: "Projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]".

17. On a fait observer que le Groupe de travail voudrait peut-être examiner dans quelle mesure le titre devait refléter l'approche "maritime plus" (également appelée

approche “transmaritime”) qui, au cours de ses précédentes sessions, était apparue comme très susceptible de faire l’objet d’un consensus lors de l’élaboration du projet d’instrument.

18. On a estimé qu’il était prématuré d’examiner le titre du projet d’instrument alors que le Groupe de travail devait débattre par la suite de l’article 2 (“Champ d’application”) et de la définition du “contrat de transport” qui figurait à l’alinéa a) de l’article premier. Cependant, on a appuyé l’opinion selon laquelle le Groupe de travail était parvenu, s’agissant de l’approche à adopter dans le projet d’instrument, à un consensus suffisant pour simplement supprimer les crochets du titre actuel, de sorte que le projet d’instrument s’intitulerait “Convention sur le transport de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer”. D’autres propositions ont été faites en vue d’affiner le titre. On a suggéré d’ajouter “international” après “transport”, de façon à décrire plus précisément le contenu de l’instrument et à assurer la cohérence avec les conventions existantes régissant le transport de marchandises. Selon une autre proposition, il faudrait, puisque le contrat de transport était l’élément fondamental du projet d’instrument, faire référence aux contrats dans le titre, qui deviendrait “Convention sur les contrats de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer”. On a fait remarquer, en réponse à cette proposition, que le mot “contrats” risquait d’induire en erreur, car il avait été employé par le passé pour décrire des conventions qui, à la différence du projet d’instrument, portaient davantage sur les conditions de fond du contrat lui-même, par exemple sur sa formation. Selon une autre suggestion encore, il faudrait ajouter “dans le commerce international” à la fin du titre, car cette formule était souvent employée dans les conventions de la CNUDCI. On a également proposé de supprimer les mots “effectué entièrement ou partiellement”, actuellement placés entre crochets, afin de ne pas créer de confusion avec les instruments multimodaux. Il a été rétorqué – et cet avis a été appuyé – qu’il fallait au contraire faire référence à la fois au transport maritime et aux autres modes de transport possibles afin de décrire avec exactitude l’objet de la convention.

19. Un certain nombre de variantes des propositions ci-dessus ont été favorablement accueillies. Si le Groupe de travail n’est pas parvenu à un consensus sur un titre particulier, on a appuyé l’avis selon lequel le titre du projet d’instrument devrait montrer que ce dernier régissait avant tout le transport maritime et qu’il pouvait également s’appliquer à d’autres modes de transport. Le Groupe de travail a décidé de conserver le titre actuel sans le modifier en vue de l’examiner ultérieurement.

C. Examen du projet d’instrument par grands thèmes

1. Champ d’application et parties exécutantes

a) Débat général

20. La délégation italienne (s’exprimant également au nom des Pays-Bas) a déclaré qu’afin de favoriser le pragmatisme dans l’élaboration du projet d’instrument et de faciliter la tâche du Groupe de travail, elle retirerait sa précédente proposition (présentée dans le document A/CN.9/WG.III/WP.25) et soutiendrait l’adoption d’un système de réseau limité dans l’article 8 du projet. Tout en restant

convaincus qu'un régime uniforme de responsabilité applicable pendant toute la durée du transport de porte à porte serait la solution la plus claire et la plus simple, l'Italie et les Pays-Bas s'étaient rendu compte, à la lumière des débats de la onzième session du Groupe de travail, que cette solution n'obtiendrait pas un appui suffisant.

21. L'Italie et les Pays-Bas ont indiqué qu'ils appuieraient la proposition des États-Unis concernant le champ d'application et les parties exécutantes (telle qu'elle figurait dans la section I du document A/CN.9/WG.III/WP.34), sous réserve de quelques petites modifications. Premièrement, il a été proposé que les dispositions du projet d'instrument s'appliquent depuis le moment où les marchandises étaient prises en charge par le transporteur jusqu'au moment où elles étaient livrées au destinataire, sauf dans les cas prévus à l'article 8 du projet, où serait appliqué un système de réseau limité, et que la référence à la loi nationale figurant entre crochets dans cette disposition soit supprimée. Il a été expliqué que cette suppression était nécessaire pour éviter le risque que la législation interne ne prévale sur le droit international. Deuxièmement, il a été proposé que les dispositions du projet d'instrument s'appliquent non seulement au transporteur mais également aux parties exécutantes qui exerçaient leur activité dans les zones portuaires, autrement dit les "parties exécutantes maritimes", qu'il faudrait définir. Troisièmement, il a été proposé de ne pas appliquer les dispositions du projet d'instrument aux parties exécutantes non maritimes. Quatrièmement, il a été suggéré que toutes les dispositions du projet d'instrument faisant référence aux parties exécutantes soient revues de sorte que les dispositions relatives à la responsabilité du transporteur du fait d'un acte ou de la négligence des parties exécutantes (par exemple, les projets d'articles 14-2 et 15-3) continuent de se référer aux parties exécutantes en général, qu'elles soient maritimes ou non, tandis que les dispositions concernant les obligations et la responsabilité des parties exécutantes devraient viser seulement les parties exécutantes maritimes. À cet égard, il a été proposé notamment de remanier le projet d'article 15-1 et 15-4 de manière à créer un droit d'action direct contre les parties exécutantes maritimes seulement. De même, il a été proposé d'étendre la protection de la clause "Himalaya" prévue à l'article 15-5 uniquement aux parties exécutantes maritimes.

22. À titre de présentation générale du document de travail publié sous la cote A/CN.9/WG.III/WP.34, il a été dit au Groupe de travail que l'intention dans ce document était de commencer à définir la structure de base du projet d'instrument à présent que le Groupe de travail avait achevé son examen initial des dispositions pouvant y être insérées. L'objectif, dans ce document de travail, était de prendre en compte le risque qu'un régime uniforme de responsabilité ne puisse être mis en place et de présenter une série de compromis obtenus entre les intérêts divergents des différents professionnels du secteur. On a estimé que cette série de compromis constituait non seulement le plus grand dénominateur commun possible mais aussi une amélioration considérable par rapport au système actuel.

23. S'agissant plus particulièrement de la section I du document A/CN.9/WG.III/WP.34 ("Champ d'application et parties exécutantes"), il a été indiqué au Groupe de travail que, dans la proposition globale (qualifiée par ses auteurs de "position de compromis"), on se disait favorable à un régime porte à porte s'appuyant sur un système de réseau limité, tel que le prévoyait actuellement le projet d'instrument. Il a toutefois été recommandé de modifier le traitement des parties exécutantes, de sorte que le projet d'instrument ne s'applique qu'aux parties

exécutantes maritimes, autrement dit celles qui auraient été visées par un instrument régissant le transport de port à port, telles que les manutentionnaires, les exploitants de terminaux et les transporteurs maritimes. Les parties exécutantes non maritimes – par exemple camionneurs, transporteurs ferroviaires ou entreposeurs situés en dehors des zones portuaires – seraient expressément exclues du régime de responsabilité prévu dans le projet d'instrument. Toutefois, elles seraient toujours considérées comme des parties exécutantes dans le projet d'instrument car le transporteur contractant serait responsable de leurs actes ou de leur négligence. Il a été estimé par ailleurs que, dans le régime proposé, la référence à la "loi nationale" à l'article 8 du projet d'instrument ne serait ni appropriée ni nécessaire pour protéger l'actuel régime de responsabilité applicable aux transporteurs intérieurs et que la responsabilité des parties exécutantes d'un transport intérieur serait fondée sur la loi en vigueur, qu'il s'agisse d'une convention unimodale régionale ou d'une législation interne impérative ou non, pouvant porter notamment sur la responsabilité extracontractuelle. La protection automatique conférée par la "clause Himalaya" ne serait étendue qu'aux parties exécutantes qui assumaient une responsabilité en vertu du projet d'instrument (à savoir, les parties exécutantes maritimes). Les parties exécutantes d'un transport intérieur pourraient invoquer la "clause Himalaya" si la loi nationale applicable le leur permettait. En réponse à une question, il a été reconnu que cette proposition ne réglait aucun des problèmes se posant aux parties exécutantes d'un transport intérieur dans le cadre de la loi nationale actuellement applicable mais que leur situation en ce qui concerne la responsabilité resterait exactement la même qu'actuellement.

24. Les principes généraux et la "position de compromis" exposés dans la section I du document A/CN.9/WG.III/WP.34 ont recueilli une très large adhésion. En dehors de quelques modifications éventuelles proposées concernant, par exemple, le traitement des parties exécutantes maritimes dans un État non contractant, on s'est dit fermement convaincu que l'approche suggérée était la meilleure possible en l'état actuel des choses. Selon une opinion minoritaire, le projet d'instrument devrait s'appliquer aux transporteurs intérieurs et un régime uniforme de responsabilité devrait rester à l'étude.

25. Si la création de régimes différents selon qu'il s'agissait de parties exécutantes maritimes ou non a été généralement bien accueillie, il a été proposé de conserver la référence à la loi nationale dans l'article 8 b) et d'en limiter la portée en parlant de loi nationale impérative semblable aux conventions existantes ou fondée sur de telles conventions. Il a été dit que la proposition présentée dans la section I du document A/CN.9/WG.III/WP.34 ne réglait pas tous les problèmes qu'une référence expresse à la loi nationale règlerait car, par exemple, en l'absence d'une telle mention à l'article 8 b), le propriétaire des marchandises ne pourrait pas assigner un transporteur contractant sur le fondement de la loi nationale régissant le transport de marchandises par route. Il a également été déclaré que, si les transporteurs intérieurs étaient exclus du champ d'application du projet d'instrument, il ne serait pas certain qu'une action puisse être intentée contre eux en vertu de la loi nationale applicable, ce qui serait préjudiciable aux chargeurs. On a fait valoir que les chargeurs pourraient obtenir une meilleure indemnisation dans des actions engagées sur le fondement de la loi nationale étant donné les limites de responsabilité généralement inférieures fixées dans les conventions régissant le transport maritime. Il a toutefois été souligné que cela n'était pas nécessairement le cas, en particulier s'agissant des règles de limitation "par colis" prévues dans ces conventions, compte tenu en outre

du volume du transport conteneurisé et de l'incidence des marchandises légères de valeur. Pour restreindre encore la portée de la référence à la loi nationale, il a été proposé que seuls les régimes nationaux impératifs octroyant une meilleure protection aux propriétaires des marchandises l'emportent sur le projet d'instrument. L'idée de conserver la référence à la loi nationale dans l'article 8 b) a bénéficié d'un certain soutien. Elle a toutefois suscité des inquiétudes compte tenu de l'intention qu'avait le Groupe de travail de créer un régime aussi uniforme que possible dans le projet d'instrument. De plus, s'agissant des différents libellés proposés pour restreindre la portée de cette référence, on s'est demandé quels critères seraient appliqués pour déterminer si les législations nationales rempliraient les conditions posées à l'article 8 b) et si le champ d'application n'en deviendrait pas plus incertain.

26. Il a été déclaré que le traitement des parties exécutantes dans le projet d'instrument et la possibilité de mentionner la loi nationale à l'article 8 b) étaient deux questions distinctes qui n'avaient pas nécessairement de lien entre elles. La responsabilité du transporteur contractant était – a-t-on dit – l'aspect essentiel de l'article 8, qui comportait à son tour deux aspects: l'action récursoire fondée sur l'article 8 et les conflits avec d'autres conventions internationales. On a répondu qu'il y avait un lien substantiel ou pragmatique entre l'article 8 et le traitement des parties exécutantes. Il a été expliqué que la proposition présentée dans la section I du document A/CN.9/WG.III/WP.34 était très clairement subordonnée à l'acceptation à la fois de l'exclusion des parties exécutantes non maritimes du régime de responsabilité prévu dans le projet d'instrument et de la suppression de la référence à la loi nationale dans l'article 8 b), car l'exclusion des transporteurs intérieurs était censée rendre cette référence inutile.

27. Le Groupe de travail a presque unanimement approuvé l'exclusion des parties exécutantes non maritimes du régime de responsabilité prévu dans le projet d'instrument, comme cela était proposé dans la section I du document A/CN.9/WG.III/WP.34. En outre, le deuxième volet de la proposition, à savoir la suppression de la référence à la loi nationale dans l'article 8 b), a été très favorablement accueilli. Une délégation a estimé qu'il n'y avait aucune raison d'exclure les transporteurs terrestres du projet d'instrument. S'il a été décidé provisoirement de conserver la référence à la loi nationale entre crochets, en attendant qu'une décision définitive soit prise à une session ultérieure, on s'est déclaré fermement convaincu que la suppression de cette référence était un élément nécessaire de la proposition globale. Le Groupe de travail a pris note du fait que la proposition présentée dans la section I du document précité devait être considérée comme formant un tout indissociable, comprenant à la fois l'exclusion des parties exécutantes non maritimes du régime de responsabilité et la suppression de la référence à la loi nationale, figurant à l'article 8 b).

b) Définition des termes "partie exécutante maritime" et "partie exécutante non maritime"

28. Le Groupe de travail a entrepris d'examiner la définition des termes "partie exécutante maritime" et "partie exécutante non maritime". Des définitions de ces termes ainsi que des modifications de la définition du terme "partie exécutante" figurant actuellement à l'article 1 e) du projet d'instrument ont été proposées.

29. Les définitions proposées étaient les suivantes:

"e) Le terme 'partie exécutante' désigne une personne autre que le transporteur qui s'acquitte matériellement [ou s'engage à s'acquitter] de l'une quelconque des obligations du transporteur en vertu d'un contrat de transport aux fins du transport, de la manutention, de la garde ou du stockage des marchandises, dans la mesure où elle agit, directement ou indirectement, à la demande du transporteur ou sous la supervision ou le contrôle de celui-ci, indépendamment du fait de savoir si elle est partie au contrat de transport, y est identifiée ou assume en vertu de ce contrat une responsabilité juridique. Le terme 'partie exécutante' englobe les parties exécutantes maritimes et les parties exécutantes non maritimes telles que définies aux alinéas f) et g) du présent article mais ne s'entend pas de toute personne qui est engagée par un chargeur ou un destinataire, ou est un employé, agent, fournisseur ou sous-traitant d'une personne (autre que le transporteur) qui est engagée par un chargeur ou un destinataire.

f) Le terme 'partie exécutante maritime' désigne une partie exécutante qui s'acquitte de l'une quelconque des obligations du transporteur pendant la période comprise entre l'arrivée des marchandises au port de chargement [ou, en cas de transbordement, au premier port de chargement] et leur départ du port de déchargement [ou du dernier port de déchargement, selon le cas]. Les parties exécutantes qui s'acquittent à terre de l'une quelconque des obligations du transporteur pendant la période comprise entre le départ des marchandises d'un port et leur arrivée à un autre port de chargement ne sont pas considérées comme des parties exécutantes maritimes.

g) Le terme 'partie exécutante non maritime' désigne une partie exécutante qui s'acquitte de l'une quelconque des obligations du transporteur avant l'arrivée des marchandises au port de chargement ou après le départ des marchandises du port de déchargement."

30. À titre liminaire, il a été indiqué au Groupe de travail que deux approches avaient été envisagées pour l'établissement des définitions, à savoir une approche fonctionnelle et une approche géographique. L'approche géographique avait été retenue parce qu'elle était la plus simple des deux. On a proposé le "port" comme zone géographique aux fins de la définition, tout en reconnaissant que ce terme pourrait être extrêmement difficile à définir et le serait probablement par référence au droit national. Les auteurs des définitions ont également signalé que la dernière phrase du projet de définition du terme "partie exécutante maritime" visait le cas où l'étape maritime du transport était suivie par une étape terrestre, qui était à son tour suivie par une autre étape maritime, mais que cette phrase devrait être améliorée.

31. Il y a eu accord général au sein du Groupe de travail sur le fait que ces définitions constituaient une bonne base pour continuer à examiner comment définir les parties exécutantes maritimes et non maritimes. L'approche géographique a été généralement jugée appropriée et l'idée d'inclure dans la définition du terme "partie exécutante maritime" les déplacements terrestres à l'intérieur d'un port, par exemple les déplacements par camion d'un quai à l'autre, a été soutenue. En revanche, selon une opinion largement partagée, les déplacements entre deux ports physiquement distincts devaient être considérés comme entrant dans les attributions d'une partie exécutante non maritime. Il a été dit qu'un transporteur ferroviaire, même s'il fournissait un service à l'intérieur d'un port, devait être considéré comme une partie exécutante non maritime. On a signalé qu'il ressortait de la pratique juridique

nationale de certains États que l'application de l'approche géographique, bien que généralement appropriée, risquait de donner lieu à de nombreux litiges. Il a été suggéré de donner dans le projet de définition des précisions sur le cas où des parties exécutantes non maritimes effectuaient une partie de leurs activités dans une zone portuaire, par exemple le chargement d'un camion en vue de l'acheminement des marchandises en dehors du port. Il a été proposé d'apporter ces précisions en indiquant qu'on entendait par parties exécutantes les parties qui s'acquittaient des obligations du transporteur en rapport avec le transport maritime. Il a été répondu que le projet d'article 1 e) définissait déjà les "parties exécutantes" comme étant les parties qui s'acquittaient des tâches essentielles du transporteur. Il a été dit que l'on n'était pas tout à fait sûr que la définition du terme "partie exécutante maritime" mette également l'accent sur ces tâches essentielles.

32. Un autre point qui a donné lieu à des discussions a été la question de savoir si le membre de phrase "où s'engage à s'acquitter" devrait figurer dans le projet de définition. On s'est déclaré favorable à l'insertion de ce membre de phrase et à la suppression des crochets qui l'entouraient, car on a estimé que cela permettrait de tenir dûment compte des intérêts des demandeurs en leur reconnaissant le droit d'assigner directement chaque partie dans une chaîne de sous-traitants potentiellement très longue. Selon une opinion contraire, l'insertion du membre de phrase "où s'engage à s'acquitter" pourrait soulever des problèmes dans la pratique étant donné que la partie exécutante qui s'engageait simplement à exécuter une obligation serait responsable vis-à-vis du transporteur mais qu'il serait difficile au chargeur d'établir les faits et de déterminer contre qui l'action devrait être intentée. Le Groupe de travail a estimé que la décision d'inclure ou non le membre de phrase "ou s'engage à s'acquitter" pourrait être prise ultérieurement après analyse de la définition du terme "partie exécutante" qui figurait déjà à l'article 1 e) du projet d'instrument (voir par. 34 à 42 plus loin) et compte tenu de la répartition globale des responsabilités en matière de transport de marchandises dans le projet d'instrument.

33. On s'est également inquiété de savoir si la définition devait viser les parties exécutantes dans les États non contractants. Il a été dit que ce point, s'il était pertinent compte tenu des préoccupations liées à la pratique consistant à rechercher le for le plus avantageux et de la question de l'exécution des jugements étrangers, pourrait être traité ultérieurement à la lumière de l'instrument dans son ensemble. Pour ce qui est de la rédaction, il a été suggéré de remplacer, dans le projet d'alinéa f), les mots "premier port de chargement" par "port de chargement suivant".

c) Définition du terme "partie exécutante" à l'article 1 e)

34. Outre la définition proposée au paragraphe 29 ci-dessus, le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 1 e), libellé comme suit:

> "e) Le terme "partie exécutante" désigne une personne autre que le transporteur qui s'acquitte matériellement [ou s'engage à s'acquitter] de l'une quelconque des obligations du transporteur en vertu d'un contrat de transport aux fins du transport, de la manutention, de la garde ou du stockage des marchandises, dans la mesure où elle agit, directement ou indirectement, à la demande du transporteur ou sous la supervision ou le contrôle de celui-ci, indépendamment du fait de savoir si elle est partie au contrat de transport, y est identifiée ou assume en vertu de ce contrat une responsabilité juridique. Le

terme “partie exécutante” ne s’entend pas de toute personne qui est engagée par un chargeur ou un destinataire, ou est un employé, agent, fournisseur ou sous-traitant d’une personne (autre que le transporteur) qui est engagée par un chargeur ou un destinataire.”

35. À titre liminaire, il a été signalé au Groupe de travail que l’article 1 e) n’avait pas été beaucoup modifié dans la nouvelle version du projet d’instrument et que les discussions dont il avait fait l’objet étaient retracées dans les notes correspondantes. Il a également été indiqué que ces notes contenaient des variantes au texte de cette disposition (voir A/CN.9/WG.III/WP.32, notes 8 à 10).

36. Afin d’élargir la définition du terme “partie exécutante”, il a été suggéré d’enlever les crochets entourant le membre de phrase “ou s’engage à s’acquitter”. Il a été rappelé au Groupe de travail que la raison d’être de cette définition était d’établir que le transporteur contractant serait responsable des erreurs, fautes et omissions des parties exécutantes en général. Il a été déclaré que la définition plus étroite qui résulterait de la suppression du membre de phrase entre crochets permettrait aux parties exécutantes qui s’engagent à s’acquitter d’obligations mais qui par la suite ne s’en acquittent pas ou les délèguent à une autre partie de se soustraire à leur responsabilité. En outre, il a été dit qu’il serait anormal de soumettre ceux qui manquent totalement à leurs engagements à des exigences moins grandes que ceux qui essaient de s’en acquitter mais échouent. En réponse aux préoccupations de ceux qui estimaient que les “transporteurs sur le papier”, autrement dit ceux qui n’assuraient pas effectivement le transport, ne devraient pas être tenus responsables sur la base de leur engagement d’effectuer le transport, il a été dit que le libellé de la définition donnerait simplement le droit d’assigner directement la partie exécutante défaillante et éviterait de devoir engager de multiples actions afin de remonter jusqu’à cette partie dans la chaîne des contrats. Il a également été dit que le fait de ne pas inclure le membre de phrase “ou s’engage à s’acquitter” dans la définition pourrait rendre possible une rupture de cette chaîne. Par conséquent, on s’est déclaré très favorable à ce qu’il soit maintenu. Il a été proposé, afin d’exclure l’assignation de personnes éloignées et rendre ainsi ce membre de phrase encore plus clair, d’y insérer le mot “matériellement” de manière à préciser que la partie exécutante devrait s’engager “à s’acquitter matériellement” des obligations. Bien que l’on ait estimé qu’il était implicite que ceux qui s’engageaient à s’acquitter d’une obligation quelconque en rapport avec le contrat de transport s’engageaient à le faire matériellement, cette amélioration apportée à la proposition initiale a également recueilli un large appui.

37. Quelques délégations ont exprimé l’avis que le projet d’instrument ne devrait pas du tout traiter des parties exécutantes. En outre, on a de nouveau fait observer qu’avec le membre de phrase “ou s’engage à s’acquitter”, il serait difficile au chargeur d’identifier toutes les parties que le transporteur contractant avait engagées pour s’acquitter de certains aspects du transport, et que le contrat serait conclu entre la partie exécutante et le transporteur contractant. On a dit que l’insertion de ce membre de phrase dans la définition pourrait ouvrir la voie à de multiples actions contre des parties exécutantes qui ne seraient pas nécessairement celles qu’il conviendrait d’assigner, ce qui n’apporterait pas d’amélioration par rapport à la situation où le chargeur assignerait simplement le transporteur exécutant et le transporteur contractant. En outre, on a estimé que l’insertion du membre de phrase

en question violerait le principe de la relativité du contrat entre le chargeur et le transporteur contractant.

38. On s'est également déclaré préoccupé par le fait que la définition était limitée aux personnes autres que le transporteur qui s'acquittent "de l'une quelconque des obligations du transporteur en vertu d'un contrat de transport aux fins du transport, de la manutention, de la garde ou du stockage des marchandises", car on a estimé qu'elle devrait englober toutes les tâches du transporteur et pas seulement celles qui étaient énumérées. Il a également été dit que la définition comportait peut-être une anomalie étant donné qu'il y était fait mention des personnes agissant "à la demande du transporteur ou sous la supervision ou le contrôle de celui-ci", alors que dans certains cas, le transporteur pouvait effectuer le chargement ou le déchargement des marchandises pour le compte du chargeur.

39. On a également exprimé la crainte que l'insertion du membre de phase "ou s'engage à s'acquitter" ne rende la définition trop large. En réponse à cette préoccupation et à la question de savoir si l'interaction entre cette définition et la durée de la responsabilité prévue à l'article 7 pourrait signifier que la partie exécutante qui ne venait pas chercher les marchandises serait responsable alors que le transporteur contractant ne le serait pas, il a été précisé au Groupe de travail que la durée de la responsabilité de la partie exécutante et du transporteur devait être la même et que la responsabilité assumée par la partie exécutante en sa qualité de partie exécutante ne serait jamais plus étendue que celle assumée par le transporteur contractant en sa qualité de transporteur contractant. En outre, il a été indiqué que la notion d'engagement à s'acquitter matériellement préciserait la portée plus étroite que l'on entendait donner à la définition. Une autre difficulté que pouvait soulever la définition concernait le cas de certains ports qui exigeaient que les opérations portuaires soient exécutées par des autorités administratives.

40. Le Groupe de travail a été invité instamment à garder présent à l'esprit les deux aspects distincts de la question des parties exécutantes: celle de la responsabilité pour la partie exécutante et celle de la responsabilité de la partie exécutante. On a émis l'opinion qu'il serait peut-être préférable de traiter ces questions dans une disposition de fond, telle que le projet d'article 15 relatif à la responsabilité des parties exécutantes plutôt que dans une définition. Certaines délégations ont considéré que la définition du terme "partie exécutante", bien qu'étant adéquate d'une manière générale pour l'instant, devrait peut-être être revue dans le cadre de l'examen du projet d'article 15.

41. Deux points concernant cette définition ont été précisés. Premièrement, il a été souligné que la définition ne devrait pas englober les employés ou les mandataires d'une partie exécutante. En outre, on a fait observer que si le Groupe de travail décidait d'exclure les parties exécutantes non maritimes du champ d'application du projet d'instrument, un libellé analogue à la définition proposée plus haut dans le paragraphe 29 qui englobait aussi bien les parties exécutantes maritimes que les parties exécutantes non maritimes, devrait être ajouté dans la définition générale apparaissant à l'article 1 e).

42. Le Groupe de travail a décidé provisoirement que le membre de phrase "s'engage à s'acquitter matériellement" devrait figurer dans la définition sans être mis entre crochets afin à la fois d'élargir la portée de la définition et de préciser qu'elle se limitait à l'exécution matérielle en vertu du contrat de transport. Le

Groupe de travail a demandé au secrétariat d'envisager de rendre la liste des tâches du transporteur plus ouverte en y ajoutant des mots tels que "entre autres", "notamment" ou "et autres tâches similaires", et de raccourcir la définition, par exemple en supprimant le membre de phrase "indépendamment du fait de savoir si elle est partie au contrat de transport, y est identifiée ou assume en vertu de ce contrat une responsabilité juridique", comme il est indiqué dans la note 8 du projet d'instrument révisé (A/CN.9/WG.III/WP.32).

2. Champ d'application et dommages localisés ou non localisés (projet d'article 18-2)

43. Le texte du projet d'article 18-2 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

> "[Nonobstant le paragraphe 1, lorsque le transporteur n'est pas en mesure d'établir si les marchandises ont été perdues ou endommagées pendant le transport par mer ou pendant le transport qui l'a précédé ou suivi, c'est la limite de responsabilité la plus élevée prévue dans les dispositions impératives internationales ou nationales régissant les différentes parties du transport qui s'applique.]"

44. En guise d'introduction, il a été rappelé au Groupe de travail que l'article 18-2 était une nouvelle disposition du projet instrument et que d'autres variantes avaient été proposées (voir A/CN.9/WG.III/WP.32, note 93).

45. On a dit qu'une question essentielle, s'agissant de cette disposition, était de savoir s'il était souhaitable de prévoir les mêmes limites de responsabilité pour les dommages non localisés et les dommages localisés, ou s'il fallait prendre en considération les autres limites susceptibles de s'appliquer, en vue de choisir la plus élevée. On a également dit qu'il était essentiel de se demander s'il convenait de prévoir une limite de responsabilité particulière pour les dommages non localisés. On a fait observer que ces questions seraient difficiles à trancher tant que les limites de responsabilité visées à l'article 18-1 n'auraient pas été fixées, et que si la limite "par kilogramme" retenue par le Groupe de travail pour l'article 18-1 était la même que celle prévue par les Règles de La Haye-Visby, il serait peut-être approprié d'examiner les conventions unimodales afin de choisir une limite plus élevée pour les dommages non localisés. On a en outre suggéré de prendre aussi en considération les dispositions nationales impératives, en particulier si le champ d'application du projet d'instrument était très large et susceptible de couvrir de longs segments de transport intérieur. Toutefois, on a signalé qu'il était possible que certaines dispositions nationales impératives ne prévoient aucune limite de responsabilité et que, par conséquent, il ne serait peut-être pas approprié de se référer aux lois nationales à cet égard. On a aussi fait observer que des limites de responsabilité différentes, selon que le dommage était localisé ou non, étaient prévues dans d'autres instruments, par exemple dans la Convention de 1980 sur le transport multimodal international de marchandises qui contenait une disposition analogue relative aux dommages localisés, de même que les Règles CNUCED/CCI. C'est pourquoi on a proposé de conserver l'article 18-2 dans le projet d'instrument.

46. Plusieurs autres propositions ont été présentées en faveur du maintien de l'article 18-2 dans le projet d'instrument. On a suggéré de conserver l'article 18-2 mais en le laissant entre crochets et, sur un point de rédaction, de remplacer, dans la

version anglaise, “international and national mandatory provisions” par “international or national mandatory provisions”. On a aussi proposé de laisser l’article 18-2 entre crochets jusqu’à ce qu’on ait fixé les limites de responsabilité à l’article 18-1, en plaçant toutefois entre crochets les mots “ou nationales” afin de s’aligner sur le texte actuel de l’article 8. Selon une autre proposition, l’article 18-1 pourrait fixer une limite de responsabilité spécifique pour les dommages localisés et l’article 18-2 une limite spécifique pour les dommages non localisés, sans faire référence aux autres limites de responsabilité prévues dans les dispositions impératives internationales ou nationales. Ces différentes propositions ont recueilli un certain appui.

47. La proposition de supprimer l’article 18-2 a recueilli un fort soutien. Il a été rappelé au Groupe de travail que plus on créerait d’exceptions à l’application générale du projet d’instrument, plus on risquerait de compromettre les objectifs de prévisibilité et d’uniformité. On a dit que pour parvenir au plus grand degré d’uniformité possible, l’exception du réseau limité prévue à l’article 8 devait rester aussi restreinte que possible, et que l’application de l’article 8 répondrait de manière adéquate aux préoccupations exprimées en ce qui concerne les dommages non localisés. On a également fait remarquer que l’article 18-2 reprenait le principe énoncé à l’article 8 en ce qui concerne les dommages localisés, mais répartissait différemment la charge de la preuve. Cependant, on a aussi observé que l’article 8 et l’article 18-2 n’étaient pas incompatibles. En outre, on a réaffirmé que les limites de responsabilité énoncées dans les Règles de La Haye-Visby étaient souvent bien plus élevées dans la pratique qu’il n’y paraissait à première vue et que, compte tenu du volume du trafic de conteneurs et de la limite “par colis” fixée par ces règles, elles étaient souvent bien supérieures à celles des régimes applicables aux transports unimodaux, qui se fondaient uniquement sur le poids. Il a aussi été rappelé au Groupe de travail qu’il avait conclu que le projet d’instrument mettait à juste titre l’accent sur le segment maritime et on a dit qu’il était conforme à cette approche que la limite de responsabilité pour les dommages non localisés soit celle applicable au segment maritime du transport.

48. S’agissant de la charge de la preuve dans le cas de dommages non localisés, on a dit que si la limite de responsabilité était faible, le transporteur n’essaierait peut-être même pas de prouver où le dommage s’était produit afin qu’une limite de responsabilité inférieure s’applique en cas de demande de réparation. On a répondu que les transporteurs seraient au contraire très désireux d’établir le lieu où le dommage s’était produit pour pouvoir se retourner contre le sous-traitant responsable de ce dommage.

49. À l’appui de la suppression de l’article 18-2, on a fait observer au Groupe de travail qu’on risquait de créer une distinction artificielle entre les dommages localisés et non localisés, car la cargaison en question était censée être une cargaison maritime, indépendamment de l’étape du transport considérée, que les risques, la valeur de la cargaison et les parties intéressées seraient donc les mêmes et que, quelle que soit la partie qui assurait les marchandises pour tel ou tel montant, cela reviendrait également au même. On a fait observer que l’objet des limites de responsabilité était étroitement lié au système de responsabilité lui-même et que ces limites participaient à l’équilibre global du régime de responsabilité. On a avancé l’idée qu’il ne serait peut-être pas opportun de bouleverser ce régime uniquement parce que les dommages risquaient de se produire en dehors du segment maritime.

Cependant, on a souligné l'importance du projet d'article 18-2 en faisant valoir que les dommages subis par les marchandises étaient en général non localisés et que l'exception que semblait énoncer l'article 18-2 risquait de devenir la règle, en particulier parce que les dommages étaient souvent découverts seulement lorsque le destinataire ouvrait le conteneur, même si on pouvait dans certains ports photographier les conteneurs pour constater des dommages extérieurs.

50. Le Groupe de travail a noté qu'il y avait à peu près autant de partisans d'une suppression pure et simple du projet d'article 18-2 que de partisans de son maintien. Les premiers ont campé fermement sur leur position. En revanche, certains des seconds ont nuancé leur point de vue. Après avoir pris note des avis exprimés au cours du débat sur le projet d'article 18-2, le Groupe de travail a jugé bon de conserver le projet d'article entre crochets jusqu'à ce qu'il ait pris une décision en ce qui concerne la limite de responsabilité visée au projet d'article 18-1.

3. Champ d'application: définition du contrat de transport et traitement de l'étape maritime (projets d'articles 1 a) et 2)

51. Le texte du projet d'article 1 a) examiné par le Groupe de travail était le suivant (voir A/CN.9/WG.III/WP.32):

> "a) Le terme 'contrat de transport' désigne un contrat par lequel un transporteur s'engage, contre paiement d'un fret, à transporter des marchandises entièrement ou partiellement par mer d'un lieu à un autre."

52. Le texte du projet d'article 2 examiné par le Groupe de travail était le suivant (voir A/CN.9/WG.III/WP.32):

> "1. *Variante A du paragraphe 1*
>
> Sous réserve du paragraphe 3, le présent instrument s'applique à tous les contrats de transport dans lesquels le lieu de réception et le lieu de livraison se situent dans des États différents lorsque:
>
> a) Le lieu de réception spécifié soit dans le contrat de transport, soit dans les données du contrat est situé dans un État contractant; ou
>
> b) Le lieu de livraison spécifié soit dans le contrat de transport, soit dans les données du contrat est situé dans un État contractant; ou
>
> c) [Le lieu de livraison effectif est l'un des lieux de livraison optionnels spécifiés soit dans le contrat de transport, soit dans les données du contrat, et est situé dans un État contractant; ou]
>
> d) [Le contrat de transport est conclu dans un État contractant ou les données du contrat indiquent que le document de transport ou l'enregistrement électronique est émis dans un État contractant; ou]
>
> e) Le contrat de transport prévoit que le présent instrument, ou la loi de tout État lui donnant effet, doit régir le contrat.
>
> *Variante B du paragraphe 1*
>
> Sous réserve du paragraphe 3, le présent instrument s'applique à tous les contrats de transport de marchandises par mer dans lesquels le lieu de réception et le lieu de livraison se situent dans des États différents lorsque:

a) Le lieu de réception [ou port de chargement] spécifié soit dans le contrat de transport, soit dans les données du contrat est situé dans un État contractant; ou

b) Le lieu de livraison [ou port de déchargement] spécifié soit dans le contrat de transport, soit dans les données du contrat est situé dans un État contractant; ou

c) [Le lieu de livraison effectif est l'un des lieux de livraison optionnels spécifiés soit dans le contrat de transport, soit dans les données du contrat, et est situé dans un État contractant; ou]

d) [Le contrat de transport est conclu dans un État contractant ou les données du contrat indiquent que le document de transport ou l'enregistrement électronique est émis dans un État contractant; ou]

e) Le contrat de transport prévoit que le présent instrument, ou la loi de tout État lui donnant effet, doit régir le contrat.

1 *bis*. Le présent instrument s'applique également au transport par voie de navigation intérieure précédant et suivant le voyage par mer ainsi qu'au transport par route ou par rail depuis le lieu de réception jusqu'au port de chargement et depuis le port de déchargement jusqu'au lieu de livraison, à condition qu'au cours du voyage par mer, les marchandises aient été déchargées du moyen de transport assurant la partie terrestre du transport.

Variante C du paragraphe 1

Sous réserve du paragraphe 3, le présent instrument s'applique à tous les contrats de transport dans lesquels le port de chargement et le port de déchargement se situent dans des États différents lorsque:

a) Le port de chargement spécifié soit dans le contrat de transport, soit dans les données du contrat est situé dans un État contractant; ou

b) Le port de déchargement spécifié soit dans le contrat de transport, soit dans les données du contrat est situé dans un État contractant; ou

c) [Le lieu de livraison effectif est l'un des lieux de livraison optionnels spécifiés soit dans le contrat de transport, soit dans les données du contrat, et est situé dans un État contractant; ou]

d) [Le contrat de transport est conclu dans un État contractant ou les données du contrat indiquent que le document de transport ou l'enregistrement électronique est émis dans un État contractant; ou]

e) Le contrat de transport prévoit que le présent instrument, ou la loi de tout État lui donnant effet, doit régir le contrat.

2. Le présent instrument s'applique quelle que soit la nationalité du navire, du transporteur, des parties exécutantes, du chargeur, du destinataire ou de toute autre partie intéressée.

3. Le présent instrument ne s'applique pas aux chartes-parties, [contrats d'affrètement, contrats au volume ou conventions similaires].

4. Nonobstant le paragraphe 3, si un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable est émis en vertu d'une charte-partie, [d'un contrat d'affrètement, d'un contrat au volume ou d'une convention similaire], les dispositions du présent instrument s'appliquent au contrat attesté par ou contenu dans ce document ou cet enregistrement électronique à compter du moment et dans la mesure où le document ou l'enregistrement électronique régit les relations entre le transporteur et un porteur autre que l'affréteur.

5. Lorsqu'un contrat prévoit le transport de marchandises par expéditions successives, le présent instrument s'applique à chaque expédition dans la mesure où les paragraphes 1, 2, 3 et 4 le spécifient."

a) Débat général concernant les trois variantes du projet d'article 2-1

53. Il a été rappelé que la variante A était fondée sur le texte initial du projet d'instrument qui, s'agissant de déterminer le champ d'application de ce dernier, ne faisait pas de distinction entre les divers modes de transport pouvant être utilisés pour transporter les marchandises. La variante B visait à souligner que le champ d'application du projet d'instrument devrait être défini par rapport au transport maritime, lequel pouvait comporter d'éventuels prolongements terrestres, à condition que, pendant le voyage maritime, les marchandises aient été déchargées du moyen de transport avec lequel l'étape terrestre du transport avait été effectuée. La variante B avait pour effet d'exclure l'application du projet d'instrument par exemple lorsque des marchandises étaient transportées par route et que la remorque dans laquelle elles se trouvaient avait été chargée sur un navire pendant une étape maritime du transport. La variante C avait pour objet de souligner la nature maritime du projet d'instrument en précisant qu'il ne devait s'appliquer qu'aux transports dont le segment maritime impliquait un transport transfrontière (voir A/CN.9/WG.III/WP.32, notes 27, 31 et 35).

54. Un appui limité a été exprimé en faveur de la variante B. Il a été indiqué qu'une distinction fondée sur le point de savoir si les marchandises avaient ou non été déchargées du moyen de transport initial semblait quelque peu dépassée. Par exemple, dans le contexte du transport conteneurisé, les marchandises étaient souvent déchargées ou rechargées sans que de telles opérations ne requièrent ni ne justifient une modification du régime juridique applicable aux marchandises. On a fait observer que la variante B avait principalement pour objet de soulever la question des conflits éventuels entre les conventions internationales applicables aux différents modes de transport. Le Groupe de travail a décidé de traiter cette question non pas dans le contexte de la disposition définissant le champ d'application du projet d'instrument mais dans les dispositions du chapitre 18, en particulier les projets d'articles 83 et 84, qui concernaient directement la relation entre le projet d'instrument et d'autres conventions. Dans le cadre de cette discussion, on s'est demandé si les projets d'articles 83 et 84 traitaient de façon adéquate les risques de conflits de conventions. Il a aussi été souligné que la relation entre le projet d'instrument et d'autres conventions relatives au transport dépendrait dans une large mesure des limites de responsabilité qui seraient fixées dans le projet d'article 18. Il a été décidé de suspendre la discussion jusqu'à ce que l'on soit parvenu à une position commune au sein du Groupe de travail en ce qui concerne le champ d'application du projet d'instrument.

55. Un appui considérable a été exprimé en faveur de la variante A. Parmi les raisons avancées pour éviter de mettre l'accent sur quelque mode de transport que ce soit dans la définition du champ d'application du projet d'instrument, il a été dit que ce champ d'application devait être aussi vaste que possible et ne pas dépendre de termes techniques tels que "port", pour lesquels il pourrait être difficile de convenir d'une définition. Dans ce contexte, on a été d'accord d'une manière générale sur le fait que le projet d'instrument devrait s'appliquer au transport de marchandises non seulement à partir des "ports" habituellement situés sur la côte d'un État, mais aussi à partir de terminaux en haute mer et même de plates-formes pétrolières situées dans la zone économique exclusive d'un État, en dehors de ses eaux territoriales.

56. Toutefois, selon l'opinion qui a prévalu, le fait que le projet d'instrument était axé sur le transport maritime devrait apparaître dans la disposition définissant son champ d'application. Il a été souligné que le projet d'instrument pourrait recueillir une adhésion plus large si son champ d'application le différenciait clairement d'une convention concernant uniquement le transport multimodal. Dans la version initiale, on avait essayé d'établir une telle distinction en indiquant simplement que le projet d'instrument devait s'appliquer au transport de porte à porte comprenant un segment maritime. Cependant, la plupart des délégations ont convenu qu'il faudrait apporter une restriction supplémentaire au champ d'application en précisant que le projet d'instrument s'appliquerait au transport de marchandises de porte à porte, tant unimodal que multimodal, à condition que ce transport comporte un segment maritime et que ce segment maritime implique un transport transfrontière.

b) Projets d'articles 1 a) et 2-1

57. Ayant fixé comme principe général que le projet d'instrument devrait s'appliquer au transport de marchandises de porte à porte, tant unimodal que multimodal, à condition que ce transport comporte un segment maritime et que ce segment maritime implique un transport transfrontière, le Groupe de travail a examiné la question de l'application de ce principe, qui pourrait être envisagée soit dans la disposition relative au champ d'application, soit dans la définition du terme "contrat de transport" (voire dans les deux dispositions).

58. En ce qui concerne les alinéas a) à e) du paragraphe 1 du projet d'article 2, on s'est déclaré favorable d'une manière générale à la suppression de l'alinéa d). Comme cela avait été dit à la neuvième session du Groupe de travail, il a été largement estimé que, dans le contexte des transports modernes, le lieu de la conclusion du contrat de transport était le plus souvent sans importance pour l'exécution de celui-ci et que, s'agissant du commerce électronique, ce lieu pourrait même être difficile, voire impossible à déterminer (voir A/CN.9/510, par. 34).

59. Aucune décision définitive n'a été prise en ce qui concerne le texte de l'alinéa c) actuellement entre crochets. Il a été décidé de le conserver entre crochets en vue de la poursuite des discussions à une session ultérieure.

60. Afin d'améliorer le texte de l'alinéa e) de manière à étendre le bénéfice de la "clause paramount", il a été suggéré de remplacer, au début de ce projet de disposition, les mots "le contrat de transport" par les mots "le contrat de transport ou tout contrat apparenté", ou "le contrat de transport ou tout contrat ayant trait à

l'exécution du contrat de transport". Le Groupe de travail a pris note de cette suggestion.

61. Le Groupe de travail a demandé à un petit groupe de rédaction composé de plusieurs délégations d'établir, sur la base d'une combinaison des variantes A et C, un libellé destiné à donner effet au principe relatif au champ d'application du projet d'instrument. Ce petit groupe de rédaction a soumis une première proposition qui était libellée comme suit:

"Article 1 a)

Le terme 'contrat de transport' désigne un contrat par lequel un transporteur s'engage, contre paiement d'un fret, à transporter des marchandises par mer d'un lieu situé dans un État à un lieu situé dans un autre État et peut comprendre un transport par d'autres [modes] [moyens] de transport avant ou après le transport par mer.

Article 2

Sous réserve du paragraphe 3, le présent instrument s'applique à tous les contrats de transport lorsque:

a) Le lieu de réception [ou port de chargement] spécifié soit dans le contrat de transport, soit dans les données du contrat est situé dans un État contractant; ou

b) Le lieu de livraison [ou port de déchargement] spécifié soit dans le contrat de transport, soit dans les données du contrat est situé dans un État contractant; ou

c) [Le lieu de livraison effectif est l'un des lieux de livraison optionnels spécifiés soit dans le contrat de transport, soit dans les données du contrat, et est situé dans un État contractant; ou]

d) Le contrat de transport prévoit que le présent instrument, ou la loi de tout État lui donnant effet, doit régir le contrat]."

62. Bien que la proposition du petit groupe de rédaction ait été considérée d'une manière générale comme une amélioration et un progrès vers un consensus sur le champ d'application du projet d'instrument, on s'est déclaré préoccupé par un certain nombre de points. On a notamment exprimé la crainte que le texte proposé n'exclue à tort du champ d'application du projet d'instrument les contrats qui n'indiquaient pas de façon explicite ou implicite que le transport serait effectué par mer mais laissaient la possibilité d'effectuer une partie du transport par mer ou ne précisaient pas quelle partie du transport serait effectuée par mer. Par exemple, un transport de Vancouver à Portland n'entrerait pas dans le champ d'application du projet d'instrument, sauf s'il était spécifié dans le contrat que les marchandises seraient d'abord transportées de Vancouver à Seattle par mer. En outre, avec le libellé proposé, un transport de Vancouver à Hawaii via Seattle n'entrerait pas non plus dans le champ d'application du projet d'instrument, sauf s'il était spécifié dans le contrat que les marchandises seraient d'abord acheminées de Vancouver à Seattle par mer. Le transport maritime de Seattle à Hawaii ne satisferait pas à lui seul à la condition selon laquelle le segment maritime devait impliquer un transport transfrontière. D'une manière plus générale, on a fait observer que, comme le projet d'instrument devait non seulement s'appliquer à certains aspects du transport

multimodal mais aussi remplacer l'actuel régime unimodal régissant le transport international de marchandises par mer, il ne devrait pas y avoir d'ambiguïté en ce qui concerne l'applicabilité du projet d'instrument au transport maritime.

63. Un certain nombre de suggestions concernant la rédaction ont été faites pour répondre à ces préoccupations. Il a été proposé par exemple d'ajouter les mots "de façon explicite ou implicite" après le mot "s'engage" dans le projet de définition du terme "contrat de transport". Cette suggestion visait à donner une définition purement juridique du contrat de transport qui dispenserait d'enquêter sur l'itinéraire effectif des marchandises pour déterminer l'applicabilité du projet d'instrument. Toutefois, on a estimé d'une manière générale que cela ne suffirait pas à répondre aux préoccupations exprimées en ce qui concerne le champ d'application du projet d'instrument. On a également estimé qu'un tel libellé pourrait accroître le risque de conflits entre les conventions de transport unimodal.

64. Selon une autre suggestion, il faudrait compléter le projet de définition du contrat de transport afin d'indiquer que, lorsque ce contrat ne mentionnait pas explicitement ou implicitement un mode de transport et l'étape pour laquelle un mode donné serait utilisé, le projet d'instrument s'appliquerait à ce contrat s'il pouvait être montré que les marchandises avaient effectivement été transportées par mer.

65. Selon une autre suggestion encore, l'emploi des mots "par mer" dans la définition du "contrat de transport" devrait peut-être être réexaminé.

66. On a également exprimé la crainte que le projet de définition du terme "contrat de transport" ne soit trop large dans la mesure où il pouvait englober certains types de contrats (par exemple des contrats portant sur des "créneaux" à bord de navires en vertu de chartes-parties) auxquels le projet d'instrument ne devrait pas s'appliquer. Par conséquent, il a été proposé qu'afin d'être considéré comme "contrat de transport" aux fins du projet d'instrument, un contrat devait être attesté par un "document de transport ou un enregistrement électronique". Cette suggestion n'a pas été retenue par le Groupe de travail. On a estimé d'une manière générale que certains contrats qui n'étaient pas attestés par un document de transport (par exemple dans le contexte du transport maritime à courte distance) devraient peut-être être couverts par le projet d'instrument et que la question de l'exclusion des chartes-parties de son champ d'application devrait être traitée à part.

67. Après délibération, le Groupe de travail a décidé de poursuivre ses travaux sur la base de la proposition du petit groupe de rédaction. Bien que la possibilité de conserver la variante A ait bénéficié d'un certain appui, l'opinion qui a prévalu a été que les trois variantes devraient être supprimées dans la future version révisée du projet d'instrument. Le petit groupe de rédaction a été invité à établir une proposition révisée tenant compte des vues et préoccupations exprimées au sujet de sa première proposition.

68. La deuxième proposition élaborée par le groupe de rédaction était la suivante:

> "Article premier. Définitions
>
> Aux fins du présent instrument:
>
> a)[i)] Le terme 'contrat de transport' désigne un contrat par lequel un transporteur s'engage, contre paiement d'un fret, à transporter des

marchandises par mer d'un lieu [port] situé dans un État à un lieu [port] situé dans un autre État. Ce contrat peut également prévoir que ce transporteur s'engage à transporter les marchandises par d'autres modes avant ou après le transport par mer.

[ii) Un contrat qui prévoit une possibilité de transporter les marchandises par mer est considéré comme un contrat de transport au sens du sous-alinéa i), à condition que les marchandises soient effectivement transportées par mer.]"

"Article 2. Champ d'application

Sous réserve du paragraphe 3, le présent instrument s'applique à tous les contrats de transport lorsque:

a) Le lieu de réception [ou port de chargement] spécifié soit dans le contrat de transport, soit dans les données du contrat est situé dans un État contractant; ou

b) Le lieu de livraison [ou port de déchargement] spécifié soit dans le contrat de transport, soit dans les données du contrat est situé dans un État contractant; ou

c) [Le lieu de livraison effectif est l'un des lieux de livraison optionnels spécifiés soit dans le contrat de transport, soit dans les données du contrat, et est situé dans un État contractant; ou]

d) Le contrat de transport prévoit que le présent instrument, ou la loi de tout État lui donnant effet, doit régir le contrat."

69. La discussion a porté essentiellement sur la définition du terme "contrat de transport". En ce qui concerne l'emploi du mot "lieu" ou du mot "port" au sous-alinéa i), une préférence a été exprimée pour le second en raison de sa connotation maritime. Toutefois, entrevoyant des difficultés pour définir le mot "port", la plupart des participants ont estimé que le mot "lieu", plus neutre, pourrait être employé, du fait que le projet de disposition dans son ensemble visait avant tout le transport maritime. D'un point de vue rédactionnel, il a été proposé de modifier la deuxième phrase du sous-alinéa i) comme suit: "En outre, ce contrat peut également prévoir que ce transporteur s'engage à transporter les marchandises par d'autres modes avant ou après ce transport international par mer".

70. Une préoccupation concernant davantage le fond a été exprimée à propos du libellé de la définition du "contrat de transport" et de celui de la disposition établissant le champ d'application du projet d'instrument. Il a été déclaré que la définition du contrat de transport devrait se limiter à décrire les obligations fondamentales découlant d'un tel contrat (contrat par lequel un transporteur s'engage, contre paiement d'un fret, à transporter des marchandises d'un lieu situé dans un État à un lieu situé dans un autre État) et à indiquer que ce transport devrait comprendre un segment maritime. Il a également été dit que le critère d'internationalité servant de base à l'application du projet d'instrument devrait être mentionné, non pas dans la définition du "contrat de transport", mais uniquement dans la disposition traitant du champ d'application du projet d'instrument. On a donc suggéré que le principe selon lequel le transport maritime devrait être effectué entre deux États différents soit exprimé dans le projet d'article 2, avec les autres

critères d'internationalité prévus dans le projet d'instrument. Le Groupe de travail a pris note de cette préoccupation.

71. S'agissant du sous-alinéa ii), des avis divergents ont été exprimés. Selon un premier point de vue, ce projet de disposition était nécessaire et on devait encore l'améliorer, éventuellement en indiquant que la possibilité de transporter les marchandises par mer pouvait être prévue soit expressément soit implicitement dans le contrat. Il a également été proposé de remplacer les mots "est considéré" par "peut être considéré".

72. Selon une autre opinion, le sous-alinéa ii) devait être supprimé, car il pouvait être source de conflit avec d'autres conventions. Par exemple, si le contrat stipulait que le transport devait s'effectuer "par air" et si les marchandises étaient effectivement expédiées par mer, le projet d'instrument et la Convention de Varsovie pourraient s'appliquer tous deux. On a souligné qu'il ne fallait pas que le projet d'instrument puisse être utilisé abusivement par un transporteur qui aurait expédié des marchandises par mer en violation de ses obligations contractuelles. En ce qui concerne le cas où le mode de transport n'était pas spécifié dans le contrat, on a dit que celui-ci pourrait être traité par les tribunaux et que les parties commerciales devraient être encouragées à éviter une telle incertitude dans les contrats conclus par elles. Il a également été dit, à l'encontre du maintien du sous-alinéa ii), que celui-ci risquait de créer une confusion entre les contrats de transport et les contrats de transit.

73. Selon un autre avis encore, le sous-alinéa ii) pouvait être examiné plus avant quant au fond dans le cadre des dispositions traitant de la responsabilité assumée en vertu du projet d'instrument. Si, de l'avis général, le libellé de ce sous-alinéa devait sans doute être considérablement remanié, il a aussi été estimé que le projet d'instrument devrait prévoir le cas où aucun mode de transport particulier n'était stipulé dans le contrat. Parmi les diverses possibilités de remaniement du sous-alinéa ii), on a dit que l'article 18-4 de la Convention de Montréal pourrait utilement servir de modèle.

74. Après discussion, le Groupe de travail a décidé de retenir la deuxième proposition du petit groupe de rédaction pour la suite des débats à une session ultérieure, sous réserve de déplacer le sous-alinéa ii) figurant entre crochets dans la définition du terme "contrat de transport" à l'article 1 a) pour l'insérer ailleurs. Le secrétariat a été prié d'élaborer une version révisée, comprenant éventuellement des variantes, qui tienne compte des différentes vues et préoccupations exprimées.

75. À l'issue du débat, un autre libellé a été proposé pour l'article 1 a)*.

---

* "Article 1 a)

Le terme "contrat de transport" désigne un contrat par lequel un transporteur s'engage, contre paiement d'un fret, à transporter des marchandises d'un lieu situé dans un État à un lieu situé dans un autre État lorsque:

i) le contrat prévoit un engagement de transporter les marchandises par mer d'un lieu situé dans un État à un lieu situé dans un autre État; ou

ii) le transporteur peut exécuter le contrat au moins en partie en transportant les marchandises par mer d'un lieu situé dans un État à un lieu situé dans un autre État, et les marchandises sont en fait ainsi transportées.

En outre, un contrat de transport peut également prévoir un engagement de transporter des

c) Projet d'article 2-2

76. Le Groupe de travail a estimé que le paragraphe 2 était généralement acceptable quant au fond.

d) Projet d'article 2-3

77. Le Groupe de travail est généralement convenu que le projet d'instrument soit ne devrait pas régir du tout certains types de contrats soit devrait le faire de manière facultative ou supplétive. Il pourrait s'agir notamment des contrats qui, dans la pratique, faisaient l'objet de longues négociations entre chargeurs et transporteurs, à l'opposé des contrats de transport qui ne nécessitaient pas (ou pour lesquels les pratiques commerciales n'autorisaient pas) le même degré d'adaptation au cas par cas. Ces derniers prenaient généralement la forme de contrats d'adhésion, dans le cadre desquels les parties auraient peut-être besoin de la protection de règles de droit impératives.

78. Des avis divergents ont été exprimés quant à la meilleure technique législative à employer pour exclure les contrats ne devant pas être obligatoirement régis par le projet d'instrument. Selon un point de vue, l'exception traditionnelle concernant les chartes-parties devrait être maintenue dans la disposition traitant du champ d'application du projet d'instrument. Il a été dit que cette exception devrait être complétée par une disposition traitant de types de contrats bien précis pour lesquels les dispositions du projet d'instrument ne devraient pas être impératives. On a toutefois estimé que ces contrats ne devraient pas être mentionnés dans le projet d'article 2 mais au chapitre 19 relatif à la liberté contractuelle. Dans cette même logique, il a été proposé de déplacer les mots "contrats d'affrètement, contrats au volume ou conventions similaires" actuellement entre crochets au chapitre 19, dans lequel serait éventuellement ajoutée une référence aux "accords de services réguliers de transport maritime". Il a été rappelé que le document A/CN.9/WG.III/WP.34 contenait des explications détaillées sur la pratique de ces accords et exposait les raisons pour lesquelles ils devaient être exclus du champ d'application du projet d'instrument. S'agissant de la possibilité d'insérer une définition des accords de services réguliers de transport maritime, le texte ci-après a été proposé:

> "a) Le terme "accord de services réguliers de transport maritime" désigne un contrat écrit (ou sous forme électronique), autre qu'un connaissement ou un autre document de transport émis au moment où le transporteur ou une partie exécutante reçoit les marchandises, entre un ou plusieurs chargeurs et un ou plusieurs transporteurs, dans lequel le ou les transporteurs conviennent de s'acquitter d'un engagement significatif de service en vue du transport par mer (qui peut également comprendre un transport intérieur et des services connexes) d'un volume minimum de cargaison par expéditions successives sur des navires utilisés pour un service de ligne, le ou les chargeurs convenant en échange de payer un tarif négocié et de remettre un volume minimum de cargaison;
>
> b) Aux fins du paragraphe a), le terme "engagement significatif de service" désigne un engagement ou une obligation de service dont un

---

marchandises par d'autres modes avant ou après le transport international par mer."

transporteur n'est pas déjà tenu impérativement de s'acquitter en vertu du présent instrument;

c) Aux fins du paragraphe a), le terme "service de ligne" désigne un service de transport maritime de marchandises faisant l'objet d'une publicité pour lequel sont utilisés des navires transportant des cargaisons diverses dans le cadre d'échanges établis et réguliers entre plusieurs ports spécifiés;

d) Un "accord de services réguliers de transport maritime" n'inclut pas l'affrètement d'un navire ni l'affrètement d'espaces ou de capacité sur un navire de ligne."

79. Selon un autre point de vue, le paragraphe 3 devrait être supprimé et la question traitée dans les dispositions du projet d'instrument relatives à la liberté contractuelle. On a opposé à l'idée d'énumérer tous les contrats devant être exclus du champ d'application le fait qu'il serait peut-être extrêmement difficile de s'entendre sur une telle liste. Par exemple, en ce qui concerne les chartes-parties, qui étaient traditionnellement exclues du champ d'application des conventions internationales régissant le transport de marchandises par mer, on a dit qu'il pourrait s'avérer impossible de parvenir à un accord sur la nature juridique d'une charte-partie et sur la manière dont ce document pourrait être incorporé dans des contrats de transport subséquents. Il a été indiqué que la dilution de la notion de "charte-partie" depuis 1924 (et l'incertitude juridique qui en découlait) n'avait fait que s'accroître avec la modernisation des pratiques commerciales, raison pour laquelle cette notion ne devait plus être utilisée dans les efforts d'harmonisation du droit commercial international. Des notions analogues telles que "contrats d'affrètement, contrats au volume ou conventions similaires" étaient considérées comme encore plus imprécises et plus difficiles à définir que les chartes-parties. De ce fait, on a estimé qu'il ne fallait pas essayer de définir ce type de contrats dans le projet d'instrument. Le Groupe de travail devrait plutôt s'attacher à élaborer une règle générale établissant les conditions dans lesquelles un contrat pourrait être considéré comme "librement négocié", auquel cas les dispositions du projet d'instrument ne devraient s'appliquer qu'en tant que règles supplétives.

80. Le Groupe de travail s'est dit largement favorable à l'idée qu'il fallait poursuivre les efforts en vue de définir plusieurs critères à appliquer pour déterminer quand le projet d'instrument s'appliquait impérativement. Au lieu de définir les types de contrats devant être exclus du champ d'application du projet d'instrument, il serait peut-être plus facile de définir les cas dans lesquels il serait inapproprié que celui-ci s'applique obligatoirement. Les cas ci-après ont été considérés comme devant relever de la liberté contractuelle: lorsqu'un contrat est librement négocié; lorsque le contrat porte sur l'utilisation du navire et non sur le transport de marchandises; lorsqu'un service de transport non régulier est utilisé; et lorsque l'affrètement porte sur la totalité ou une grande partie du navire. Il a été admis que, même si de tels critères pouvaient être définis, il subsisterait inévitablement une part d'incertitude à laquelle les tribunaux devraient remédier.

81. Selon un autre point de vue encore, si le projet d'instrument devait sans doute reconnaître largement la liberté contractuelle, il fallait clairement insister sur sa nature impérative à l'égard des tiers, lorsque ceux-ci détenaient des droits en vertu de ses dispositions.

82. Après discussion, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir une version révisée, contenant éventuellement des variantes, qui tienne compte dans la mesure du possible des vues et suggestions ci-dessus.

e) Projet d'article 2-4

83. Sous réserve de revoir éventuellement l'emplacement du paragraphe 4 après examen du chapitre 19, le Groupe de travail a estimé que le projet de disposition était généralement acceptable quant au fond. Il a été décidé que les mots "[d'un contrat d'affrètement, d'un contrat au volume ou d'une convention similaire]" devraient être conservés entre crochets pour être examinés plus avant. Le Groupe de travail a pris note des propositions d'amélioration éventuelle du texte. L'une de ces propositions était d'ajouter les mots "ou le destinataire" à la fin du paragraphe. Une autre était de supprimer l'adjectif "négociable" afin de viser également le cas où un document ou un enregistrement électronique non négociable avait été émis.

f) Projet d'article 2-5

84. Sous réserve de revoir éventuellement l'emplacement du paragraphe 4 après examen du chapitre 19, le Groupe de travail a estimé que le projet de disposition était généralement acceptable quant au fond.

4. Exonérations de responsabilité, faute nautique et charge de la preuve (projet d'article 14)

a) Paragraphes 1 et 2 du projet d'article 14

85. Le texte des paragraphes 1 et 2 du projet d'article 14 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"Article 14. Fondement de la responsabilité

Variante A des paragraphes 1 et 2

1. Le transporteur est responsable du préjudice résultant de la perte ou du dommage subi par les marchandises ainsi que du retard de livraison, si l'événement qui a causé la perte, le dommage ou le retard s'est produit pendant la durée de sa responsabilité telle que celle-ci est définie au chapitre 3, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute de sa part ou de l'une quelconque des personnes visées à l'article 15-3 n'a causé cette perte, ce dommage ou ce retard ou n'y a contribué.

2. Nonobstant le paragraphe 1, si le transporteur prouve qu'il s'est acquitté des obligations qui lui incombent en vertu du chapitre 4 et que la perte ou le dommage subi par les marchandises ou le retard de livraison a été causé [uniquement] par l'un des événements suivants, [il est présumé, en l'absence de preuve contraire, que ni sa faute, ni celle d'une partie exécutante n'a causé [ni contribué à causer] cette perte, ce dommage ou ce retard] [le transporteur n'est pas responsable de cette perte, ce dommage ou ce retard, sauf lorsque est apportée la preuve de sa faute ou de celle d'une partie exécutante].

a) ["Acte de Dieu"], guerre, hostilités, conflit armé, piraterie, terrorisme, émeutes et troubles civils;

b) Restrictions de quarantaine; intervention ou obstacles créés par des gouvernements, des autorités publiques, des dirigeants ou des personnes [y compris une intervention judiciaire ou faisant suite à une procédure judiciaire];

c) Acte ou omission du chargeur, de la partie contrôlante ou du destinataire;

d) Grèves, lock-out ou arrêts ou entraves apportés au travail;

e) Freinte en volume ou en poids ou toute autre perte ou dommage résultant d'un vice caché, de la nature spéciale ou d'un vice propre des marchandises;

f) Insuffisance ou état défectueux de l'emballage ou de marques;

g) Vices cachés échappant à une diligence raisonnable;

h) Manutention, chargement, arrimage ou déchargement des marchandises par le chargeur, la partie contrôlante ou le destinataire, ou en leur nom;

i) Actes accomplis par le transporteur ou une partie exécutante conformément aux pouvoirs conférés par les articles 12 et 13-2 lorsque les marchandises sont devenues dangereuses pour les personnes, les biens ou l'environnement ou ont été sacrifiées;

Variante B des paragraphes 1 et 2

1. Le transporteur est dégagé de sa responsabilité s'il prouve:

i) qu'il s'est acquitté des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 13-1 [ou que le non-respect de ses obligations n'a pas causé la perte, le dommage ou le retard de livraison] [ou n'y a pas contribué]], et

ii) que ni sa faute ni celle de ses préposés ou mandataires n'a causé cette perte, ce dommage ou ce retard [ou n'y a contribué], ou

que la perte, le dommage ou le retard a été causé par l'un des événements suivants:

a) ["Acte de Dieu"], guerre, hostilités, conflit armé, piraterie, terrorisme, émeutes et troubles civils;

b) Restrictions de quarantaine; intervention ou obstacles créés par des gouvernements, des autorités publiques, des dirigeants ou des personnes [y compris une intervention judiciaire ou faisant suite à une procédure judiciaire];

c) Acte ou omission du chargeur, de la partie contrôlante ou du destinataire;

d) Grèves, lock-out ou arrêts ou entraves apportés au travail;

e) Freinte en volume ou en poids ou toute autre perte ou dommage résultant d'un vice caché, de la nature spéciale ou d'un vice propre des marchandises;

f) Insuffisance ou état défectueux de l'emballage ou de marques;

g) Vices cachés échappant à une diligence raisonnable;

h) Manutention, chargement, arrimage ou déchargement des marchandises par le chargeur, la partie contrôlante ou le destinataire, ou en leur nom;

i) Actes accomplis par le transporteur ou une partie exécutante conformément aux pouvoirs conférés par les articles 12 et 13-2 lorsque les marchandises sont devenues dangereuses pour les personnes, les biens ou l'environnement ou ont été sacrifiées;

Le transporteur est toutefois responsable de la perte, du dommage ou du retard si le chargeur prouve que la faute du transporteur ou celle de ses préposés ou mandataires a causé cette perte, ce dommage ou ce retard [ou y a contribué].

Variante C des paragraphes 1 et 2

1. Le transporteur est responsable du préjudice résultant de la perte ou du dommage subi par les marchandises ainsi que du retard de livraison, si l'événement qui a causé la perte, le dommage ou le retard s'est produit pendant la durée de sa responsabilité telle que celle-ci est définie au chapitre 3.

2. Le transporteur est dégagé de la responsabilité qui lui incombe en vertu du paragraphe 1 s'il prouve qu'aucune faute de sa part ou de l'une quelconque des personnes visées à l'article 15-3 n'a causé cette perte, ce dommage ou ce retard [ou n'y a contribué].

2 *bis*. Il est présumé que ni sa faute ni celle de l'une quelconque des personnes visées à l'article 15-3 n'a causé la perte, le dommage ou le retard si le transporteur prouve que la perte ou le dommage subi par les marchandises ou le retard de livraison a été causé [uniquement] par l'un des événements suivants:

a) ["Acte de Dieu"], guerre, hostilités, conflit armé, piraterie, terrorisme, émeutes et troubles civils;

b) Restrictions de quarantaine; intervention ou obstacles créés par des gouvernements, des autorités publiques, des dirigeants ou des personnes [y compris une intervention judiciaire ou faisant suite à une procédure judiciaire];

c) Acte ou omission du chargeur, de la partie contrôlante ou du destinataire;

d) Grèves, lock-out ou arrêts ou entraves apportés au travail;

e) Freinte en volume ou en poids ou toute autre perte ou dommage résultant d'un vice caché, de la nature spéciale ou d'un vice propre des marchandises;

f) Insuffisance ou état défectueux de l'emballage ou de marques;

g) Vices cachés échappant à une diligence raisonnable;

h) Manutention, chargement, arrimage ou déchargement des marchandises par le chargeur, la partie contrôlante ou le destinataire, ou en leur nom;

i) Actes accomplis par le transporteur ou une partie exécutante conformément aux pouvoirs conférés par les articles 12 et 13-2 lorsque les marchandises sont devenues dangereuses pour les personnes, les biens ou l'environnement ou ont été sacrifiées;

La présomption est réfutée si le demandeur prouve que la perte, le dommage ou le retard a été causé par la faute du transporteur ou de l'une quelconque des personnes visées à l'article 15-3. De plus, la présomption est réfutée si le demandeur prouve que la perte, le dommage ou le retard résulte d'un des cas mentionnés à l'article 13-1 a), b) ou c). Toutefois, dans ce cas, le transporteur est dégagé de sa responsabilité s'il prouve qu'il s'est acquitté de l'obligation prévue à l'article 13."

86. Le Groupe de travail a été informé que des données empiriques étaient recueillies concernant la proposition, aux paragraphes 10 à 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.34, de conserver les limites de responsabilité fixées dans les Règles de La Haye-Visby. On a fait observer que les résultats préliminaires de l'analyse des importations et exportations conteneurisées des États-Unis, jugées représentatives du type de marchandises qui seraient régies par le projet d'instrument, montraient que la valeur moyenne de la plupart des expéditions était inférieure aux limites par colis et par poids énoncées dans les Règles de La Haye-Visby. L'analyse de ces données se poursuivait en vue de présenter des résultats affinés au Groupe de travail à sa treizième session, et d'autres délégations ont été encouragées à réunir des données pertinentes tirées de leurs statistiques commerciales nationales pour l'information du Groupe de travail.

87. À titre de présentation générale de la section III du document A/CN.9/WG.III/WP.34 sur les exonérations de responsabilité, la faute nautique et la charge de la preuve, on a expliqué au Groupe de travail l'approche générale qui avait été adoptée. Le paragraphe 14 de ce document examinait la question de savoir si les exceptions énoncées à l'article 14 du projet d'instrument devaient être considérées comme des exonérations ou des présomptions. On a fait remarquer que ces deux approches ne différaient pas vraiment dans la pratique car dans le régime d'exonération, un transporteur pouvait quand même être déchu du droit d'invoquer une exception si les chargeurs pouvaient prouver qu'il avait commis une faute. On a proposé que les "périls exclus" énumérés à l'article 14 du projet d'instrument continuent d'être traités comme des cas d'exonération afin que leur application soit plus prévisible et plus uniforme, étant donné la jurisprudence importante à laquelle avaient déjà donné lieu les régimes existants de La Haye et La Haye-Visby. S'agissant des "périls exclus" proprement dits, on a en outre proposé de supprimer l'exception de la faute nautique et de reformuler l'exception relative à l'incendie de manière à tenir compte de l'application du projet d'instrument au transport de porte à porte, en limitant sa portée à celle d'une exception maritime (voir document A/CN.9/WG.III/WP.34, par. 13, 16 et 17).

88. Toujours à titre de présentation, on a fait observer au Groupe de travail que, dans la pratique, une action pour dommage subi par la cargaison était un processus en quatre étapes. Dans un premier temps, le titulaire d'un droit sur les marchandises était tenu d'établir la présomption de dommage en montrant que celui-ci était intervenu pendant la durée de la responsabilité du transporteur. À ce stade, il n'était pas tenu de prouver la cause du dommage, et si aucun autre élément n'était reçu, le transporteur serait responsable des pertes inexpliquées survenues pendant la durée

de sa responsabilité. Dans un deuxième temps, le transporteur pouvait réfuter la présomption en apportant la preuve qu'un "péril exclu" visé à l'article IV.2 des Règles de La Haye et de La Haye-Visby était survenu et que celui-ci était à l'origine du dommage. Dans un troisième temps, le titulaire d'un droit sur les marchandises pouvait prouver que le "péril exclu" n'était pas la seule cause du dommage et qu'une partie de celui-ci était imputable au non-respect par le transporteur de son obligation de prendre soin de la cargaison. Une fois que le titulaire du droit avait démontré que le dommage avait de multiples causes, on passait à la quatrième étape, dans laquelle la responsabilité du dommage était répartie entre les différentes causes. On a fait valoir que les trois premières étapes de ce système avaient bien fonctionné depuis qu'elles avaient été instaurées par les Règles de La Haye et qu'il fallait conserver cette approche générale dans le projet d'instrument.

89. Enfin, on a fait observer au Groupe de travail que la suppression de l'exception de la faute nautique risquait d'avoir des conséquences indésirables. En effet, dans la plupart des cas où des marchandises étaient perdues ou endommagées en mer, le demandeur invoquerait généralement un argument plausible, à savoir que le transporteur aurait pu limiter le préjudice matériel en prenant une décision de navigation différente et, partant, qu'une erreur de navigation avait été commise. Dans la législation en vigueur, cet argument ne serait pas recevable car l'erreur de navigation figurait sur la liste des "périls exclus". Or, on a-t-on fait remarquer, si l'erreur de navigation était supprimée de cette liste, comme en avait décidé le Groupe de travail, et si l'on n'ajustait pas la charge de la preuve en conséquence, le transporteur devrait prouver dans quelle mesure cette erreur avait causé le préjudice, ce qui était considéré pour ainsi dire comme une "charge insurmontable". On a émis l'avis que, dans la pratique, le transporteur serait le plus souvent entièrement responsable de la totalité du dommage en cas de faute nautique, ce qui risquait de rendre inutiles les dispositions relatives aux "périls exclus" dans la plupart des cas où le dommage survenait en mer (cette question est examinée plus avant aux paragraphes 127 et 129 ci-dessous, qui traitent de la charge de la preuve).

90. Le Groupe de travail est convenu de procéder à l'examen des variantes A, B et C du projet d'article 14 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, en débattant d'abord de l'approche générale, ensuite des "périls exclus", puis de la charge de la preuve et pour conclure, des causes concomitantes du préjudice matériel. On s'est dit favorable à l'approche générale du projet d'article 14, décrite au paragraphe 88 ci-dessus. On a également dit que le Groupe de travail devrait, lors de sa discussion générale, décider de l'approche qu'il préférait adopter quant à la nature de la responsabilité, à savoir si celle-ci serait de plein droit, présumée ou éventuellement d'un autre ordre. L'avis selon lequel la nature de la responsabilité, dans le projet d'article 14, devait se fonder sur la faute présumée a recueilli un fort soutien. À cet égard, on a aussi fortement appuyé l'approche adoptée au premier paragraphe de la variante A du projet d'article 14. On a en outre émis l'avis qu'il ne fallait pas examiner le projet d'article 14 séparément, mais plutôt étudier la répartition des risques entre les parties dans son ensemble, en examinant aussi dans ce contexte l'obligation de diligence raisonnable du transporteur énoncée au projet d'article 13. Le Groupe de travail a généralement approuvé l'idée que le transporteur devait être responsable des pertes inexpliquées survenues pendant la durée de sa responsabilité, à condition qu'il ait la possibilité de prouver la cause du dommage. De ce fait, on a estimé qu'il était inutile d'employer dans le projet d'article 14 des mots potentiellement connotés, tels que "faute", "présomption" et

“exonération”, car ils risquaient d’être mal interprétés. On a rétorqué que le mot “faute” n’avait pas à être évité, car il faisait partie du régime de responsabilité depuis l’entrée en vigueur des Règles de La Haye, et que son sens était clair et ne pouvait pas prêter à confusion.

91. Lors de l’examen des trois variantes du projet d’article 14, la variante A a recueilli un large appui. On a exprimé l’opinion que cette variante était davantage conforme à l’approche classique concernant la responsabilité du transporteur et indiquait plus clairement que le transporteur resterait responsable des pertes inexpliquées. Un certain nombre de propositions ont été faites en vue d’en améliorer le libellé. Par exemple, il a été proposé de supprimer la dernière partie du paragraphe 1 après les mots “au chapitre 3”. On a aussi estimé que la mention de l’article 15-3 dans les variantes A et C prêtait à confusion et était redondante, et il a été suggéré de la supprimer. Cette suggestion a bénéficié d’un certain appui. Il a en outre été proposé de remplacer le membre de phrase “personnes visées à l’article 15-3” par “parties exécutantes”. Selon une autre proposition plus générale, le projet d’article 14 pourrait, comme dans les conventions unimodales existantes, commencer par une règle de base telle que “le transporteur est responsable de la perte ou du dommage subi par les marchandises pendant qu’il en a la garde” où il ne serait pas expressément question de faute, puis continuer par un paragraphe indiquant les cas dans lesquels le transporteur ne serait pas responsable de la perte ou du dommage.

92. Un certain appui a été exprimé en faveur de la variante B, en particulier parce que les “périls exclus” qui y étaient énumérés y étaient traités comme des causes d’exonération et non comme des présomptions. On a émis l’opinion que l’approche d’ensemble de la variante B s’apparentait davantage à celle des Règles de La Haye et La Haye-Visby dans la mesure où le transporteur n’assumait aucune responsabilité tant que le titulaire d’un droit sur les marchandises n’avait pas prouvé que la perte s’était produite pendant la durée de sa responsabilité et où la liste des “périls exclus” serait ensuite appliquée, après quoi le titulaire du droit aurait la possibilité de réfuter ces exceptions et de prouver que la perte résultait d’une autre cause dont le transporteur était responsable, par exemple l’état d’innavigabilité du navire. Toutefois, on s’est déclaré préoccupé par le fait que la variante B ne mentionnait pas expressément la responsabilité du transporteur et que son paragraphe 1 indiquait que le transporteur était “dégagé de sa responsabilité” sans avoir d’abord défini cette responsabilité. Il a été répondu qu’en raison du dernier paragraphe de la variante B, il était inutile que cette variante comprenne un paragraphe similaire au paragraphe 1 des variantes A et C.

93. Aucun appui n’a été exprimé en faveur de la variante C.

94. D’un point de vue rédactionnel, on s’est dit préoccupé par l’ajout, dans les variantes A, B et C, des mots “ou n’y a contribué”, le texte faisant ainsi référence aux parties qui avaient “causé la perte, le dommage ou le retard ou y avaient contribué”. On a dit que ces mots laissaient penser que si le transporteur était d’une façon ou d’une autre responsable d’une partie quelconque – ne serait-ce que de 5 % – du préjudice, il serait responsable de l’ensemble du préjudice. Il a été suggéré de supprimer ces mots ou de préciser que le transporteur n’était responsable que dans la proportion où il avait contribué à la perte ou au dommage.

95. D'une manière générale, le Groupe de travail a exprimé sa préférence pour l'approche suivie dans la variante A du projet d'article 14.

96. Un groupe de rédaction informel composé de plusieurs délégations a établi une version révisée du projet d'article 14 en se fondant sur les délibérations du Groupe de travail concernant les variantes A, B et C. Le texte de la première version révisée du projet d'article 14 proposé au Groupe de travail pour examen était le suivant:

"Proposition de révision du projet d'article 14

1. Sous réserve du paragraphe 2, le transporteur est responsable du préjudice matériel résultant de la perte ou du dommage subi par les marchandises, ainsi que du retard de livraison, si le [chargeur] prouve que

a) La perte, le dommage ou le retard; ou

b) L'événement qui a causé la perte, le dommage ou le retard

s'est produit pendant la durée de la responsabilité du transporteur telle que celle-ci est définie au chapitre 3.

2. Sous réserve du paragraphe 3, le transporteur est dégagé de sa responsabilité en vertu du paragraphe 1 s'il prouve:

[i) qu'il s'est acquitté des obligations qui lui incombent en vertu du projet d'article 13-1 ou que le non-respect de ses obligations n'a pas causé la perte, le dommage ou le retard, et]

ii) que ni sa faute ni celle de ses préposés ou mandataires [ni la faute d'une partie exécutante] n'a causé la perte, le dommage ou le retard [ou n'y a contribué]; ou

que la perte, le dommage ou le retard a été causé par l'un des évènements suivants:

a) [Exception relative à l'incendie]; ou

b) ...; ou

... [*Insérer ici tous les autres points restants devant figurer sur la liste.*]

3. Si le [chargeur] prouve que la faute du transporteur ou celle de ses préposés ou mandataires, [ou d'une partie exécutante] a aussi contribué à la perte, au dommage ou au retard, la responsabilité est répartie conformément au paragraphe 4. [Si le [chargeur] prouve que la perte, le dommage ou le retard a été causé par un manquement du transporteur à son obligation

a) De mettre [et maintenir] le navire en état de navigabilité;

b) De convenablement armer, équiper et approvisionner le navire; ou

c) De mettre [et maintenir] les cales et toutes autres parties du navire où les marchandises sont chargées (y compris les conteneurs éventuellement fournis par le transporteur dans ou sur lesquels les marchandises sont chargées) en bon état pour leur réception, transport et conservation,

le transporteur est dégagé de sa responsabilité s'il prouve qu'il s'est acquitté de son obligation d'exercer une diligence raisonnable comme l'exige le projet d'article 13-1.]

4. [*Insérer une disposition concernant la répartition de la responsabilité en cas de perte, dommage ou retard dû à des causes multiples; voir le projet d'article 14-3 et la note 79 du document A/CN.9/WG.III/WP.32.*]"

97. À titre d'introduction, il a été indiqué au Groupe de travail que le projet d'article révisé qui était proposé ne visait pas spécialement à opter pour l'approche de l'exonération ni pour celle de la présomption, mais on a fait observer qu'il s'apparentait peut-être davantage à cette dernière. Il a également été dit que le paragraphe 1 révisé reprenait pour l'essentiel le libellé du paragraphe 1 des variantes A et C. Une modification mineure était que le mot "chargeur" avait été placé entre crochets dans les paragraphes 1 et 3 de la version révisée afin de signaler qu'il fallait utiliser le même terme que dans l'article 63 du projet d'instrument concernant la partie qui avait le droit d'intenter une action en vertu du contrat de transport. Par rapport aux variantes A, B ou C du projet d'instrument, le texte révisé indiquait clairement quelle partie devait établir la présomption que la perte ou le dommage s'était produit pendant la durée de la responsabilité du transporteur. Il a été dit en outre que le texte révisé visait à exprimer le consensus auquel était parvenu le Groupe de travail sur le fait que le transporteur devait être tenu responsable des pertes inexpliquées, l'alinéa a) visant les cas où la cause de la perte était inconnue et l'alinéa b) les cas où cette cause était connue.

98. Toujours à titre liminaire, il a été indiqué au Groupe de travail que le paragraphe 2 de l'article 14 tel que remanié avait pour but de permettre au transporteur de prouver pourquoi il ne devait pas être responsable et que l'alinéa ii), dont le début correspondait à l'article IV.2.q des Règles de La Haye et de La Haye-Visby, contenait la liste des "périls exclus". Comme on ne savait pas à quel endroit du texte insérer l'obligation concernant l'état de navigabilité, deux solutions étaient proposées: l'une à l'alinéa i) du paragraphe 2 et l'autre, entre crochets, au paragraphe 3 de l'article 14 tel que remanié. Le paragraphe 2 avait pour objet de présenter l'obligation de navigabilité comme une obligation absolue, tandis que le paragraphe 3 visait à ce qu'elle soit traitée comme un autre élément devant être prouvé par le titulaire d'un droit sur les marchandises, sous réserve que le transporteur puisse faire la preuve de sa diligence raisonnable. Le paragraphe 3 était censé viser le cas où le titulaire du droit pouvait montrer que le transporteur avait contribué au préjudice en prouvant une cause supplémentaire. Il a été souligné que, si une telle preuve était rapportée, on appliquerait alors le paragraphe 4 de l'article 14 remanié, qui traiterait de la répartition de la responsabilité du préjudice en s'inspirant soit du paragraphe 3 de l'article 14 du projet d'instrument soit du libellé proposé dans la note 79 du document A/CN.9/WG.III/WP.32.

99. Le Groupe de travail a accueilli favorablement le texte remanié de l'article 14, le considérant comme une proposition constructive pouvant constituer une voie à suivre. De l'avis général, ce texte devrait être mûri et examiné au cours des mois suivants, avant la treizième session du Groupe de travail. On a estimé qu'il faudrait l'étudier de près afin de ne pas imposer de nouvelles contraintes au titulaire d'un droit sur les marchandises. Il a par ailleurs été fait observer que le moyen traditionnel permettant à ce dernier de prouver que les marchandises avaient été endommagées était de présenter un connaissement net. Or, a-t-on expliqué, le paragraphe 1 de l'article 14 remanié avait pour but de donner un choix au titulaire du droit, en ce que l'alinéa a) visait la méthode traditionnelle consistant à présenter un connaissement net, tandis que l'alinéa b) lui permettait de prouver l'événement

lorsque le dommage ne se manifestait qu'ultérieurement. Bien que l'alinéa b) risque d'être redondant, ces deux possibilités avaient été prévues afin de clarifier davantage la disposition.

100. Des éclaircissements ont été demandés à propos du texte remanié. On a craint que l'alinéa b) du paragraphe 1 n'ait pas une portée suffisamment large pour inclure les dommages qui surviendraient sur une période continue, tels que les dommages causés par l'eau de mer. Il a été proposé de remplacer les mots "l'événement qui a causé la perte, le dommage ou le retard" par "la perte, le dommage ou le retard s'est produit" à l'alinéa b) afin de prendre en considération les dommages continus subis par les marchandises et de faire en sorte que le demandeur puisse s'acquitter plus facilement de la charge de la preuve, car celui-ci n'aurait pas à prouver la cause effective de la perte ou du dommage mais seulement que cette perte ou ce dommage était survenu pendant la durée de la responsabilité du transporteur. Cet avis a recueilli un certain appui. Toutefois, un soutien a également été exprimé en faveur de l'opinion selon laquelle le libellé actuel du paragraphe 3 de l'article 14 tel que remanié couvrait de manière appropriée et suffisante le cas des dommages continus. Il a aussi été dit que le paragraphe 1 n'indiquait pas clairement si la présomption de faute de la part du transporteur constituait le fondement de la responsabilité. En réponse, il a été expliqué que les principes énoncés dans la variante A du projet d'article 14 étaient reflétés, non pas dans un seul, mais dans tous les paragraphes de la disposition modifiée.

101. Pour tirer le meilleur parti des consultations devant se tenir avant la treizième session, le groupe de rédaction informel a préparé un deuxième projet révisé de l'article 14, tenant compte de la discussion du Groupe de travail sur les variantes A, B et C de cet article et s'inspirant également du premier projet révisé. Le texte de ce deuxième projet révisé, soumis à l'examen du Groupe de travail, était le suivant:

"Proposition de révision de l'article 14

1. Le transporteur est responsable du préjudice matériel résultant de la perte ou du dommage subi par les marchandises, ainsi que du retard de livraison, si le [chargeur] prouve que

a) La perte, le dommage ou le retard; ou

b) L'événement qui a causé la perte, le dommage ou le retard [ou y a contribué]

s'est produit pendant la durée de la responsabilité du transporteur telle que celle-ci est définie au chapitre 3, sauf si [et dans la mesure où] le transporteur prouve qu'aucune faute de sa part ni de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article [15-3] n'a causé cette perte, ce dommage ou ce retard [ou n'y a contribué].

2. [Le transporteur n'est pas responsable en vertu du paragraphe 1 si [et dans la mesure où] il prouve que la perte, le dommage ou le retard a été causé par] [Il est présumé que ni la faute du transporteur ni celle de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article [15-3] n'a causé la perte, le dommage ou le retard si [et dans la mesure où] le transporteur prouve que cette perte, ce dommage ou ce retard a été causé par] l'un des événements suivants:

a) [Incendie]; ou

b) ...; ou

... [*Insérer ici tous les autres éléments restants devant figurer sur la liste.*]

sauf si [et dans la mesure où] le [chargeur] prouve que

i) la faute du transporteur ou d'une personne mentionnée à l'article [15-3] a causé l'événement invoqué par le transporteur en vertu du présent paragraphe [ou y a contribué]; ou

ii) tout événement autre que ceux énumérés dans le présent paragraphe a contribué à cette perte, ce dommage ou ce retard.

3. Dans la mesure où le [chargeur] prouve [le fait que] [que la perte, le dommage ou le retard a été causé par le fait que]

i) le navire n'était pas en état de navigabilité;

ii) le navire n'était pas convenablement armé, équipé et approvisionné;

ou

iii) les cales ou d'autres parties du navire où les marchandises sont chargées (y compris les conteneurs éventuellement fournis par le transporteur dans ou sur lesquels les marchandises sont chargées) n'étaient pas en bon état pour leur réception, transport et conservation,

le transporteur est responsable en vertu du paragraphe 1 à moins qu'il ne prouve

a) Qu'il s'est acquitté de son obligation d'exercer une diligence raisonnable comme l'exige l'article 13-1. [; ou

b) Que la perte, le dommage ou le retard n'a été causé par aucun des faits mentionnés aux alinéas i), ii) et iii) ci-dessus.]

[4. En cas de causes concomitantes ayant chacune causé une partie de la perte, du dommage ou du retard, le tribunal détermine le montant de la responsabilité du transporteur proportionnellement à la mesure dans laquelle la cause attribuable à sa faute a contribué à cette perte, ce dommage ou ce retard.] [Le tribunal ne peut répartir la responsabilité à parts égales que s'il n'est pas en mesure de déterminer la répartition effective ou s'il détermine que la responsabilité se répartit effectivement à parts égales.]"

102. À propos de la deuxième version révisée de l'article 14, il a été indiqué au Groupe de travail que le paragraphe 1 visait à énoncer les règles de base concernant la répartition de la charge de la preuve entre le demandeur et le transporteur. Il a été expliqué que, comme dans le précédent projet révisé de l'article 14, le demandeur était tenu de prouver qu'il avait subi un préjudice et que celui-ci était survenu pendant la durée de la responsabilité du transporteur, le principe sous-jacent étant que le transporteur devrait être tenu responsable des pertes inexpliquées. On a fait observer que le paragraphe 2 de la deuxième version révisée contenait dans sa partie liminaire deux variantes entre crochets, qui reflétaient la divergence de vues persistante à propos de savoir si les "périls exclus" devaient être traités comme des cas d'exonération de responsabilité ou comme une présomption de non-responsabilité. La première variante était censée refléter l'approche fondée sur l'exonération et la seconde l'approche fondée sur la présomption. Il a par ailleurs

été expliqué que la partie liminaire du paragraphe 3 contenait des variantes entre crochets qui reflétaient une divergence de vues à propos de savoir si le demandeur était tenu simplement de prouver la survenue des événements mentionnés aux alinéas i), ii) et iii), ou s'il était nécessaire de prouver que ces événements avaient causé la perte, le dommage ou le retard. Il a été signalé que l'alinéa b) du paragraphe 3 avait été placé entre crochets pour montrer que ce texte n'était nécessaire que si la première variante de la partie liminaire du paragraphe 3 était retenue par le Groupe de travail. Il a été également indiqué que le groupe de rédaction informel n'avait pas eu suffisamment de temps pour élaborer un libellé approprié pour le paragraphe 4 et que le texte proposé constituait seulement une tentative d'illustrer les différentes vues exprimées au sein du Groupe de travail.

103. Le Groupe de travail est généralement convenu que, tout comme pour le premier projet révisé de l'article 14, aucune décision définitive ne pouvait être prise au sujet du deuxième projet révisé avant un examen et des consultations plus poussés. Toutefois, selon un avis largement partagé, ce deuxième projet représentait une amélioration par rapport aux précédents textes et il serait bon que le Groupe de travail l'utilise pour ses délibérations futures sur l'article 14. On a fait remarquer à propos de la rédaction de ce projet remanié que les formules "shall be liable" et "is liable" étaient toutes deux employées dans la version anglaise et qu'il fallait assurer la cohérence sur ce point.

104. Durant l'examen du paragraphe 1 du deuxième projet révisé de l'article 14, on a émis l'avis que celui-ci suivait en grande partie l'approche adoptée dans la variante A de l'article 14, que la plupart des délégations souhaitaient retenir. Un large soutien a été exprimé en faveur de l'approche globale adoptée et des principes énoncés dans ce paragraphe. On a craint toutefois que la disposition ne soit pas suffisamment claire en ce qui concerne la possibilité pour le transporteur de montrer qu'il n'était que partiellement fautif. L'opinion selon laquelle ce point devait être éclairci a été appuyée. En réponse à une proposition, il a été estimé que l'ajout, au paragraphe 1, des mots "dans la mesure où", qui figuraient également au paragraphe 2, ne serait pas suffisant pour apaiser cette crainte. En réponse à la question de savoir comment le demandeur s'acquitterait de la charge de la preuve lui incombant au paragraphe 1, il a été rappelé que celui-ci était le mieux placé pour prouver le dommage ainsi que sa survenue pendant la durée de la responsabilité du transporteur, car il avait seulement besoin de prouver que les marchandises avaient été remises au transporteur en bon état et que le destinataire les avait reçues en mauvais état.

105. D'autres modifications de forme ont été proposées pour le paragraphe 1. Selon une de ces propositions, le membre de phrase "le transporteur prouve qu'aucune faute de sa part ni de l'une quelconque des personnes", qui exigeait une preuve négative, pouvait être modifié pour exiger une preuve positive. Il a été noté, en réponse, que l'article IV.2.q des Règles de La Haye et de La Haye-Visby employait un libellé presque identique et que cela n'avait rien de nouveau. Une deuxième proposition de modification était de supprimer les mots précédant immédiatement l'alinéa a), à savoir "si le [chargeur] prouve que", mais l'avis selon lequel ces mots devaient être maintenus pour indiquer à qui incombait la charge de la preuve a été appuyé. Une troisième proposition de modification était de remplacer le mot "chargeur", qui figurait encore entre crochets, par "demandeur", qui pourrait alors être défini par référence à l'article 63 du projet d'instrument.

106. Le Groupe de travail a ensuite examiné l'article 14-2 de la deuxième version révisée établie par le groupe de rédaction informel. Comme pour les versions antérieures de ce paragraphe, les discussions au sein du Groupe de travail ont une nouvelle fois porté sur la question de savoir si les "périls exclus" énumérés devraient être considérés comme des cas d'exonération de responsabilité ou comme constituant une présomption de non-responsabilité. Des points de vue similaires à ceux dont il est rendu compte plus haut dans les paragraphes 87, 90, 97 et 102 ont été exprimés (voir aussi par. 119 ci-dessous). Une nouvelle fois, on a déclaré préférer l'approche de la présomption, mais une minorité de délégations ont déclaré qu'elles préféraient l'approche de l'exonération. On a demandé si le fait de remplacer, dans la seconde variante, les mots "Il est présumé" par "Il est considéré" répondrait aux préoccupations de ceux qui s'étaient déclarés opposés à l'approche de la présomption. Toutefois, selon un point de vue largement partagé, aucune approche n'avait spécialement la préférence, d'autant que l'on s'attendait à ce que l'une et l'autre donnent le même résultat juridique.

107. Quelques problèmes ont été soulevés en ce qui concerne la rédaction du paragraphe 2. Selon un point de vue, le texte de l'alinéa ii) était superflu, mais d'autres délégations ont dit que cet alinéa était nécessaire car il visait différents cas, à savoir lorsqu'un chargeur ou un demandeur prouvait non seulement que le transporteur avait commis une faute liée à l'un des "périls exclus" mais aussi qu'un événement supplémentaire imputable au transporteur qui n'apparaissait pas sur la liste avait contribué à la perte ou au dommage. Selon une opinion plus largement partagée, la façon dont la première variante du paragraphe 2 était construite pourrait prêter à confusion en laissant involontairement croire que le transporteur devait prouver qu'il n'était pas responsable de la perte, du dommage ou du retard en application à la fois des paragraphes 1 et 2. Il a été proposé – et cette proposition a été soutenue – que si la première variante du paragraphe 2 était retenue par le Groupe de travail, il faudrait préciser que le paragraphe 2 avait pour objet d'offrir au transporteur un autre mécanisme que celui prévu au paragraphe 1 pour démontrer qu'il n'était pas responsable. Il a été suggéré d'indiquer clairement que tel était le cas en insérant dans le paragraphe 2 un membre de phrase faisant apparaître sa relation avec le paragraphe 1.

108. Le Groupe de travail a été informé qu'afin d'essayer de rapprocher les points de vue de ceux qui préféraient l'approche de l'exonération et de ceux qui préféraient l'approche de la présomption, une délégation avait, sur la base des discussions concernant les variantes A, B et C du projet d'article 14 et des précédents textes officieux qui avaient été soumis à l'examen du Groupe de travail, élaboré une nouvelle version révisée des paragraphes 2 et 4 du projet d'article 14. Le texte de cette troisième version révisée qui a été soumis au Groupe de travail pour examen était le suivant:

> "2. Si le transporteur [, au lieu de prouver l'absence de faute comme prévu au paragraphe 1] prouve que la perte, le dommage ou le retard a été causé par l'un des événements suivants:
>
> i) .....
>
> Il est responsable de cette perte, de ce dommage ou de ce retard seulement si le demandeur prouve que:

i) la faute du transporteur ou d'une personne mentionnée à l'article 14 *bis* a causé l'événement invoqué par le transporteur en vertu du présent paragraphe [ou y a contribué]; ou

ii) un événement autre que ceux énumérés dans le présent paragraphe a contribué à cette perte, à ce dommage ou à ce retard.

4. Si la faute du transporteur ou d'une personne mentionnée à l'article 14 *bis* a contribué à la perte, au dommage ou au retard avec des causes concomitantes dont le transporteur n'est pas responsable, le montant dont le transporteur est responsable, sans préjudice de son droit à limiter sa responsabilité comme le prévoit l'article 18, est déterminé [par le tribunal] proportionnellement à la mesure dans laquelle la perte, le dommage ou le retard est attribuable à sa faute."

109. Il a été expliqué que le membre de phrase entre crochets à la première ligne du paragraphe 2 avait pour objet de rendre explicite la relation entre les paragraphes 1 et 2, afin de répondre aux préoccupations exprimées plus haut (voir par. 107). Il a également été indiqué que la liste complète des "périls exclus" devait être incluse dans la proposition et que la deuxième variante de la deuxième version révisée du projet d'article 14-4 (voir par. 101 plus haut), où il était fait mention de la règle de la répartition à parts égales, devrait être insérée après la première phrase du paragraphe 4 de cette troisième version révisée (voir plus loin par. 140 à 144).

110. On a été d'accord d'une manière générale pour dire que, comme les versions précédentes du projet d'article 14, cette troisième proposition constituait un bon point de départ pour rapprocher les vues concernant la meilleure approche à adopter en ce qui concerne la liste des "périls exclus", bien qu'aucune décision définitive ne puisse être prise avant que de nouvelles discussions et de nouvelles consultations aient eu lieu. Les membres du Groupe de travail se sont déclarés unanimement favorables à ce que les paragraphes 2 et 4 de la troisième version révisée et les dispositions restantes du projet d'article 14 dans la deuxième version révisée servent de base pour les travaux futurs sur l'article 14-2, sous réserve des suggestions concernant la rédaction indiquées plus loin. Selon un point de vue, outre les versions révisées, la variante A de l'article 14-1 et 2 figurant dans la note du secrétariat (A/CN.9/WG.III/WP.32) devrait être conservée dans le projet d'instrument pour la poursuite des discussions. Bien que le Groupe de travail n'ait pas souscrit à ce point de vue, il a été souligné que toutes les variantes, y compris la variante A, qui avait recueilli un appui considérable, étaient reproduites dans le présent rapport pour mémoire. Dans le cadre de cette discussion, il a été suggéré de faire figurer dans le projet d'instrument une disposition énonçant comme principe général que les transporteurs ont l'obligation de s'assurer. Cette suggestion a rencontré une vive opposition.

111. Il a été suggéré d'apporter un certain nombre d'améliorations rédactionnelles au paragraphe 2 de la troisième version révisée. Il a été dit que le texte de l'alinéa ii) de ce paragraphe pourrait avoir comme conséquence involontaire de laisser penser qu'il était nécessaire que le chargeur ou le demandeur prouve à la fois l'existence de cette cause supplémentaire et le fait qu'il ne s'agissait pas de l'un des "périls exclus" énumérés au paragraphe 2 i). Il a été suggéré de remédier à ce résultat involontaire en insérant dans le paragraphe 2 ii), après le membre de phrase

“un événement autre que ceux énumérés dans le présent paragraphe”, le membre de phrase “qui est invoqué par le transporteur”, et cette suggestion a été appuyée.

112. D’autres améliorations rédactionnelles tenant compte des discussions antérieures concernant les diverses versions révisées de l’article 14 ont été appuyées. Il a été convenu d’ajouter entre crochets le membre de phrase “et dans la mesure où” après le mot “Si” au début du paragraphe 2, ainsi que de supprimer les mots “seulement si” dans le texte suivant immédiatement la liste des “périls exclus” et de les remplacer par les mots “si [et dans la mesure où]”. Une autre amélioration qui a été acceptée visait à préciser la relation entre les paragraphes 2 et 3 et à éviter ainsi de bloquer le recours au paragraphe 3. Il a été décidé d’ajouter les mots “Sans préjudice du paragraphe 3” au début du paragraphe 2.

113. Le Groupe de travail est convenu en outre de supprimer les crochets à la première ligne du paragraphe 2 afin de répondre aux préoccupations exprimées à propos du risque que la relation entre les paragraphes 1 et 2 soit mal comprise. Une autre suggestion d’ordre rédactionnel qui a été faite consistait à remplacer, dans le texte suivant immédiatement la liste des périls exclus, les mots “il est responsable” par un membre de phrase tel que “la responsabilité du transporteur est maintenue ou subsiste”, ou “le transporteur est responsable de cette perte, de ce dommage ou de ce retard”. Le Groupe de travail a prié le secrétariat d’examiner s’il faudrait procéder à un remplacement approprié, en gardant présente à l’esprit la mise en garde qui avait été adressée, à savoir que ce remplacement devait tenir compte du fait que le paragraphe 2 était censé être une alternative au paragraphe 1.

114. Il a également été dit que le rapport entre les paragraphes 2 et 1 risquait de demeurer obscur si le texte de la troisième version révisée restait en l’état. Afin d’exprimer l’accord général intervenu sur le fait que, si le chargeur ou le demandeur prouvait l’existence d’une cause de dommage qui était imputable au transporteur mais qui ne figurait pas sur la liste des “périls exclus”, il fallait à nouveau avoir recours au paragraphe 1, le Groupe de travail est convenu d’ajouter à l’alinéa ii) une deuxième phrase ainsi libellée: “Dans ce cas, la responsabilité est déterminée conformément au paragraphe 1.”

115. Une dernière suggestion a été faite en ce qui concerne la rédaction du paragraphe 2 de la troisième version révisée. On a fait observer que les différentes améliorations rédactionnelles présentées dans les paragraphes ci-dessus avaient précisé la relation entre les paragraphes 1 et 2 et entre les paragraphes 2 et 3 du projet d’article 14 mais que les dispositions relatives à la preuve contraire dans les alinéas i) et ii) du paragraphe 2 étaient peut-être devenues obscures. Il a été suggéré de séparer le paragraphe 2 en deux phrases distinctes afin de remédier au problème qui pouvait se poser. Le Groupe de travail a prié le secrétariat d’examiner ce problème potentiel et de proposer des améliorations rédactionnelles s’il le jugeait souhaitable.

116. Après débat, le Groupe de travail a approuvé la troisième version révisée du projet d’article 14-2 quant au fond, sous réserve des améliorations rédactionnelles approuvées comme indiqué dans les paragraphes ci-dessus, en vue de l’utiliser comme base pour la poursuite des travaux.

b) Article 14: liste des "périls exclus"

117. Le Groupe de travail a ensuite examiné la liste des "périls exclus" figurant dans le projet d'article 14. On a appuyé l'opinion générale selon laquelle il fallait suivre de près la liste figurant dans les alinéas c) à q) de l'article IV.2 des Règles de La Haye et La Haye-Visby afin de préserver la sécurité et la prévisibilité qu'assurait l'important corps de règles qui avait été élaboré sur ces questions. Il a été suggéré d'apporter deux exceptions à ce principe général, à savoir supprimer l'alinéa a) de l'article IV.2 (erreur de navigation) et modifier le libellé de l'alinéa b) de ce même article relatif à l'incendie afin d'indiquer qu'il ne s'appliquait qu'au segment maritime du transport. Ces propositions ont également été appuyées. Il a aussi été proposé de modifier la notion d'obligation absolue incombant au transporteur de fournir un navire en état de navigabilité qui était énoncée dans les Règles de La Haye et La Haye-Visby, de sorte que la question de l'état de navigabilité du navire n'entre en ligne de compte qu'au cours de la troisième étape d'une action en réparation pour dommage subi par les marchandises, c'est-à-dire lorsque le titulaire d'un droit sur les marchandises pouvait prouver, afin de réfuter l'existence de l'un des "périls exclus" invoqués par le transporteur, que l'état d'innavigabilité du navire était une cause de dommage.

118. En ce qui concerne d'une manière générale l'utilisation de la liste des "périls exclus" figurant dans les Règles de La Haye et La Haye-Visby, il a été expliqué que la règle initiale résultait d'un compromis qui avait alors été adopté pour tenir compte des besoins tant des systèmes de droit romain que des systèmes de *common law*. Plusieurs délégations ont estimé que la liste des "périls exclus" était inutile dans de nombreux États, mais n'ont opposé aucune objection à son maintien dans le projet d'instrument afin de répondre aux besoins de tous les systèmes juridiques et de préserver le corps de dispositions qui avait été élaboré du fait de l'utilisation étendue des Règles de La Haye et La Haye-Visby.

119. En ce qui concerne la question de savoir si les "périls exclus" énumérés dans le projet d'article 14 devraient continuer à être considérés comme des causes d'exonération ou comme des présomptions, un appui a été exprimé en faveur de l'une et l'autre position. On a exprimé la crainte que le fait de les considérer comme des causes d'exonération pourrait prêter à confusion étant donné que cela pourrait conduire à l'interprétation suivante: si le transporteur apportait la preuve que l'un des périls énumérés était survenu, le demandeur n'aurait plus le droit de réfuter cette preuve exonératoire et prouver que l'événement ayant causé une partie ou la totalité du dommage était imputable à la faute du transporteur. Il a été dit par exemple à propos de l'exception relative aux grèves visée à l'alinéa d) que si cette exception était considérée comme une cause d'exonération et non comme une présomption, le transporteur pourrait être exonéré de responsabilité en cas de grèves résultant de mesures qu'il avait prises lui-même. Il était largement estimé que, indépendamment de la question de savoir si les exceptions à la responsabilité générale du transporteur y étaient incluses par référence à la théorie juridique des exonérations ou sur la base d'un ensemble de présomptions, il serait essentiel de conserver dans le projet d'instrument un mécanisme permettant de réfuter ces exceptions.

120. Le Groupe de travail a ensuite examiné le contenu exact de chacune des exceptions énumérées. On a exprimé l'opinion que l'exception relative à "l'acte de Dieu" énoncée à l'alinéa a) de toutes les variantes du projet d'article 14 était inutile

étant donné que la disposition générale relative à la force majeure énoncée à l'article IV.2.q des Règles de La Haye et La Haye-Visby était incorporée dans le projet d'instrument. Toutefois, il a été dit que si cette exception était supprimée de la liste, il se pourrait que les tribunaux aboutissent à des interprétations erronées après s'être interrogés sur les raisons de cette suppression. La proposition tendant à maintenir l'exception relative à "l'acte de Dieu" a été largement appuyée.

121. La mention de la piraterie et du terrorisme à l'alinéa a) de la liste des "périls exclus" dans le projet d'instrument a été appuyée. Bien que des doutes aient été exprimés sur ce qu'il fallait entendre exactement par terrorisme, on a fait observer que le terrorisme avait été défini dans un certain nombre d'États. Il a été dit qu'une définition précise du terrorisme était de toute façon inutile, étant donné qu'une certaine intention était exprimée, et que l'important était de savoir si l'événement était imputable à la faute du transporteur. L'avis général a été que la piraterie et le terrorisme devraient être inclus dans la liste.

122. En ce qui concerne l'alinéa b) de la liste, il a été proposé d'en conserver le texte et de supprimer les crochets qui y figuraient, mais il a été dit qu'il fallait utiliser le même libellé que dans les Règles de La Haye et La Haye-Visby. Cette position a été appuyée, mais on a posé la question de savoir si le membre de phrase "y compris une intervention judiciaire ou faisant suite à une procédure judiciaire" pouvait également s'entendre du cas où un titulaire d'un droit sur les marchandises saisissait un navire. Il a été proposé de clarifier le sens de ce membre de phrase.

123. Afin d'étendre la portée de l'alinéa d), il a été proposé d'ajouter à la fin de cet alinéa les mots "pour quelque cause que ce soit". Toutefois, on a jugé cet ajout contestable car il se pouvait que le transporteur ou le propriétaire du navire provoque ou contribue à provoquer certaines grèves, par exemple lorsque le propriétaire refusait de faire droit à des demandes raisonnables de l'équipage. Il a été dit qu'il pourrait être nécessaire d'établir dans cet alinéa une distinction entre les grèves générales et les grèves qui pouvaient survenir dans l'entreprise du transporteur et être dans une certaine mesure imputables à celui-ci.

124. En ce qui concerne l'alinéa i), on a dit que, bien que cet alinéa ne figure pas dans les Règles de La Haye ou La Haye-Visby, il convenait de l'inclure dans le projet d'instrument.

125. Un certain nombre de questions précises ont été posées en ce qui concerne la façon dont la liste était formulée. On s'est interrogé sur le sens précis du membre de phrase "entraves apportées au travail" figurant à l'alinéa d). De même, on a contesté l'emploi du mot "rulers" à l'alinéa b) de la version anglaise, estimant qu'il n'avait pas de sens dans le contexte politique moderne. Il a été suggéré de préciser à l'alinéa f) qu'il fallait que le chargeur ait réalisé l'emballage ou apposé les marques. En outre, il a été dit que l'alinéa g) devait préciser que les vices cachés qui y étaient visés concernaient le navire, et ce point de vue a été appuyé. Une autre proposition qui a été faite en vue de clarifier l'alinéa g) consistait à remplacer, dans la version anglaise, les mots "not discoverable by due diligence" ("échappant à une diligence raisonnable") par les mots "not discoverable by vigilant examination" ("échappant à un examen vigilant"), mais on a fait observer que les mots "due diligence" correspondaient à la traduction des mots "diligence raisonnable" figurant dans le texte français des Règles de La Haye. En outre, on a noté que si le membre de phrase "diligence raisonnable" était utilisé ailleurs, par exemple dans le projet

d'article 13, il devait l'être également dans l'alinéa g) par souci de cohérence. Il a été suggéré de supprimer le membre de phrase "ou en leur nom" à l'alinéa h) parce qu'il prêtait à confusion car si le transporteur manipulait les marchandises, il devait être responsable des dommages éventuels. Il a également été suggéré d'élargir la portée des alinéas a) et b) en y ajoutant le membre de phrase "et tout autre événement non imputable à la faute du transporteur".

126. En ce qui concerne l'exception relative à l'incendie figurant actuellement dans le chapitre 6 du projet d'instrument, il a été dit que son libellé n'était pas clair car il semblait conduire à la conclusion que la faute du transporteur devait être une faute personnelle. On a posé la question de savoir si cette exception était vraiment nécessaire étant donné qu'en vertu d'autres dispositions, le transporteur était responsable des actes de ses préposés ou mandataires. Toutefois, il a été dit que si l'exception relative à l'incendie était maintenue pour des raisons traditionnelles, il faudrait modifier la disposition correspondante afin de préciser que le transporteur était également responsable des actes de ses préposés ou mandataires. Il a été dit en outre que l'exception relative à l'incendie imposait la charge de la preuve au destinataire, ce qui n'était pas équitable. Ces points de vue ont recueilli un certain appui, mais selon un autre avis, l'exception relative à l'incendie devrait être conservée telle qu'énoncée dans les Règles de La Haye et La Haye-Visby.

127. En ce qui concerne la suppression de l'exception fondée sur l'erreur de navigation, un certain nombre de délégations ont souscrit au point de vue selon lequel celle-ci risquait de provoquer l'effet non souhaité qui était décrit plus haut au paragraphe 89. Face à cette possibilité, certaines délégations se sont déclarées favorables au rétablissement de l'exception fondée sur l'erreur de navigation, tandis que d'autres ont dit qu'elles préféraient garder présent à l'esprit ce risque lors de l'examen de la question de la charge de la preuve. D'autres points de vue ont été exprimés en faveur du rétablissement de cette exception; par exemple il a été dit que les erreurs de ce genre pouvaient être faciles à déterminer après coup, mais qu'elles étaient souvent commises par les capitaines lorsqu'ils devaient prendre rapidement des décisions par gros temps et qu'aucun propriétaire de navire n'intervenait habituellement dans les décisions prises par ses capitaines en pareille circonstance. Toutefois, l'opinion dominante a été que l'exception fondée sur l'erreur de navigation ne devrait pas être rétablie, mais que les incidences de cette décision devraient être examinées dans le contexte des discussions futures concernant la charge de la preuve.

128. Il a été rappelé au Groupe de travail que certains des périls énumérés dans les Règles de La Haye et La Haye-Visby figuraient dans un chapitre distinct du projet d'instrument, le chapitre 6, qui était intitulé "Dispositions supplémentaires relatives au transport par mer [ou autres eaux navigables]". Le Groupe de travail est convenu que les exceptions apparaissant dans le chapitre 6 resteraient distinctes du projet d'article 14 pour la poursuite des discussions sur la question de savoir où il convenait de les placer dans le projet d'instrument.

129. Le Groupe de travail est convenu qu'une liste de "périls exclus" devrait être incluse dans le projet d'instrument et que, pour le contenu de cette liste, il fallait s'inspirer des Règles de La Haye et La Haye-Visby, en particulier de l'article IV.2.q. Une légère préférence semblait se dégager au sein du Groupe de travail pour que ces exceptions soient considérées comme des présomptions et non comme des causes d'exonération. Plusieurs recommandations précises ont été faites en vue d'améliorer

la liste des exceptions, comme il est indiqué aux paragraphes 120 à 126 plus haut, et il a été convenu que l'erreur de navigation ne devait pas être remise sur cette liste.

c) Nouveau paragraphe 3 du projet d'article 14

130. Des discussions ont eu lieu au sein du Groupe de travail sur le projet d'article 14-3 tel qu'il apparaissait dans la deuxième version révisée de l'article 14 (voir par. 101 plus haut). Les opinions étaient partagées au sujet des deux variantes présentées entre crochets dans la première ligne du paragraphe 3. On a appuyé le point de vue selon lequel le chargeur ou le demandeur devrait uniquement être tenu de prouver l'existence des événements visés aux alinéas i), ii) et iii), car on a estimé qu'il serait déjà suffisamment difficile de prouver l'existence de ces événements sans avoir à prouver le lien causal. Selon un point de vue apparenté, on imposait une charge excessive au chargeur en lui demandant de prouver l'existence des événements visés aux alinéas i), ii) et iii) et le simple fait qu'il affirmait que l'un quelconque de ces événements s'était produit devrait suffire pour établir ou rétablir la responsabilité du transporteur. Il a été proposé d'insérer les mots "fait valoir" entre crochets comme alternative à "prouve" au début du paragraphe 3. Selon une opinion opposée, le chargeur ou le demandeur devraient être tenus de prouver que les événements visés aux alinéas i), ii) et iii) avaient causé la perte, le dommage ou le retard, car on a estimé qu'il ne serait pas bien plus difficile de prouver le lien causal en sus de l'événement proprement dit. On a fait observer que le nouveau paragraphe 3 devait être examiné au regard de l'ensemble du projet d'article 14. Le paragraphe 1 de cet article permettait au demandeur de prouver l'existence d'une perte, d'un dommage ou d'un retard sans avoir à en prouver la cause. Le transporteur pouvait expliquer qu'il ne devait pas être tenu responsable en prouvant l'absence de faute ou une exception conformément au paragraphe 2, auquel cas il incomberait au demandeur de prouver l'état innavigabilité et le lien de causalité.

131. Entre ces deux pôles s'est dégagé un troisième point de vue selon lequel il serait inopportun de dissocier entièrement la perte, le dommage ou le retard des événements visés dans les trois alinéas du paragraphe 3 et que le chargeur ou le demandeur devrait être tenu de prouver qu'il y avait au moins un certain rapport entre l'état d'innavigabilité invoqué et le dommage. On a fait observer que les différences d'opinions sur ce point pourraient être relativisées dans le contexte de la conduite effective d'une action étant donné qu'un transporteur apporterait souvent des preuves concernant l'état de navigabilité du navire et les autres questions visées aux alinéas i), ii) et iii) à un stade précoce de la procédure afin de prouver que le dommage n'était pas imputable à sa faute. Par ailleurs, on a fait observer que, même si le projet d'instrument pouvait obliger le demandeur à prouver l'état d'innavigabilité du navire, il ne fixerait pas de critère de preuve. Un tel critère serait régi par la loi nationale et serait généralement facile à satisfaire. On a fait observer en outre que la causalité du dommage était une question relativement peu importante dans la conduite d'une action, étant donné que, même si certaines circonstances tendaient à montrer que le navire n'était pas en état de navigabilité, le transporteur n'avait pas besoin de garantir l'état de navigabilité mais simplement de prouver qu'il avait exercé une diligence raisonnable pour essayer de le maintenir.

132. Une discussion s'en est suivie au sujet du paragraphe 3 du projet d'article 14 tel que proposé dans la deuxième version révisée de cet article. Le Groupe de travail a été d'avis que ce paragraphe constituait une bonne base pour la poursuite de ses

travaux et qu'il fallait y conserver les deux solutions envisagées pour les soumettre à un examen et des consultations plus poussés avant de prendre une décision sur ce point. Il a prié le secrétariat de voir s'il était possible de proposer une troisième solution se situant à mi-chemin entre la preuve complète de la cause du dommage et la simple allégation des faits visés aux alinéas i), ii) ou iii). On a estimé que la notion de "probabilité d'un lien de causalité" avec l'un des événements mentionnés dans ces alinéas devrait sans doute être étudiée plus avant. À cet égard, il a également été proposé, pour exprimer cette troisième solution, d'employer une formule du type "[que la perte, le dommage ou le retard aurait pu être causé par]".

133. Selon un avis largement partagé, il faudrait, lors de l'élaboration d'un texte révisé de l'article 14 pour la suite des débats à une autre session, envisager sérieusement de remplacer le mot "chargeur" par "demandeur". On a proposé de définir ce dernier terme comme désignant toute personne ayant reçu le droit d'agir conformément à l'article 63.

134. Le Groupe de travail a par ailleurs pris note d'une proposition de remaniement du paragraphe 3 dont le libellé était le suivant:

> "3. Le transporteur n'est pas responsable de la perte, du dommage ou du retard résultant de l'état d'innavigabilité du navire [allégué] [prouvé] par le demandeur, dans la mesure où il prouve
>
> a) Qu'il s'est acquitté de son obligation d'exercer une diligence raisonnable comme l'exige l'article 13-1. [; ou
>
> b) Que la perte, le dommage ou le retard n'a été causé par aucun des faits mentionnés aux alinéas (i), (ii) et (iii) ci-dessus.]".

d) Disposition du projet d'article 14 traitant de la répartition de la responsabilité en cas de causes concomitantes à l'origine du dommage

135. Le texte du projet d'article 14-3 présenté dans la note du secrétariat était le suivant:

> "3. Si la perte, le dommage ou le retard de livraison est dû en partie à un événement dont le transporteur n'est pas responsable et en partie à un événement dont il est responsable, le transporteur est responsable de l'ensemble de la perte, du dommage ou du retard de livraison sauf s'il prouve qu'une partie précise du préjudice a été causée par un événement dont il n'est pas responsable."**

** Le texte supprimé constituait une deuxième variante dans la version préliminaire du projet d'instrument. Comme indiqué au paragraphe 56 du document A/CN.9/525, la première variante ayant reçu l'appui de la majorité au sein du Groupe de travail, il a été décidé qu'elle seule serait maintenue dans le projet d'instrument pour être de nouveau examinée par la suite. Toutefois, le Groupe de travail a décidé de conserver la deuxième variante dans une note ou dans les commentaires sur le projet de texte afin qu'elle puisse être examinée plus avant, à un stade ultérieur (voir A/CN.9/WG.III/WP.32, note 79):

[Si la perte, le dommage ou le retard de livraison est dû en partie à un événement dont le transporteur n'est pas responsable et en partie à un événement dont il est responsable, le transporteur:

a) est responsable de la perte, du dommage ou du retard de livraison si la partie demandant réparation de cette perte, de ce dommage ou de ce retard prouve qu'un ou plusieurs

136. Le texte de la disposition correspondante figurant dans la deuxième proposition de révision de l'article 14 était le suivant:

> "[4. En cas de causes concomitantes ayant chacune causé une partie de la perte, du dommage ou du retard, le tribunal détermine le montant de la responsabilité du transporteur proportionnellement à la mesure dans laquelle la cause attribuable à sa faute a contribué à cette perte, ce dommage ou ce retard.] [Le tribunal ne peut répartir la responsabilité à parts égales que s'il n'est pas en mesure de déterminer la répartition effective ou s'il détermine que la responsabilité se répartit effectivement à parts égales.]"

137. Le texte de la disposition correspondante figurant dans la troisième proposition de révision de l'article 14 était le suivant:

> "4. Si la faute du transporteur ou d'une personne mentionnée à l'article 14 *bis* a contribué à la perte, au dommage ou au retard avec des causes concomitantes dont le transporteur n'est pas responsable, le montant dont le transporteur est responsable, sans préjudice de son droit à limiter sa responsabilité comme le prévoit l'article 18, est déterminé [par le tribunal] proportionnellement à la mesure dans laquelle la perte, le dommage ou le retard est attribuable à sa faute."

138. Une délégation a proposé pour le paragraphe 3 de l'article 14 un autre projet de texte libellé comme suit:

> "3. Lorsque le transporteur établit que, dans les circonstances de l'espèce, la perte ou le dommage subi par les marchandises ou le retard de livraison pourrait être imputé à un ou plusieurs des événements mentionnés au paragraphe 2, il est présumé que ce ou ces événements en sont la cause. La présomption est réfutée si, et dans la mesure où le demandeur prouve que la faute d'un transporteur [ou d'une partie exécutante] a causé cette perte, ce dommage ou ce retard ou y a contribué."

139. Il a été expliqué au Groupe de travail que le projet de texte s'inspirait, avec quelques changements, de l'article 18-2 de la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route de 1956 telle que modifiée par le Protocole de 1978 (Convention CMR). Dans la première phrase du projet, si le transporteur pouvait établir qu'un ou plusieurs des événements énumérés pouvant en temps normal avoir causé la perte, le dommage ou le retard étaient survenus pendant le transport, le lien de causalité entre le ou les événements et le préjudice matériel serait présumé. On a en outre expliqué que le projet de disposition visait à alléger l'obligation faite au transporteur de prouver le lien de causalité car il lui était souvent difficile d'identifier la cause du dommage et d'établir le lien entre ce dommage et l'événement exonératoire, surtout si la cargaison était transportée par conteneur. Par ailleurs, dans la deuxième phrase, le demandeur était fondé à réfuter la présomption en prouvant le fait que et la mesure dans laquelle la faute du transporteur avait causé la perte, le dommage ou le retard ou y avait contribué. Ce

---

événements dont le transporteur est responsable en sont la cause; et

b) n'est pas responsable de la perte, du dommage ou du retard de livraison s'il prouve qu'un ou plusieurs événements dont il n'est pas responsable en sont la cause.

Si aucune preuve ne permet de répartir le préjudice, le transporteur est responsable de la moitié de la perte, du dommage ou du retard de livraison.]

paragraphe, a-t-on dit, s'appliquerait même si la faute du transporteur était la seule cause du dommage. On a toutefois estimé qu'il pourrait jouer un rôle plus important lorsque la faute du transporteur et un événement mentionné au paragraphe 2 avaient tous deux contribué au préjudice. Il a également été expliqué au Groupe de travail que le texte proposé pour le paragraphe 3 était une autre réponse possible à la crainte que la suppression de l'exception fondée sur la faute nautique n'ait des effets indésirables (voir A/CN.9/WG.III/WP.34, par. 15).

140. Selon un point de vue, le projet d'instrument ne devait pas traiter de la répartition des responsabilités dans les cas où le dommage était dû à des causes concomitantes. Il fallait plutôt laisser le soin aux juridictions étatiques et aux tribunaux arbitraux de déterminer cette répartition conformément à la loi applicable. Selon l'avis contraire, qui a prévalu, il fallait essayer d'aborder cette question dans le projet d'instrument. On a souligné que, en cas de causes concomitantes, il importait d'obliger, d'une manière générale, chaque partie à prouver la part de telle ou telle cause dans le dommage: compte tenu en particulier de l'exclusion de la faute nautique de la liste des "périls exclus", les demandeurs, en cas d'endommagement des marchandises en mer, pouvaient facilement arguer que des décisions de navigation avaient contribué au dommage (voir A/CN.9/WG.III/XII/CRP.1/Add.4, par. 5 à 10). Le projet d'instrument ne devait pas mettre le transporteur dans une situation où il serait responsable de la totalité du préjudice alors que sa faute n'avait contribué qu'à une petite partie du dommage. Il a donc été proposé que le Groupe de travail examine la question de la répartition de la responsabilité en s'appuyant sur la note de bas de page 79 se rapportant au texte du projet d'article 14-3 figurant dans la note du secrétariat (A/CN.9/WG.III/WP.32).

141. Cette proposition a suscité des objections car le Groupe de travail n'y avait pas été favorable à sa dixième session (voir A/CN.9/525, par. 56). On a fait remarquer que l'approche proposée aurait notamment pour effet de transférer au chargeur l'obligation insurmontable de prouver la part des différents éléments de causalité dans des cas où la faute du transporteur avait manifestement contribué au dommage. En l'absence d'une telle preuve, suivant cette approche, le transporteur était responsable pour moitié, ce qui était jugé injuste pour les chargeurs. Le texte du paragraphe 3 du projet d'article 14 figurant dans la note du secrétariat a été appuyé.

142. Dans le souci de rapprocher les différentes vues exprimées, on a émis l'idée que le projet d'instrument ne devrait imposer à aucune partie la charge de prouver la part exacte de telle ou telle cause. Il a été dit également que le projet d'instrument devrait donner des orientations aux juridictions étatiques et aux tribunaux arbitraux afin que ceux-ci ne négligent pas certaines causes, par exemple, en s'appuyant excessivement sur la doctrine des obligations absolues. Le Groupe de travail s'est concentré sur le paragraphe 4 de la troisième proposition de révision de l'article 14. On a estimé qu'il serait peut-être utile, pour examiner la question de la répartition des responsabilités, d'avoir à l'esprit la distinction entre causes concomitantes et causes concurrentes. Dans le premier cas, chacun des événements causait une partie du dommage mais aucun d'entre eux n'était suffisant à lui seul pour causer la totalité du dommage (par exemple, lorsque le dommage était attribuable à la fois au conditionnement insuffisant des marchandises par le chargeur et à leur mauvais stockage par le transporteur). Dans le cas des causes concurrentes, le tribunal devrait probablement identifier un événement ou une partie comme ayant causé la totalité du dommage, indépendamment de la faute de l'autre partie (par exemple,

lorsque les marchandises avaient été endommagées en raison d'un tir d'artillerie essuyé par le navire, il faudrait sans doute déterminer si ce tir devait être considéré comme l'unique cause du dommage, indépendamment de la faute que le capitaine avait pu commettre en amenant le navire dans une zone de combats). Il a été souligné que, dans le second cas, la doctrine des "obligations absolues" s'appliquerait généralement. Il a été dit que le projet d'article 14 ne traitait que du cas où intervenaient des fautes concomitantes, et non des "fautes concurrentes".

143. Plusieurs propositions ont été formulées afin d'améliorer le texte de cette troisième proposition de révision. Une première proposition, qui a emporté l'adhésion, était d'insérer entre crochets la dernière phrase proposée dans la deuxième version révisée, à savoir "[Le tribunal ne peut répartir la responsabilité à parts égales que s'il n'est pas en mesure de déterminer la répartition effective ou s'il détermine que la responsabilité se repartit effectivement à parts égales]". De l'avis général, ce texte pouvait servir de base aux discussions ultérieures. Une autre proposition, visant à tenir compte du cas visé au paragraphe 2 ii) où le dommage n'était pas le fait du transporteur, était de modifier le paragraphe comme suit:

> "4. Si la faute du transporteur ou d'une personne mentionnée à l'article 14 *bis* [ou si un événement autre que celui invoqué par le transporteur] a contribué à la perte, au dommage ou au retard avec des causes concomitantes dont le transporteur n'est pas responsable, le montant dont le transporteur est responsable, sans préjudice de son droit à limiter sa responsabilité comme le prévoit l'article 18, est déterminé [par le tribunal] proportionnellement à la mesure dans laquelle la perte, le dommage ou le retard est attribuable à cette faute [ou à cet événement]".

Le Groupe de travail a pris note de cette proposition.

144. Après discussion, le secrétariat a été prié d'élaborer, dans le cadre de l'article 14, un projet révisé de disposition sur les causes concomitantes, qui tienne compte des vues et suggestions ci-dessus.

5. Obligations du transporteur concernant le voyage par mer (projet d'article 13)

145. Le texte du projet d'article 13 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

> "Article 13. Obligations supplémentaires applicables au voyage par mer
>
> 1. Le transporteur est tenu avant, au début [et pendant] le voyage par mer d'exercer une diligence raisonnable pour:
>
> a) Mettre [et maintenir] le navire en état de navigabilité;
>
> b) Convenablement armer, équiper et approvisionner le navire;
>
> c) Mettre [et maintenir] les cales et toutes autres parties du navire où les marchandises sont chargées, y compris les conteneurs éventuellement fournis par le transporteur dans ou sur lesquels les marchandises sont chargées, en bon état pour leur réception, transport et conservation.
>
> [2. Nonobstant les articles 10, 11 et 13-1, le transporteur peut sacrifier des marchandises lorsque ce sacrifice s'effectue de manière raisonnable pour

le salut commun ou pour protéger d'autres biens engagés dans l'aventure commune.]"

146. À titre liminaire, il a été rappelé au Groupe de travail que seules des modifications de forme avaient été apportées au projet d'article 13 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32. Le Groupe de travail a examiné ce projet d'article en commençant par le paragraphe 1. Il a été noté que trois séries de crochets avaient été maintenues dans le texte de ce paragraphe et que leur suppression et le maintien du texte feraient du devoir de diligence raisonnable imposé au transporteur concernant l'état de navigabilité du navire une obligation continue.

147. Un large soutien a été exprimé en faveur de la suppression des crochets et du maintien du texte pour conférer un caractère continu à ce devoir de diligence raisonnable. Selon un avis, l'imposition d'une obligation continue s'inscrivait dans le droit fil de la modernisation du droit des transports de marchandises par mer et était conforme au Code international de la gestion de la sécurité (International Safety Management Code) ainsi qu'aux règles de sécurité dans le transport maritime.

148. Plusieurs propositions d'ordre rédactionnel ont été formulées à propos du paragraphe 1 du projet d'article 13. On a fait observer que les obligations énoncées aux alinéas a), b) et c) étaient libellées de différentes manières, les mots "mettre [et maintenir]" étant employés dans les alinéas a) et c) mais pas dans l'alinéa b). On a exprimé la crainte que cela ne soit interprété à tort comme signifiant que l'obligation faite à l'alinéa b) de "convenablement armer, équiper et approvisionner le navire" n'était pas continue. Il a été répondu qu'en tout état de cause, les mots "avant, au début [et pendant] le voyage" figurant dans la partie liminaire du paragraphe 1 étaient suffisants pour éviter une telle erreur d'interprétation. Si l'on a admis que les mots en question aidaient à interpréter l'alinéa b) comme étant une obligation continue, l'omission du verbe "maintenir" dans cet alinéa n'en pouvait pas moins conduire à une interprétation incorrecte. Ce point de vue a été appuyé. Une autre proposition d'ordre rédactionnel était d'envisager dans la version anglaise de remplacer le membre de phrase "man ... the ship" figurant à l'alinéa b) par des mots sans connotation de genre, tels que "crew" ou "staff".

149. L'idée de supprimer le texte entre crochets de sorte que l'obligation du transporteur de maintenir le navire en état de navigabilité ne s'applique qu'avant le voyage et au début de celui-ci a bénéficié d'un certain soutien. On a fait observer qu'il s'agissait en l'occurrence de l'approche adoptée à l'article III-1 des Règles de La Haye et La Haye-Visby, approche qui avait jusqu'alors été efficace. On a estimé que le fait de rendre l'obligation de navigabilité continue imposerait au transporteur une contrainte trop lourde et modifierait considérablement la répartition globale des risques entre celui-ci et les chargeurs dans le projet d'instrument. Il a été ajouté que l'imposition d'une obligation continue posait des problèmes pratiques, étant donné qu'un navire pouvait rencontrer des difficultés en plein océan et qu'il ne pourrait probablement pas être mis en état de naviguer jusqu'à son arrivée à un port d'escale. S'il a été reconnu que le fait de rendre l'obligation de navigabilité continue pouvait poser des problèmes pratiques au transporteur, on a fait observer que celle-ci constituait pour le transporteur une obligation de diligence raisonnable plutôt qu'une obligation absolue et qu'elle impliquerait seulement de devoir prendre des mesures raisonnables pendant le voyage. On a jugé préférable que l'obligation

devant s'appliquer au transporteur pendant le voyage soit fondée sur un critère de négligence plutôt que sur le critère plus strict de diligence raisonnable.

150. Il a été proposé qu'en lieu et place d'une obligation continue le Groupe de travail adopte la "doctrine des étapes" appliquée dans les chartes-parties, selon laquelle un navire doit être en état de navigabilité au début de chaque étape d'un voyage. Cette proposition a recueilli un certain soutien. On a toutefois estimé que cette doctrine était déjà reflétée dans le projet d'instrument, car le transporteur était tenu de fournir un navire en état de navigabilité au début de chaque voyage des marchandises et non du navire. On a émis l'avis que, le projet d'instrument s'appliquant au contrat de transport de marchandises, le transporteur était tenu d'exercer une diligence raisonnable pour chaque contrat. On a en outre estimé que l'obligation faite au transporteur, dans le projet d'article 11, d'assurer de "façon appropriée et soigneuse le chargement, la manutention, l'arrimage, le transport, la garde, la protection et le déchargement des marchandises" constituerait pour lui une obligation continue suffisante.

151. Bien que l'idée de donner à l'obligation d'assurer l'état de navigabilité du navire un caractère continu ait été largement appuyée, il a été reconnu que cela pourrait être interprété comme une modification importante de la répartition des risques dans le projet instrument. Il a été convenu d'une manière générale que si cette obligation devait être continue, il faudrait s'efforcer de rectifier cette répartition en faveur du transporteur lors de l'examen d'autres articles concernant les droits et intérêts de celui-ci. Il a été proposé de tenir compte de cette modification des risques assumés par le transporteur lors de l'examen par le Groupe de travail du projet d'article 14-3 relatif à la répartition de la responsabilité en cas de dommages dus à des causes multiples. On a exprimé la crainte que la continuation de l'obligation de navigabilité après l'appareillage du navire ne soit interprétée comme obligeant à maintenir le haut degré de vigilance requis lorsque des experts à terre étaient disponibles. Il a été dit que le degré de vigilance approprié en mer serait obtenu si l'on supprimait les exceptions fondées sur la faute de navigation et d'administration.

152. Une question a été posée au sujet de l'obligation qu'assumerait le transporteur à l'égard des conteneurs conformément au projet d'article 13-1 c) et on a demandé si les contrats par lesquels un transporteur louait ou fournissait des conteneurs devaient entrer dans le champ d'application du projet d'instrument. Selon une opinion, le projet d'instrument ne devrait s'appliquer qu'aux contrats de transport et non aux contrats distincts de location de conteneurs. Selon une opinion contraire, le projet d'instrument devrait s'appliquer non seulement aux contrats de transport mais aussi aux contrats connexes, en particulier à ceux qui pourraient être conclus aux fins de l'exécution du contrat de transport. Il a été dit que, sans pour autant prendre position sur le point de savoir si les contrats liés au contrat de transport entraient dans le champ d'application du projet d'instrument, le projet d'article 13-1 c) suivait une approche conforme à la position adoptée par la plupart des tribunaux, à savoir que lorsqu'un conteneur était fourni par le transporteur, il devait être considéré comme faisant partie de la cale du navire et que l'obligation qui incombait au transporteur en ce qui concerne le navire et le soin des cales devait s'appliquer également à ce conteneur une fois chargé à bord du navire. On a aussi noté que cette approche était conforme à l'alinéa j) du projet d'article premier où il

était précisé que le terme “marchandises” s’entendait également de tout “conteneur non fourni par ou pour le compte du transporteur ou d’une partie exécutante”.

153. Après débat, le Groupe de travail est convenu que l’obligation du transporteur d’exercer une diligence raisonnable pour assurer l’état de navigabilité du navire devrait être une obligation continue et que, par conséquent, il fallait supprimer tous les crochets dans le projet d’article 13-1 et conserver le texte placé entre ces crochets. Le Groupe de travail a également prié le secrétariat d’apporter les changements nécessaires à l’alinéa b) pour faire en sorte qu’il soit clair que cette obligation avait un caractère continu. Il a été convenu en outre que le fait de donner à cette obligation un caractère continu modifiait la répartition des risques entre le transporteur et les chargeurs dans le projet d’instrument et que le Groupe de travail devait veiller à en tenir compte lors de l’examen des autres dispositions du projet.

154. Le Groupe de travail a ensuite consacré son attention au projet d’article 13-2 concernant le sacrifice des marchandises par le transporteur pour le salut commun ou pour la protection d’autres biens. Le point de vue selon lequel il faudrait conserver cette disposition sous sa forme actuelle et au même endroit dans le projet d’instrument et supprimer les crochets l’entourant a été appuyé. Il a été dit que cette disposition énonçait une exception nécessaire à l’obligation générale de vigilance du transporteur qui était reconnue et acceptée depuis longtemps. Il a été dit en outre qu’elle offrait des garanties suffisantes au chargeur étant donné que toute décision de sacrifier les marchandises devait être prise de manière raisonnable pour le salut commun ou pour la protection de biens. On a aussi été d’avis que l’insertion de cette disposition pouvait contribuer à compenser le changement dans la répartition des risques qui résultait de l’obligation continue d’assurer l’état de navigabilité du navire énoncée dans le projet d’article 13-1. Pour améliorer le libellé du projet d’article 13-2, il a été proposé d’y faire également mention de la protection de la vie humaine. Une autre amélioration proposée était de faire explicitement mention d’un péril imminent.

155. On s’est également déclaré favorable à la suppression complète du projet d’article 13-2. On a fait observer que cette disposition différait sensiblement de l’article IV.6 des Règles de La Haye et La Haye-Visby concernant l’élimination des marchandises dangereuses et ne devrait pas être conservée. Il a aussi été dit que la question du sacrifice des marchandises était déjà prise en compte de façon adéquate par les dispositions du chapitre 17 relatives aux avaries communes et par l’obligation générale de vigilance du transporteur.

156. Des préoccupations ont été exprimées au sujet de l’interaction du projet d’article 13-2 et des dispositions relatives aux avaries communes du chapitre 17 du projet d’instrument, compte tenu en particulier du fait qu’il n’était pas fait mention dans le projet d’article 13-2 de la protection du navire ou des marchandises contre un péril imminent, alors que cela était un élément essentiel de la notion d’avarie commune. L’opinion selon laquelle le projet d’article 13-2, s’il était conservé, devrait être transféré au chapitre relatif aux avaries communes a été appuyée, mais on a dit qu’il fallait veiller à ne pas porter atteinte aux règles relatives aux avaries communes ni les modifier. On a également appuyé la proposition de conserver les crochets entourant le projet d’article 13-2.

157. Compte tenu de l’appui exprimé en faveur de cette disposition, le Groupe de travail a décidé de conserver au même endroit entre crochets le projet d’article 13-2

en vue d'examiner ultérieurement s'il y a lieu de le transférer au chapitre 17 relatif aux avaries communes. Le secrétariat a également été prié d'étudier des propositions rédactionnelles tendant à faire mention dans cette disposition de la protection de la vie humaine et de la présence d'un danger imminent.

6. Responsabilité des parties exécutantes (projet d'article 15)

158. Le texte du projet d'article 15 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"1. [*Variante A du paragraphe 1*]

Une partie exécutante assume les responsabilités et obligations imposées et bénéficie des droits et exonérations conférés au transporteur par le présent instrument a) pendant la période où elle a la garde des marchandises; et b) à tout autre moment dans la mesure où elle participe à l'exécution de l'une quelconque des activités prévues par le contrat de transport.

[*Variante B du paragraphe 1*]

Une partie exécutante est responsable du préjudice résultant de la perte ou du dommage subi par les marchandises, ainsi que du retard de livraison, si l'événement qui a causé la perte, le dommage ou le retard a eu lieu:

a) Pendant la période où elle a la garde des marchandises; ou

b) À tout autre moment dans la mesure où elle participe à l'exécution de l'une quelconque des activités prévues par le contrat de transport à condition que la perte, le dommage ou le retard ait eu lieu pendant l'exécution de ces activités.

Les responsabilités et obligations imposées et les droits et exonérations conférés au transporteur par le présent instrument s'appliquent en ce qui concerne les parties exécutantes.

2. Si le transporteur accepte d'assumer des obligations autres que celles qui lui sont imposées par le présent instrument ou s'il accepte que sa responsabilité en cas de retard de livraison, de perte ou d'endommagement des marchandises ou liés aux marchandises soit plus élevée que les limites imposées en vertu des articles 16-2, 24-4 et 18, une partie exécutante n'est pas liée par cette acceptation à moins qu'elle n'accepte expressément ces obligations ou ces limites.

3. Sous réserve du paragraphe 5, le transporteur répond des actes et omissions de:

a) Toute partie exécutante; et

b) De toute autre personne, y compris les sous-traitants et agents d'une partie exécutante, qui s'acquitte ou s'engage à s'acquitter de l'une quelconque des obligations incombant au transporteur en vertu du contrat de transport, dans la mesure où cette personne agit, directement ou indirectement, à la demande du transporteur ou sous sa supervision ou son contrôle, comme s'il s'agissait de ses propres actes ou omissions. Le transporteur n'est tenu responsable en vertu de la présente disposition que lorsque cette partie

exécutante ou cette autre personne a commis l'acte ou l'omission dans l'exercice de ses fonctions en tant que sous-traitant, employé ou agent.

4. Sous réserve du paragraphe 5, une partie exécutante répond des actes et omissions de toute personne à laquelle elle a délégué l'exécution de l'une quelconque des obligations incombant au transporteur en vertu du contrat de transport, y compris ses sous-traitants, employés et agents, comme s'il s'agissait de ses propres actes ou omissions. Une partie exécutante n'est tenue responsable en vertu de la présente disposition que lorsque la personne concernée a commis l'acte ou l'omission dans l'exercice de ses fonctions en tant que sous-traitant, employé ou agent.

5. Si une action est intentée contre toute personne, autre que le transporteur, mentionnée aux paragraphes 3 et 4, cette personne peut se prévaloir des exonérations et des limitations de responsabilité dont peut se prévaloir le transporteur en vertu du présent instrument si elle prouve qu'elle a agi dans l'exercice de ses fonctions en tant que sous-traitant, employé ou agent.

6. Si plusieurs personnes sont responsables de la perte, de l'endommagement ou du retard de livraison des marchandises, elles assument une responsabilité conjointe et solidaire, mais uniquement dans les limites prévues aux articles 16, 24 et 18.

7. Sans préjudice de l'article 19, le montant total de la responsabilité de ces personnes ne dépasse pas les limites globales de responsabilité prévues dans le présent instrument."

a) Débat général

159. On a rappelé au Groupe de travail la discussion qu'il avait eue sur la définition de la "partie exécutante maritime" (voir ci-dessus, par. 23 à 33). Le Groupe de travail dans son ensemble a approuvé une proposition visant à limiter le champ d'application du projet d'article 15 à ces "parties exécutantes maritimes". Cette limitation aurait pour effet que la responsabilité des parties exécutantes non maritimes serait régie par le droit national et international applicable indépendamment du projet d'instrument. Dans ce contexte, il a aussi été convenu de modifier le titre du projet d'article afin de tenir compte de cette décision. Cependant, le Groupe de travail dans son ensemble a estimé qu'il faudrait peut-être revoir, pour chacun des paragraphes du projet d'article 15, le principe général relatif au champ d'application de cet article. On a estimé que le paragraphe 3, en particulier, devait s'appliquer à toutes les parties exécutantes, et non uniquement aux "parties exécutantes maritimes" (pour la suite du débat, voir ci-dessous par. 166).

160. On a exprimé la crainte que, lorsque le transporteur contractant était responsable en vertu du projet d'instrument et qu'une partie exécutante non maritime assumait des responsabilités en vertu d'un autre régime juridique, le demandeur ne puisse demander réparation en vertu des deux régimes à la fois. Il a été dit qu'une règle sur le cumul des demandes devrait aussi s'appliquer à toutes les parties exécutantes. On a répondu qu'en règle générale, la loi applicable indépendamment du projet d'instrument prévoyait des mécanismes permettant d'éviter une double réparation.

b) Paragraphe 1

161. Le Groupe de travail a réaffirmé qu'il était entendu que le projet d'instrument devait, en principe, éviter de traiter des parties exécutantes non maritimes et que le champ d'application du paragraphe 1 devait être limité aux parties exécutantes maritimes.

162. La variante A a recueilli un large soutien. On a proposé d'en améliorer le libellé en insérant le membre de phrase "si l'événement qui a causé la perte, le dommage ou le retard a eu lieu" au début de l'alinéa a). Le Groupe de travail a jugé cette proposition acceptable. On a aussi suggéré d'ajouter une formule telle que "dans la mesure où le demandeur établit que" avant le premier membre de phrase proposé. On a répondu que le paragraphe 1 ne visait pas à traiter en particulier de la charge de la preuve mais à placer la partie exécutante maritime sur un pied d'égalité avec le transporteur contractant, y compris pour ce qui est des règles applicables à ce dernier en matière de charge de la preuve. Le Groupe de travail n'a pas adopté cette seconde proposition.

c) Paragraphe 2

163. Le Groupe de travail dans son ensemble a approuvé le paragraphe sur le fond. Il est aussi convenu de limiter le champ d'application du paragraphe 2 aux parties exécutantes maritimes. En réponse à une proposition visant à remplacer les mots "plus élevée" par "différente", afin de permettre aux parties de convenir d'une limite de responsabilité inférieure, on a fait observer que le transporteur contractant ne devait pas être autorisé à passer contrat avec le chargeur au détriment de la partie exécutante (ou de tout autre tiers). On a reconnu que la responsabilité de la partie exécutante pouvait être réduite par convention, mais pas par un contrat que cette partie n'aurait pas conclu. La proposition a été retirée par ses auteurs.

164. Une autre proposition visait à remplacer le membre de phrase "à moins qu'elle n'accepte expressément ces obligations ou ces limites" par un libellé du type "à moins qu'elle n'ait connaissance de ces obligations ou ces limites". On a objecté que, pour qu'un tiers soit lié par contrat, il fallait au moins qu'il ait accepté de l'être. Le seul fait qu'il ait connaissance d'un contrat ne devrait pas suffire à le lier.

165. Une autre proposition encore visait à restreindre le renvoi au projet d'article 18. On a déclaré que, si le renvoi aux paragraphes 1, 3 et 4 du projet d'article 18 était acceptable, il ne fallait pas mentionner le paragraphe 2 de cet article, car la partie exécutante n'était pas responsable en cas de dommage non localisé. Le Groupe de travail a pris note de cette proposition, qu'il devrait peut-être examiner plus avant une fois qu'il aurait pris une décision quant à l'inclusion du paragraphe 2 du projet d'article 18 dans le projet d'instrument.

d) Paragraphe 3

166. Le Groupe de travail est généralement convenu que, comme il avait été décidé que le transporteur contractant devrait répondre en vertu du projet d'instrument de tous ses sous-traitants, mandataires ou employés, le paragraphe 3 devrait s'appliquer aux parties exécutantes tant maritimes que non maritimes, voire également à des personnes qui n'entreraient pas dans la définition de "partie exécutante". On a attiré son attention sur le fait que cette définition (voir plus haut, par. 34 à 42) englobait déjà tous les sous-traitants de la partie exécutante.

167. On a posé la question de savoir où placer le paragraphe 3. Bien que certains se soient dit favorables à ce qu'il soit maintenu dans le projet d'article 15 étant donné que les divers paragraphes de ce projet d'article étaient intimement liés, l'opinion qui a prévalu a été qu'une disposition traitant de la responsabilité du transporteur n'avait pas vraiment sa place dans un article traitant de la responsabilité des parties exécutantes maritimes. Il a été convenu de transformer le paragraphe 3 en un projet d'article distinct, portant provisoirement le numéro 14 *bis*.

168. Un certain nombre de suggestions ont été faites en ce qui concerne le fond du paragraphe 3. L'une de ces suggestions était que le contenu du paragraphe 3 devrait faire pendant à celui du paragraphe 4. À cet égard, on a souligné qu'il faudrait mentionner expressément les "employés" du transporteur contractant dans l'alinéa b), car le terme "toute autre personne" n'était pas suffisamment clair et il était déjà fait mention de la qualité d'"employé" de cette personne dans la deuxième phrase de l'alinéa. Cette suggestion a été acceptée par le Groupe de travail. S'agissant de la rédaction, on a signalé qu'il pourrait être nécessaire d'examiner de plus près la possibilité de traiter séparément les employés (pour lesquels la responsabilité du transporteur contractant devrait être très étendue) et les sous-traitants (pour lesquels sa responsabilité pourrait être dans une certaine mesure plus restreinte).

169. Il a également été suggéré de remplacer les mots "qui s'acquitte ou s'engage à s'acquitter" par les mots "qui s'acquitte matériellement ou s'engage à s'acquitter". On a dit à l'encontre de cette suggestion que le transporteur contractant ne devrait jamais être autorisé à déléguer sa responsabilité, qu'il délègue l'exécution matérielle ou un autre type d'exécution.

170. Il a été déclaré que les mots "Sous réserve du paragraphe 5" étaient peut-être inexacts étant donné que le paragraphe 3 traitait des actions intentées contre le transporteur tandis que le paragraphe 5 traitait des actions intentées contre toute personne autre que le transporteur. Par conséquent, il a été proposé de remplacer les mots "Sous réserve du paragraphe 5" par les mots "Sous réserve de la responsabilité du transporteur et des limites de responsabilité dont celui-ci peut se prévaloir". Bien que cette suggestion ait été appuyée, le Groupe de travail a décidé de conserver le renvoi au paragraphe 5, sous réserve d'un nouvel examen à un stade ultérieur.

e) Paragraphe 4

171. Dans la logique d'une suggestion faite lors de l'examen du paragraphe 3, il a été proposé de distinguer dans le paragraphe 4 la situation des employés de celle des sous-traitants. Par exemple, si l'on pouvait dire que l'exécution était "déléguée" à un sous-traitant, cette formule semblait trop restrictive pour décrire la situation d'un employé, pour lequel il serait préférable d'utiliser un libellé tel que "une partie exécutante répond des actes et omissions de ses employés, pour autant que ceux-ci aient agi dans l'exercice de leurs fonctions en tant qu'employés". On a également signalé à titre d'exemple qu'il faudrait éviter, dans le texte du paragraphe 4, de laisser penser qu'un sous-traitant puisse déléguer l'exécution de "l'une quelconque" des obligations incombant au transporteur, étant donné qu'il ne pouvait déléguer que l'exécution des obligations que le transporteur lui avait confiées.

172. Le Groupe de travail a réaffirmé que la structure du paragraphe 4 devrait faire pendant à celle du paragraphe 3. À ce propos, il a été demandé si le champ

d'application du paragraphe 4 devrait être étendu aux parties exécutantes tant maritimes que non maritimes. Après débat, il a été rappelé que l'article distinct qui remplacerait le paragraphe 3 devrait établir que le transporteur contractant répondait également de ses sous-traitants et de leurs employés. Cette disposition établirait la responsabilité générale du transporteur contractant pour tous les mandataires ou sous-traitants auxquels il serait envisageable qu'il fasse appel. Toutefois, comme le paragraphe 4 traitait des employés et des sous-traitants du point de vue de la partie exécutante maritime et non du point de vue du transporteur contractant, il n'était nullement nécessaire d'étendre le champ d'application du paragraphe 4 aux parties exécutantes non maritimes. Bien que le Groupe de travail ait généralement été d'accord sur le fait que les paragraphes 3 et 4 avaient une portée différente, il a été dit à plusieurs reprises que le sous-traitant maritime visé au paragraphe 4 devrait quand même répondre de tous ses sous-traitants, qu'ils soient maritimes ou non maritimes. On a également réaffirmé que le paragraphe 4 devrait faire pendant à la règle générale énoncée dans le paragraphe 3 étant donné que, dans les deux dispositions, le transporteur contractant et la partie exécutante maritime se trouvaient dans des situations parallèles vis-à-vis de leurs sous-traitants maritimes et non maritimes. On a souligné que ces points de vue n'étaient pas en contradiction avec le principe général selon lequel la partie exécutante non maritime ne devrait pas, en tant que telle, être soumise aux règles du projet d'instrument. Le Groupe de travail a pris note de ces opinions en vue de la poursuite des discussions à une session ultérieure.

f) Paragraphe 5

173. Il a été proposé de supprimer le renvoi au paragraphe 3 de sorte que la disposition ne soit pas interprétée comme étendant la protection conférée par les "clauses Himalaya" aux parties exécutantes non maritimes. Le Groupe de travail a dans son ensemble approuvé l'objectif de cette proposition. On a cependant fait observer que la suppression de la référence aux personnes mentionnées au paragraphe 3 priverait les employés et les mandataires du transporteur du bénéfice des "clauses Himalaya". Une nouvelle proposition a donc été avancée, selon laquelle le paragraphe 5 devrait peut-être indiquer expressément, parmi les personnes mentionnées au paragraphe 3, celles qui devraient bénéficier desdites clauses. Dans le cadre de cette discussion, on a émis l'avis que, puisque les "clauses Himalaya" avaient été instaurées au départ pour protéger les employés, le paragraphe 5 ne devrait s'appliquer qu'aux employés du transporteur, à l'exclusion des sous-traitants de ce dernier. On a également estimé que le bénéfice des "clauses Himalaya" ne devrait être étendu qu'aux parties assumant une responsabilité en vertu du projet d'instrument. Selon une autre proposition, le champ d'application du paragraphe 5 devrait être limité aux employés du transporteur contractant ou d'une partie exécutante maritime, si ceux-ci prouvaient qu'ils avaient agi dans l'exercice de leurs fonctions en tant qu'employés.

174. En réponse à ces propositions, il a été signalé qu'en s'écartant sensiblement de l'interprétation des Règles de La Haye et La Haye-Visby, le projet d'instrument pourrait perdre en acceptabilité. On a aussi relevé que la définition du terme "partie exécutante" recouvrait uniquement les personnes qui manipulaient "physiquement" les marchandises. En conséquence, les pilotes, les agents inspectant la cargaison et d'autres personnes susceptibles d'aider le transporteur ne seraient pas protégés par les "clauses Himalaya". En ce qui concerne le libellé du projet d'instrument, on a

estimé que la protection conférée par le paragraphe 5 devrait être étendue au moins aux “employés ou mandataires du transporteur contractant ou d’une partie exécutante maritime”. Selon une autre proposition, il faudrait insérer une disposition rédigée de manière à étendre cette protection à toutes les parties prenant part aux opérations maritimes, y compris aux sous-traitants indépendants.

175. Après discussion, le Groupe de travail est convenu d’insérer entre crochets, en tant que variante du libellé actuel du paragraphe 5, les mots “employés ou mandataires du transporteur contractant ou d’une partie exécutante maritime” pour la suite des débats à une session ultérieure. Le secrétariat a été prié d’examiner la possibilité d’ajouter une autre variante limitant le champ d’application du paragraphe 5 au domaine maritime.

176. D’un point de vue rédactionnel, on a fait remarquer que les mots “toute action” risquaient d’être mal interprétés et devaient être remplacés par “toute action en vertu du présent instrument”. Le Groupe de travail a pris note de cette remarque.

g) Paragraphe 6

177. Des inquiétudes ont été exprimées à propos de la traduction de la notion juridique de “joint and several liability” dans certaines langues officielles. Il a été signalé que, par exemple, les termes “responsabilité solidaire” et “responsabilidad solidaria” devraient être employés respectivement en français et en espagnol. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de veiller à ce que cette notion soit utilisée de manière cohérente dans toutes les langues officielles. Il a été proposé d’insérer une définition de la notion dans le projet d’instrument. De l’avis général, toutefois, une telle définition risquait d’être superflue dans la mesure où des concepts correspondants existaient dans les différents systèmes juridiques. Il a aussi été dit que les dispositions du paragraphe 6 ne devraient pas empêcher les parties responsables d’engager des actions récursoires.

178. S’agissant du contenu du paragraphe 6, il a été demandé comment les “limites prévues aux articles 16, 24 et 18” s’articuleraient avec les conventions internationales mentionnées dans le projet d’article 8 qui pourraient s’appliquer avant ou après le segment maritime du transport. On a précisé, en réponse, que le projet d’article 8 ne s’appliquerait pas aux parties exécutantes maritimes. De plus, si ce projet d’article pouvait s’appliquer aux parties exécutantes non maritimes, il n’existait apparemment aucun cas où un demandeur aurait la possibilité d’assigner un transporteur contractant ou une partie exécutante non maritime auxquels s’appliquerait éventuellement cet article. Il a été indiqué que des procédures concomitantes n’étaient concevables que dans le cas d’actions contre le transporteur contractant ou une partie exécutante maritime, qui bénéficieraient tous deux des limitations prévues dans le domaine maritime.

179. On s’est inquiété de l’application des limites de responsabilité. Lorsque deux parties étaient responsables mais que la limite de responsabilité ne s’appliquait pas à l’une d’elles, le principe de la responsabilité solidaire s’appliquerait jusqu’à cette limite pour l’une des parties tandis que l’autre serait responsable au-delà de cette limite. On a proposé, pour bien montrer que le paragraphe 6 ne devrait traiter que des parties exécutantes maritimes et pour apaiser cette préoccupation, de simplifier le libellé de ce paragraphe de la manière suivante: “Le transporteur contractant et la

partie exécutante maritime assument une responsabilité solidaire". Il a été estimé que cette question devrait être débattue plus avant dans le cadre du paragraphe 7.

180. Après discussion, le Groupe de travail est convenu de limiter le champ d'application du paragraphe 6 aux parties exécutantes maritimes.

181. Faute de temps, le Groupe de travail n'a pas examiné le paragraphe 7 du projet d'article 15.

IV. Questions diverses

182. Le Groupe de travail a noté que sa treizième session était prévue à New York du 3 au 14 mai 2004. Il a noté avec satisfaction qu'à sa trente-sixième session, la Commission avait décidé de lui allouer des sessions de deux semaines pour la poursuite de ses travaux (voir A/58/17, par. 275).

183. Le Groupe de travail a pris note de la proposition faite par quelques délégations d'organiser un séminaire sur les questions de liberté contractuelle dans le transport international de marchandises de porte à porte effectué entièrement ou partiellement par mer, séminaire qui se tiendrait avant sa treizième session. Le secrétariat a été prié d'examiner la possibilité de coparrainer ce séminaire.

B. Document de travail sur l'élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [par mer]: additif à la 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, soumis au Groupe de travail sur le droit des transports à sa douzième session

(A/CN.9/WG.III/WP.28/Add.1) [Original: Anglais/Espagnol]

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Introduction

I. Réponses d'organisations non gouvernementales au questionnaire . . . . .

Instituto Iberoamericano de Derecho Maritimo . . . . . .

II. Déclarations et contributions supplémentaires concernant l'élaboration du projet d'instrument. . . . . .

1. International MultiModal Transport Association (IMMTA) . . . . . .

2. Union internationale d'assurances transports . . . . . .

Annexe Questionnaire . . . . . .

Introduction

1. Un document intitulé "Compilation des réponses à un questionnaire relatif à la réglementation du transport de porte à porte et commentaires des États et des organisations internationales sur le champ d'application du projet d'instrument" (A/CN.9/WG.III/WP.28), publié en janvier 2003, contenait les réponses à un questionnaire distribué aux organisations non gouvernementales et intergouvernementales intéressées ainsi qu'aux États en août 2002 pour rassembler des informations touchant les principes suivis en matière de transport par conteneurs et l'utilisation pour les transporteurs de contrats porte à porte. Ce document contenait également les déclarations et contributions supplémentaires présentées au secrétariat touchant la préparation du projet d'instrument. Le présent additif contient les réponses des déclarations reçues par le secrétariat après la date de publication de la compilation originelle. Dans ce cas également, le questionnaire est reproduit en annexe.

2. L'on trouvera dans la section I ci-dessous la réponse au questionnaire reçue d'une organisation non gouvernementale.

3. Les déclarations et contributions supplémentaires présentées au secrétariat par les organisations non gouvernementales à propos du projet d'instrument sont reproduites dans la section II.

4. Les réponses, déclarations et contributions visées aux paragraphes 2 et 3 sont reproduites telles qu'elles ont été reçues par le secrétariat.

I. Réponses d'organisations non gouvernementales au questionnaire

Instituto Iberoamericano de Derecho Maritimo

[Original: Espagnol]

1 et 2. Disposer d'un régime unique de responsabilité applicable aux transports de porte à porte comprenant une étape maritime sera incontestablement utile pour tous ceux qui participent au commerce international. La question critique est de savoir quelles seront les bases des règles uniformes et dans quelle mesure ces dernières pourront être incorporées aux systèmes juridiques nationaux et régionaux qui contiennent des règles touchant les différents modes de transport, qui sont dans certains cas d'ordre public. À titre d'exemple, l'on peut mentionner les décisions 331 et 393 de l'Accord de Carthagène et l'Accord sur le transport multimodal international conclu entre les États parties au MERCOSUR.

Dans le cas du projet d'instrument envisagé, il s'agira d'appliquer un régime *particulier* au transport multimodal, déjà réglementé – en termes généraux – par la Convention des Nations Unies de 1980 sur le transport multimodal international de marchandises.

Un régime de responsabilité "particulier" pourrait susciter des problèmes s'il s'écarte de la solution adoptée dans la Convention de 1980, et surtout des Règles de Hambourg, qui sont actuellement en vigueur et qui constituent la source de la Convention de 1980 sur le transport multimodal.

3. L'idée consistant à assimiler le transport terrestre au transport par mer va à l'encontre de la réalité, qui est que les pratiques suivies et les procédures applicables diffèrent dans presque tous les pays. Cela est dû au fait que, depuis toujours, le transport par mer est considéré comme ayant une nature spécifique et comme étant soumis à des risques spéciaux, en particulier ce qu'il est convenu d'appeler les "risques de mer". La reconnaissance de ce fait a conduit, il y a déjà longtemps, à accepter une limite de responsabilité ainsi que le concept d'"accidents en mer". Les dispositions relatives à l'exonération et à la limitation de responsabilité contenues dans les Règles de La Haye-Visby ne semblent pas correspondre aux *besoins de l'industrie*, comme cela était le cas il y a plus d'un demi siècle. La nouvelle tendance du droit des avaries va dans le sens d'une responsabilité objective et d'une indemnisation intégrale des dommages causés. Il importe de tenir compte de ces nouveaux concepts, particulièrement dans la mesure où ils s'appliquent au transport terrestre de marchandises dans de nombreux pays.

4. L'idéal d'un régime uniforme, comme indiqué ci-dessus, va à l'encontre des différentes réalités ontologiques et juridiques auxquelles sont confrontées les entreprises de manutention, les transporteurs routiers et ferroviaires, les exploitants

d'entrepôts et de terminaux, etc. Les différences tiennent, entre autres, aux régimes de responsabilité, aux motifs d'exonération, à la limitation de responsabilité et aux délais pour agir.

5. Dans le cas du transport multimodal, l'on pourrait envisager que la partie lésée puisse poursuivre la partie responsable (dommages localisés) ou l'une quelconque des parties ayant participé aux différentes étapes du transport, dans l'hypothèse d'une responsabilité conjointe et solidaire, sans préjudice du droit du défendeur de recouvrer toute indemnisation versée de la partie effectivement responsable du dommage.

L'argument qui milite en faveur de ce principe est l'existence d'un intérêt commun et partagé entre l'opérateur de transport multimodal et les transporteurs successifs et entre tous ces derniers, ainsi que le fait que le concept de transport multimodal est fondé sur un contrat sous-jacent indivisible et collectif avec un certain nombre de parties conjointement responsables de l'ensemble de l'opération de transport, la relation contractuelle étant formalisée non pas initialement mais successivement, chaque transporteur y adhérant lors de la réception des marchandises. La responsabilité conjointe dérive de l'existence d'un intérêt commun partagé, tout comme une responsabilité conjointe et solidaire est supposée en matière commerciale. Ce principe est justifié en outre par la position désavantagée dans laquelle se trouve l'expéditeur s'agissant d'identifier la partie responsable de la perte, du dommage ou du retard intervenu dans la livraison des marchandises. Ce problème se pose continuellement dans le cas du transport de marchandises regroupées en conteneurs.

6. Cette question se rapporte à l'application d'une convention relative aux transports routiers, comme la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route, qui est applicable en Europe, mais qui n'affecte pas les pays ibéro-américains. La réponse à cette question devra par conséquent être apportée par les pays qui appliquent ce régime et qui ont adopté des solutions communes pour le transport routier dans un contexte régional. D'un point de vue purement théorique, l'on pourrait penser qu'il ne devrait y avoir aucune différence entre le régime de responsabilité applicable au transport par mer et au transport par terre, à condition que le régime uniforme adopté présente des caractéristiques communes en ce qui concerne l'obligation de garantie assumée par l'opérateur de transport multimodal à l'égard de d'expéditeur.

7. Compte tenu de ce qui précède, un régime uniforme de responsabilité pourrait être bénéfique dans la mesure où il contribuerait à améliorer la certitude des relations juridiques. Certains auteurs ajoutent une considération économique, à savoir le coût du transport. Toutefois, cela devrait être démontré en détail.

8. Les différents régimes de responsabilité applicables au transport de marchandises de porte à porte entraînent: a) des incertitudes touchant les actions en justice en cas de marchandises endommagées et les conditions applicables en ce qui concerne la sauvegarde des droits du demandeur; b) des différences dans le montant de l'indemnisation (intégrale ou limitée); c) des différences entre ce qui concerne la charge de la preuve, selon le mode de transport ou le lieu où les dommages se sont produits; d) les incertitudes qui affectent la demande lorsque le lieu ou l'origine du

dommage, dans les différentes étapes du transport, n'est pas connu; et e) la possibilité que la responsabilité du transitaire soit engagée lorsque le contrat de transport n'a pas été conclu par l'expéditeur. En pareille situation, il faudrait également envisager le cas de marchandises appartenant à différents expéditeurs mais regroupées par le même transitaire et couvertes par un seul et même connaissement.

9. La possibilité d'une action directe contre le responsable du dommage, dans le cas de sous-traitants, est conforme au principe de responsabilité conjointe dont il est question ci-dessus (réponse 5).

10. Des commentaires sur le projet ont été formulés lors des sessions du Groupe de travail et demeurent valables. La contribution théorique apportée par les rédacteurs de l'instrument est précieuse et importante et, en laissant de côté la question du champ d'application que devrait avoir ce dernier, il est suggéré que l'instrument devrait établir un régime de port à port. La création d'un régime "particulier" pour le transport multimodal comportant une étape maritime ne correspond pas avec l'existence d'un régime général applicable au transport multimodal. D'un autre côté, des progrès utiles ont été accomplis sur la voie de l'élaboration de règlements uniformes concernant certains aspects ignorés par les précédentes séries de règles applicables au transport (par exemple pour ce qui est des dossiers électroniques, de la partie exécutante, du droit de contrôle, etc.).

D'une manière générale et étant donné l'état actuel des réglementations universelles (y compris dans le cadre régional latino-américain), et les différences qui caractérisent les régimes de responsabilité applicables aux transporteurs routiers ou ferroviaires, y compris les exploitants de terminaux, il ne serait pas opportun ni souhaitable d'étendre les formules régissant la responsabilité du transporteur en droit maritime aux étapes terrestres du transport de porte à porte.

II. Déclarations et contributions supplémentaires concernant l'élaboration du projet d'instrument

1. International MultiModal Transport Association (IMMTA)

[Original: Anglais]

L'IMMTA considère que les régimes actuellement applicables à la responsabilité des transporteurs sont dépassés, sérieusement fragmentaires et coûteux pour leurs usagers et qu'un meilleur système serait hautement souhaitable.

Une nouvelle approche globale qui s'appliquerait de façon commune à tous les modes de transport serait extrêmement opportune. S'il était possible de soumettre tous les modes de transport à un régime global unique, cette approche serait sans doute appuyée par beaucoup des usagers et des prestataires de services de transport. L'IMMTA est donc d'avis qu'il s'agit là d'un objectif louable.

Si une telle formule était considérée comme une solution trop radicale pour moderniser les régimes de responsabilité applicables aux transports, une autre solution pourrait consister à s'employer à appliquer un régime cohérent au moins au

transport de marchandises de porte à porte, quels que soient les divers modes de transport employés. Cependant, il ne faut pas que l'instrument soit une convention maritime dont l'application serait élargie au-delà du port, mais plutôt un véritable instrument multimodal, faute de quoi l'effort serait condamné à l'échec. Il importe par exemple de tenir compte pleinement des intérêts des transporteurs ferroviaires.

L'IMMTA est fermement convaincue que l'élaboration d'un nouveau régime de responsabilité applicable au transport de porte à porte doit être entreprise avec la participation de représentants de tous les modes de transports et usagers intéressés. Un travail qui serait mené sans la pleine participation de toutes les parties intéressées n'aboutirait qu'à un autre instrument non viable qui ne remédierait pas aux carences qui caractérisent la situation actuelle.

Un tel régime international de responsabilité devrait, pour réussir, présenter des avantages manifestes par rapport au cadre juridique existant. Toute mesure ponctuelle ou fragmentaire ne ferait qu'aggraver la complexité actuelle sans pour autant présenter d'avantages quelconques.

Tout nouvel instrument devrait employer un langage familier pour pouvoir être immédiatement compréhensible par les tribunaux chargés de connaître des affaires de transport. Cela signifierait qu'il faudrait, dans toute la mesure possible, emprunter les dispositions des conventions existantes en matière de transports. Si l'on souhaite moderniser les dispositions utilisées dans lesdites conventions, adoptées au début du XXe siècle, les rédacteurs devraient s'inspirer des conventions qui ont été élaborées pendant la deuxième moitié du siècle. Il pourrait s'inspirer aussi du projet de texte COGSA des États-Unis. Cela étant, les rédacteurs devront prendre grand soin pour que le texte soit clair et ne suscite pas de confusion.

L'actuel projet de texte englobe des domaines qui n'entrent pas dans le champ d'application des conventions existantes, et le Groupe de travail devrait par conséquent étudier très attentivement les avantages qu'aurait l'inclusion de ces domaines dans un nouvel instrument.

2. Union internationale d'assurances transports

[Original: Anglais]

L'Union internationale d'assurances transports, fondée en 1874, représente 53 associations nationales d'assurances transports opérant sur des marchés du monde entier. Les membres de l'Union représentent 80% du total mondial des primes d'assurance maritime, qui a atteint quelque 10,5 milliards de dollars en 2001.

En tant qu'organisation internationale représentant les assureurs des intérêts aussi bien des transporteurs que des expéditeurs, l'Union appuie l'élaboration d'un traité uniforme moderne relatif au transport de marchandises par mer qui soit équitable, équilibré et raisonnable pour toutes les parties en présence.

L'Union se félicite de l'initiative qu'a prise la CNUDCI de promouvoir l'harmonisation du droit maritime international et apprécie beaucoup les contributions que le Comité maritime international (CMI) a apportées à la préparation de ce projet d'instrument.

C’est avec plaisir que l’Union internationale répond à l’invitation qu’a faite la CNUDCI aux entités commerciales de participer à l’élaboration d’un instrument moderne et de formuler les observations suivantes:

Champ d’application (projet d’article 4.2.1)

L’Union internationale est d’avis que le projet d’instrument devrait être étendu aux expéditions de porte à porte qui comprennent une étape par mer. En établissant un cadre juridique clair comme celui-ci, l’on réduirait le nombre de différends et l’on simplifierait les procédures de recouvrement en cas de dommages étant donné que l’une des principales difficultés, dans le système actuel, consiste à établir où la perte ou le dommage s’est produit et par conséquent quel est le transporteur responsable et quel est le régime de responsabilité applicable. En outre, il peut être difficile d’identifier le transporteur, et les clauses de reconnaissance d’un for étranger peuvent poser des problèmes. La situation idéale serait d’avoir une série uniforme de règles qui s’appliqueraient pendant tout le transport, plutôt qu’un système en réseau qui, même si sa portée est limitée, crée des incertitudes. L’on pourrait ainsi faciliter le recouvrement en cas de dommage ou de perte, éclaircir la responsabilité du transporteur et réduire la paperasserie. À cette fin, il faut tout d’abord mobiliser l’appui des organisations qui représentent toutes les parties qui interviennent dans le transport, comme les entreprises de manutention, les exploitants de terminaux, les transporteurs routiers et ferroviaires et les exploitants d’entrepôts.

Cependant, il peut se poser des problèmes internes de juridiction et l’acceptation au plan international n’est pas encore uniforme. S’il n’est pas possible d’instituer un régime uniforme de responsabilité en raison des conventions internationales existantes qui régissent des modes spécifiques de transport, l’Union internationale souhaiterait que les limites de responsabilité en cas de dommages non localisés soient régies par les dispositions internationales de caractère contraignant les plus rigoureuses.

Parties exécutantes (projet d’article 1.17)

L’Union internationale souscrit pleinement au principe selon lequel il peut être formulé une réclamation directe à l’encontre de sous-traitants et appuierait une règle imposant une responsabilité conjointe et solidaire au transporteur ayant émis le connaissement et au transporteur effectif ainsi qu’à tout transporteur intermédiaire ou transitaire ayant sous-traité l’opération à un autre transporteur. L’Union internationale tient à souligner, à cet égard, qu’il est très important que les règles de la Convention soient claires et dépourvues d’ambiguïté sur le point de savoir si une action en justice peut être intentée contre un transporteur intermédiaire ou un transitaire. Aux termes de la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR), la solution sur ce point semble être laissée aux tribunaux de chaque pays. Il importe d’éviter de telles incertitudes.

Responsabilité des transporteurs (projet d’articles 4, 5 et 6)

L’Union internationale est d’avis qu’il faudrait modifier la répartition actuelle des risques. Elle considère qu’il faudrait éliminer tous les moyens de défense fondés sur une erreur de navigation ou de gestion. Il n’existe pas de statistiques permettant

d'évaluer la réduction des risques pour les assureurs de cargaison, mais les sociétés de souscriptions estiment que la réduction serait inférieure à 4%.

L'Union internationale considère en outre qu'il faudrait supprimer l'exemption fondée sur l'incendie. Il n'existe pas de statistiques permettant d'évaluer la réduction des risques pour les assureurs de cargaison, mais l'on estime qu'elle serait inférieure à 2%.

Par ailleurs, l'Union internationale considère que l'obligation de maintenir le navire en état de navigabilité devrait s'étendre à l'ensemble de la traversée. Il n'existe pas de statistiques permettant d'évaluer la réduction des risques pour les assureurs de cargaison, mais l'on estime qu'elle serait inférieure à 1%.

Article 6.1.4 du projet d'instrument

L'Union internationale est favorable au maintien de l'actuel système de responsabilité du transporteur pour l'intégralité de la perte, sauf dans la mesure où le transporteur peut prouver que la perte a été causée par un événement dont il n'est pas responsable. Exiger du transporteur et de l'auteur de la réclamation qu'ils partagent le fardeau consistant à prouver la cause de la perte n'est pas réaliste car cela suppose que l'expéditeur a le même accès à l'information concernant les conditions de transport et l'exécution des opérations de manutention de la cargaison que le transporteur, ce qui n'est manifestement pas le cas. L'Union internationale estime que, si la perte était répartie à parts égales, l'augmentation du risque pour les assureurs de la cargaison dépasserait 10%.

Contrat mixte de transport et de transit (projet d'article 4.3)

L'Union internationale est tout à fait contre la possibilité que le transporteur puisse par contrat s'exonérer de responsabilité en adoptant le rôle exclusif de mandataire.

Le transporteur ne devrait pas être autorisé à abandonner son rôle de mandant pour adopter celui de mandataire pendant le transport. Dans la pratique, il serait extrêmement difficile, sinon impossible, de déterminer à quel titre le transporteur a agi aux différentes étapes du transport. Permettre qu'un transporteur puisse agir en qualité à la fois de mandant et de mandataire pendant le transport l'encouragerait à avoir recours à des obstacles stratégiques de caractère juridique et favoriserait des pratiques tendant principalement à éluder toute responsabilité pour réaliser des économies.

Telle qu'elle est actuellement rédigée, la disposition correspondante exige un "accord exprès", condition qui, dans de nombreux pays, risque d'être satisfaite par de simples clauses standard pré-imprimées. Il ne faudrait pas permettre au transporteur de ramener son rôle à celui de mandataire et d'être exonéré de la responsabilité qui incombe au transporteur sur la base de dispositions toutes faites du titre de transport.

Dans le trafic des lignes maritimes, les propriétaires de la cargaison n'exercent aucun contrôle sur la partie à laquelle le transporteur sous-traite les services, et entamer une action en justice dans un pays étranger après une enquête onéreuse sur la cause d'un dommage découragerait vivement des réclamations qui pourraient réellement donner lieu à réparation.

Notification de la perte (projet d'article 6.9)

Le délai proposé de trois jours n'est pas suffisant et serait le plus souvent impossible à respecter dans la pratique. Ce délai de notification a été fixé il y a un siècle, à l'époque où les transports maritimes étaient moins complexes, les dommages plus évidents et la manutention des marchandises au point de destination moins automatisée.

L'Union internationale considère qu'un délai de notification de sept jours serait raisonnable dans tous les cas, que ce soit de porte à porte ou de port à port, car il donnerait aux destinataires une possibilité réelle d'inspecter les marchandises. Le volume des échanges augmente constamment, et les destinataires sont soumis à des conditions de sécurité, d'inspection et de notification de plus en plus nombreuses après la livraison. Cela peut permettre, dans certains cas, de détecter plus tôt des dommages éventuels, mais d'autres priorités peuvent retarder la notification au transporteur, par exemple les systèmes automatisés de gestion des inventaires et les analyses tendant à déterminer la sécurité des produits alimentaires.

Délai pour agir (projet d'article 14.1)

Il s'agit là d'une question qui, dans la pratique, revêt une importance fondamentale pour les assureurs de cargaison. Le bref délai de prescription d'un an entraîne des actions en justice inutiles motivées uniquement par le souci d'éviter qu'une réclamation se trouve prescrite.

S'il n'est pas possible d'estimer le coût des actions inutiles et du personnel supplémentaire avec exactitude, le coût d'une action en justice peut dépasser 10% de la réparation réclamée, et ce coût se trouverait considérablement réduit si le délai de prescription était allongé. L'Union internationale considère que ce délai devrait être de deux ans, c'est-à-dire le même que celui qui a été adopté dans des conventions comme les Règles de Hambourg, la Convention de Budapest sur les contrats de transport de marchandises par cours d'eau intérieurs adoptée en 2000 et la Convention de Montréal de 1999.

Si le délai de prescription d'un an n'est pas prolongé, il devrait cesser de courir pendant que le transporteur étudie la réclamation. Le destinataire est tenu d'adresser au transporteur une notification préliminaire dans un délai limité suivant la livraison. Le transporteur a à ce moment-là le droit d'inspecter la cargaison. Il est toujours assez clair qu'une demande de réparation sera présentée. Les personnes qui ont un intérêt dans la cargaison sont tenues, lorsqu'elles présentent leur réclamation, d'établir que tous les efforts de récupération ont été faits, opération qui peut s'étendre sur une période assez longue, particulièrement s'il intervient une opération de raffinage ou de refabrication. Les pratiques optimales veulent que les méthodes les plus efficaces soient utilisées pour tenir le transporteur informé du déroulement de l'ensemble de ce processus, par exemple en l'invitant à formuler des observations ou à inspecter à nouveau les marchandises. En outre, obtenir des informations des transporteurs prend du temps, si tant est qu'il soit possible de les obtenir, ce pour quoi le propriétaire de la cargaison ne devrait pas être pénalisé. Les investigations sur la cause du dommage peuvent aussi être longues, particulièrement dans les pays où ce sont les autorités responsables de la sécurité maritime et/ou les tribunaux eux-mêmes qui font enquête sur les avaries et qui prennent un certain temps pour publier leurs conclusions.

En outre, il est indispensable qu'une prorogation d'une année puisse être obtenue au nom des parties intéressées et des parties appropriées. Or, il s'agit là souvent d'une question juridique complexe qui exige l'assistance d'avocats et de longues enquêtes pour déterminer qui est habilité à agir et qui est responsable en vertu du contrat de transport.

Nous ne voyons guère d'utilité au maintien du délai de prescription d'un an étant donné qu'il n'économise aucun coût aux transporteurs et risque d'être excessivement court dans le cas des réclamations véritablement complexes. En outre, le système actuel paraît fort injuste dans la mesure où il récompense les transporteurs qui retardent inutilement l'instruction d'une réclamation.

Limites de la liberté contractuelle et champ d'application (projet d'articles 3 et 17)

Manifestement, permettre aux parties de déroger par contrat aux dispositions du projet d'instrument réduirait l'uniformité du régime établi. L'Union internationale considère par conséquent que les possibilités de dérogation a l'instrument devraient être limitées.

Les parties contractantes ne devraient pas être autorisées à déroger par contrat aux dispositions de l'instrument. Aux termes des Règles de La Haye et de la Haye-Visby, les parties peuvent déroger aux dispositions en question dans le cas d'accords spéciaux relevant de connaissements non négociables et lorsque l'objet du contrat justifie des arrangements spéciaux et n'est pas une expédition commerciale ordinaire faite dans le cadre normal des affaires. Nous considérons que ce principe devrait être maintenu dans le projet d'instrument.

En outre, les tierces parties ne devraient pas être liées si les parties à un accord sont autorisées à déroger par contrat aux dispositions du projet d'instrument.

Toutefois, les dispositions applicables aux chartes-parties, aux affrètements de créneaux et d'espaces et au transport d'animaux vivants ne devraient pas nécessairement être obligatoires.

For

Quelques membres de l'Union internationale d'assurances transports ont exprimé de sérieuses réserves touchant la disposition relative au for compétent pour connaître des différends et statuer à l'issue d'une procédure judiciaire ou d'arbitrage. L'Union internationale recommande vivement l'adoption des dispositions contenues dans les Règles de Hambourg selon lesquelles les parties à un différend peuvent choisir un for sur une liste d'options, y compris le lieu d'origine ou le lieu de livraison de l'expédition. Le transporteur ayant émis le connaissement et l'expéditeur ne devraient pas être autorisés à convenir d'un for et à imposer ce choix à un destinataire qui n'y a pas consenti.

ANNEXE

QUESTIONNAIRE

1. Pensez-vous qu'il serait utile de disposer d'un régime unique de responsabilité applicable aux transports de porte à porte comprenant une étape maritime?

2. Si tel est le cas, pourquoi?

3. Les mêmes règles juridiques devraient-elles s'appliquer à l'ensemble du transport de marchandises, tant terrestre que maritime?

4. Tous ceux qui interviennent dans le transport de marchandises de porte à porte, y compris les entreprises de manutention, les exploitants de terminaux, les transporteurs routiers et ferroviaires et les exploitants d'entrepôts, devraient-ils être soumis au même régime de responsabilité que le transporteur maritime?

5. Les intéressés à la cargaison ou leurs assureurs devraient-ils avoir le droit, en cas de dommages causés par un intervenant particulier dans le transport de porte à porte, qu'une entreprise de manutention, un exploitant de terminal, un transporteur routier ou ferroviaire ou un exploitant d'entrepôts, d'adresser directement une réclamation audit intervenant dans le cadre d'un régime multimodal unique?

6. Lorsque des conventions existantes, telles que la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR), sont applicables au transport terrestre, ces conventions devraient-elles continuer de régir la responsabilité du transporteur terrestre participant à un transport de marchandises maritime et terrestre, celui-ci pourrait-il, dans certaines circonstances, être soumis au même régime de responsabilité que le transporteur maritime?

7. Quels avantages éventuels aurait, à votre avis, l'application d'un régime uniforme de responsabilité au transport tant terrestre que maritime dans le contexte du transport multimodal?

8. Quels problèmes éventuels se posent fréquemment à l'heure actuelle du fait des différents régimes de responsabilité applicables au transport de marchandises de porte à porte?

9. Pensez-vous qu'il serait bon pour l'industrie des transports que les intéressés à la cargaison ou leurs assureurs aient la possibilité, en cas de dommage ou de perte survenus pendant que les marchandises étaient sous la garde d'un sous-traitant, du transporteur qui a émis le connaissement, de se retourner directement contre ce sous-traitant?

10. Veuillez indiquer si vous avez d'autres observations ou commentaires à formuler sur le texte actuel du projet d'instrument élaboré par la CNUDCI.

C. Note du Secrétariat sur le projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer], document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit des transports à sa douzième session

(A/CN.9/WG.III/WP.32) [Original: Anglais]

		Paragraphes
Introduction		1-5
		s
Annexe	Projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou ..... partiellement] [par mer]	1-240
Chapitre premier:	Dispositions générales	1-38
Article 1.	Définitions	1-26
Article 2.	Champ d'application	27-38
Chapitre 2:	Communication électronique	39
Article 3.		
Article 4.		
Article 5.		
Article 6.		40
Chapitre 3:	Durée de la responsabilité	41-44
Article 7.		41
Article 8.	Transport précédant ou suivant un transport par mer	42-43
Article 9.	Contrats mixtes de transport et de transit	44
Chapitre 4:	Obligations du transporteur	45-56
Article 10.		45
Article 11.		46
Article 12.		48-49
Article 13.	Obligations supplémentaires applicables au voyage par mer	50-56
Chapitre 5:	Responsabilité du transporteur	57-102
Article 14.	Fondement de la responsabilité	57-80
Article 15.	Responsabilité des parties exécutantes	81-83
Article 16.	Retard	84-86
Article 17.	Calcul de la réparation	87-90
Article 18.	Limites de la responsabilité	91-93
Article 19.	Déchéance du droit de limiter la responsabilité	94
Article 20.	Avis de perte, de dommage ou de retard	95-101
Article 21.	Recours judiciaires	102
Chapitre 6:	Dispositions supplémentaires relatives au transport par mer [ou autres eaux navigables]	103-113
Article 22.	Responsabilité du transporteur	104-108
Article 23.	Déroutement	109-112
Article 24.	Marchandises en pontée	113

Chapitre 7: Obligations du chargeur 114-126
Article 25. 114-116
Article 26. 117
Article 27. 118
Article 28. 119
Article 29. 120
Article 30. 123-125
Article 31. . . . .
Article 32. 126
Chapitre 8: Documents de transport et enregistrements électroniques 127-146
Article 33. Émission du document de transport ou de l'enregistrement électronique 127
Article 34. Données du contrat 128-131
Article 35. Signature 132-133
Article 36. Insuffisance des données du contrat 134-138
Article 37. Réserves concernant la description des marchandises dans les données du contrat 139-142
Article 38. Moyens raisonnables de vérification et bonne foi 143
Article 39. Présomption sauf preuve contraire et preuve concluante. 144-145
Article 40. Force probante des réserves 146
Chapitre 9: Fret 147-159
Article 41. 148
Article 42. 149-151
Article 43. 152
Article 44. 153-158
Article 45. 159
Chapitre 10: Livraison au destinataire 160-179
Article 46. 160-162
Article 47. 163
Article 48. 164-167
Article 49. 168-174
Article 50. 175-176
Article 51. 177
Article 52. 178-179
Chapitre 11: Droit de contrôle. 180-200
Article 53. 180-183
Article 54. 184-190
Article 55. 191-197
Article 56. 198
Article 57. 199
Article 58. 200
Chapitre 12: Transfert de droits. 201-207
Article 59. 201-202
Article 60. 203-205

Article 61. 206
Article 62. 207
Chapitre 13: Droits d'action 208-213
Article 63. 208-211
Article 64. 212
Article 65. 213
Chapitre 14: Délai pour agir 214-221
Article 66. 214-215
Article 67. 216
Article 68. 217
Article 69. 218-219
Article 70. 220
Article 71. 221
Chapitre 15: Compétence 222-224
Article 72. . . . . .
Article 73. . . . . .
Article 74. . . . . .
Article 75. . . . . .
Article 75 *bis*. . . . . .
Chapitre 16: Arbitrage 225-228
Article 76. . . . . .
Article 77. 227
Article 78. . . . . 226 et 228
Article 79. . . . . .
Article 80. . . . . .
Article 80 *bis*. . . . . .
Chapitre 17: Avaries communes 229-230
Article 81. 229
Article 82. 230
Chapitre 18: Autres conventions 231-235
Article 83. 231
Article 84. 232
Article 85. 233
Article 86. 234
Article 87. 235
Chapitre 19: Limites de la liberté contractuelle 236-240
Article 88. 237-239
Article 89. 240

Introduction

1. 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 du transporteur, les obligations du chargeur et les documents de transport[1]. 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 devrait s'appliquer 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[2].

2. À sa trente-sixième session, en juillet 2003, 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).

3. 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 contrats 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 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 en tout ou en partie le régime relatif au transport de porte à porte.

4. 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

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 345.

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

deux semaines. Après un débat, la Commission a autorisé le Groupe de travail III, à titre exceptionnel, à se réunir pendant deux semaines à ses douzième et treizième sessions. Il a été convenu que la situation du Groupe de travail à cet égard devrait être 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 tienne des réunions en bonne et due forme[3].

5. L'annexe à la présente note contient des dispositions révisées pour un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] élaborées par le secrétariat pour examen par le Groupe de travail. On a signalé les modifications apportées au texte précédemment examiné par le Groupe de travail (qui figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.21) en soulignant ou en barrant les passages nouveaux ou supprimés.

[3] Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 205 à 208.

Annexe

Projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. Définitions[1]

Aux fins du présent instrument:

a) ~~1.5~~ Le terme "contrat de transport"[2] désigne un contrat par lequel un transporteur s'engage, contre paiement d'un fret, à transporter des marchandises **entièrement ou partiellement**[3] par mer d'un lieu à un autre.

b) ~~1.1~~ Le terme "transporteur"[4] désigne une personne qui conclut un contrat de transport avec un chargeur.

c) ~~1.3~~ Le terme "expéditeur"[5] désigne une personne qui remet les marchandises ~~à un~~ au transporteur ou à une partie exécutante [6] à des fins de transport.

---

[1] Le paragraphe 72 du rapport du Groupe de travail sur le droit des transports sur les travaux de sa neuvième session (A/CN.9/510) indique qu'il a été généralement convenu que la lisibilité du projet d'instrument serait améliorée si l'on structurait les définitions d'une manière plus logique, en énumérant d'abord les différentes parties pouvant intervenir dans les relations contractuelles régies par celui-ci, puis les termes techniques employés dans les projets de dispositions. L'ordre des définitions a été modifié conformément à cette suggestion. Le Groupe de travail pourrait également envisager de donner des titres aux articles du projet d'instrument qui n'en ont pas encore.

[2] Au paragraphe 83 du document A/CN.9/510, il a été dit que cette définition était trop simpliste et pourrait exiger un examen plus détaillé des diverses obligations du transporteur. On a en outre proposé de mentionner également le chargeur et de parler dans la définition d'une "personne" plutôt que du "transporteur". Aucune décision n'ayant été prise sur ces questions, ces suggestions n'ont pas été incorporées dans la définition.

[3] Il est indiqué au paragraphe 85 du document A/CN.9/510 que le Groupe de travail a décidé que les mots "entièrement ou partiellement" seraient maintenus dans le projet de disposition mais qu'ils seraient signalés par un moyen typographique approprié comme étant un élément pouvant nécessiter un examen particulier en fonction de la décision finale qui serait prise en ce qui concerne le champ d'application du projet d'instrument. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner si ces mots devraient figurer dans le titre du projet d'instrument.

[4] Il a été rappelé au paragraphe 73 du document A/CN.9/510 que la définition du terme "transporteur" suivait le même principe que celui qui était énoncé dans les Règles de La Haye-Visby et dans les Règles de Hambourg. On s'est inquiété de ce que la définition ne faisait pas suffisamment référence aux parties pour le compte desquelles était conclu un contrat de transport, qu'elle ne couvrait pas adéquatement le cas des transitaires et qu'elle n'indiquait pas clairement qu'elle englobait à la fois les personnes physiques et les personnes morales. Le Groupe de travail n'est pas parvenu à un accord sur ces questions, mais a convenu au paragraphe 74 du même document que la définition actuelle constituait une base acceptable pour la suite des discussions.

[5] Au paragraphe 78 du document A/CN.9/510, on s'est dit favorable à ce qu'il soit précisé que l'expéditeur remettait les marchandises "pour le compte" du chargeur. Il a en outre été proposé au paragraphe 79 du même document d'apporter une indication supplémentaire pour préciser que l'expéditeur devrait remettre les marchandises au transporteur "substitué" ou "exécutant"; toutefois, selon un avis, les mots "un transporteur" tenaient suffisamment compte du fait qu'une

d) ~~1.19~~ Le terme “chargeur”[7] désigne une personne qui conclut un contrat de transport avec un transporteur.

e) ~~1.17~~ Le terme “partie exécutante”[8] désigne une personne autre que le transporteur qui s’acquitte matériellement [ou s’engage à s’acquitter][9] ~~[ou ne s’acquitte pas de tout ou partie]~~[10] de l’une quelconque des obligations du transporteur en vertu d’un contrat de transport aux fins du transport, de la manutention, de la garde ou du stockage des marchandises, dans la mesure où elle agit, directement ou indirectement, à la demande du transporteur ou sous la supervision ou le contrôle de celui-ci, indépendamment du fait de savoir si elle est partie au contrat de transport, y est identifiée ou assume en vertu de ce contrat une responsabilité juridique. Le terme “partie exécutante” ne s’entend pas de toute personne qui est engagée par un chargeur ou un destinataire, ou est un employé, agent, fournisseur ou sous-traitant d’une personne (autre que le transporteur) qui est engagée par un chargeur ou un destinataire.

---

partie exécutante pouvait intervenir en plus du transporteur initial. Enfin, selon un point de vue exprimé au paragraphe 80 du même document, le Groupe de travail pourrait prendre en considération le texte du paragraphe 5 de l’article premier de la Convention multimodale s’il modifiait la définition. Le Groupe de travail n’est pas parvenu à un accord concernant la modification de cette disposition.

[6] Le projet initial d’instrument établi par le Comité maritime international (CMI) comportait un oubli qui n’a pas été réparé dans la version précédemment examinée par le Groupe de travail, alors que le CMI souhaitait remplacer les mots “un transporteur” par “au transporteur ou à une partie exécutante” dans les cas où cela était nécessaire. Cette modification a été apportée en plusieurs endroits de la présente version du projet d’instrument.

[7] Comme indiqué au paragraphe 107 du document A/CN.9/510, compte tenu des préoccupations exprimées lors de l’examen de la définition du terme “transporteur” figurant à l’article 1.1 (devenu l’alinéa b)), il a été généralement convenu que le projet de définition du terme “chargeur” constituait une base acceptable pour la poursuite des discussions à une session ultérieure.

[8] Bien que quelques opinions contraires aient été exprimées, il est dit au paragraphe 99 du document A/CN.9/510 que l’inclusion de cette notion dans le projet d’instrument a été largement appuyée; la définition de cette notion a également été largement appuyée, y compris l’emploi des mots “qui s’acquitte matériellement” pour limiter les catégories de personnes qu’elle recouvre. Comme indiqué au paragraphe 104 du même document, des suggestions ont été faites en vue de simplifier et de raccourcir le texte de la définition et il a été proposé de supprimer le membre de phrase “indépendamment du fait de savoir si elle est partie au contrat de transport, y est identifiée ou assume en vertu de ce contrat une responsabilité juridique” car on estimait qu’il manquait de clarté et n’ajoutait rien de fondamental. Toutefois, on ne sait pas très bien si cette proposition a reçu un appui suffisant au sein du Groupe de travail.

[9] Comme indiqué au paragraphe 100 du document A/CN.9/510, on a proposé de conserver pour l’instant toutes les variantes de la définition du terme “partie exécutante” figurant dans le projet de texte et dans le commentaire. Au paragraphe 16 du document A/CN.9/WG.III/WP.21, on a proposé, comme variante possible de la définition relativement restrictive que constituait le texte initial, une définition relativement extensive qui pourrait commencer comme suit: “une personne autre que le transporteur qui s’acquitte ou s’engage à s’acquitter de l’une quelconque des obligations du transporteur en vertu d’un contrat de transport aux fins du transport, de la manutention, de la garde ou du stockage des marchandises, dans la mesure où...”.

[10] Il est indiqué au paragraphe 104 du document A/CN.9/510 que le Groupe de travail a estimé que ces mots devraient être supprimés.

f) ~~1.12~~ Le terme “porteur”[11] désigne une personne ~~a)~~ qui est pour le moment en possession d’un document de transport négociable ou a [l’accès exclusif à un] [le contrôle exclusif d’un] enregistrement électronique négociable, et ~~b)~~ qui:

i) si le document est un document à ordre, y est identifiée comme le chargeur ou le destinataire, ou est la personne au profit de laquelle le document est dûment endossé;

ii) si le document est un document à ordre endossé en blanc ou un document au porteur, est le porteur dudit document;

iii) si un enregistrement électronique négociable est utilisé, est, conformément à l’article 6 ~~2.4~~, à même de démontrer qu’elle a [accès à] [le contrôle de] cet enregistrement.

g) ~~1.18~~ Le terme “droit de contrôle” [12] a le sens qui lui est donné à l’article 49 ~~11.1~~.

h) ~~1.7~~ Le terme “partie contrôlante”[13] désigne la personne qui, en vertu de l’article 50 ~~11.2~~, est habilitée à exercer le droit de contrôle.

i) ~~1.2~~ Le terme “destinataire” [14] désigne une personne habilitée à prendre livraison des marchandises en vertu d’un contrat de transport, d’un document de transport ou d’un enregistrement électronique.

j) ~~1.11~~ Le terme “marchandises” désigne les objets, marchandises et articles de quelque nature que ce soit [qu’un transporteur ou une partie exécutante [a reçus à des fins de transport] [s’engage à transporter en vertu d’un contrat de transport]][15]

---

[11] Au paragraphe 91 du document A/CN.9/510, il a été dit que les mots “pour le moment” étaient inutiles et on a appuyé l’idée d’exiger que le porteur soit en possession “légale” d’un document de transport négociable. Là aussi, on ne sait pas très bien si cette suggestion a recueilli un appui suffisant au sein du Groupe de travail.

[12] Il a été noté au paragraphe 105 du document A/CN.9/510 que cette disposition était davantage un renvoi qu’une définition et pourrait donc être supprimée. Le Groupe de travail est toutefois convenu de la conserver en vue de l’examiner à nouveau à un stade ultérieur. Voir également *infra*, note 13.

Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la première phrase du chapeau de l’article 11.1 (devenu l’article 53) devrait être déplacée à l’article 1.18 (devenu l’alinéa g)) pour y figurer en tant que définition du terme “droit de contrôle”. Si le Groupe de travail en décidait ainsi, l’alinéa g) pourrait se lire comme suit: “Le terme ‘droit de contrôle’ désigne i) le droit de donner des instructions au transporteur en vertu du contrat de transport et ii) le droit de convenir avec le transporteur d’une modification de ce contrat.”

[13] Tout en notant les préoccupations exprimées au paragraphe 87 du document A/CN.9/510 à propos de l’utilisation de renvois dans la partie définition, le Groupe de travail est convenu que cette définition devrait être conservée pour la poursuite des discussions.

[14] Comme noté au paragraphe 75 du document A/CN.9/510, on a proposé de modifier la définition comme suit: “Le terme ‘destinataire’ désigne une personne habilitée à prendre livraison des marchandises en vertu d’un contrat de transport, qui peut être constaté par un document de transport ou un enregistrement électronique” et on a également estimé qu’il faudrait peut-être faire référence à la partie contrôlante dans la définition du terme “destinataire”. Comme indiqué au paragraphe 76 du même document, le Groupe de travail a pris note de ces questions, préoccupations et suggestions pour la reprise ultérieure du débat.

[15] Au paragraphe 90 du document A/CN.9/510, on a exprimé la crainte que la référence, dans la définition, à des “marchandises” qu’un transporteur ou une partie exécutante a “reçues à des fins de transport” plutôt qu’à des marchandises qu’il ou elle “s’engage à transporter” puisse signifier

et s'entend également de l'emballage et de tout équipement et conteneur non fourni par ou pour le compte ~~d'un~~ du transporteur ou d'une partie exécutante.

k) ~~1.20~~ Le terme "document de transport"[16] désigne un document émis en vertu d'un contrat de transport par ~~un~~ le transporteur ou une partie exécutante qui:

i)~~a)~~ atteste la réception, par ~~un~~ le transporteur ou une partie exécutante, de marchandises en vertu d'un contrat de transport; ou

ii)~~b)~~ atteste ou contient un contrat de transport;

ou les deux.

l) ~~1.14~~ Le terme "document de transport négociable"[17] désigne un document de transport qui indique, par une mention telle que "à ordre" ou "négociable", ou toute autre mention appropriée reconnue comme ayant le même effet en vertu de la loi régissant le document, que les marchandises ont été expédiées à l'ordre du chargeur, à l'ordre du destinataire ou au porteur, et qui n'est pas explicitement signalé comme étant "non négociable" ou "innégociable".

---

que cette définition ne couvrait pas les cas où le transporteur n'avait pas pris réception des marchandises ou ne les avait pas chargées à bord d'un navire. Il a été dit qu'en ne faisant référence qu'à la réception des marchandises, la définition actuelle était trop étroite et on a suggéré comme autre solution de la simplifier en supprimant toute référence à la réception des marchandises. Le Groupe de travail a décidé que le secrétariat établirait deux variantes tenant compte de chacun de ces points de vue; toutefois, il souhaitera peut-être examiner si la modification ci-dessus pourrait répondre à ses préoccupations après élimination de l'une des deux variantes.

Le Groupe de travail voudra peut-être également noter que, si la variante "s'engage à transporter en vertu d'un contrat de transport" est retenue, le segment de phrase complet devra se lire comme suit: "qu'un transporteur s'engage à transporter en vertu d'un contrat de transport", étant donné que la partie exécutante ne s'engage pas à transporter les marchandises en vertu du contrat. En revanche, si la variante "a reçus à des fins de transport" est adoptée, le membre de phrase complet devrait alors se lire comme suit: "qu'un transporteur ou une partie exécutante a reçus à des fins de transport".

16 Au paragraphe 86 du document A/CN.9/510, il a été suggéré, en ce qui concerne la définition du terme "données du contrat"(voir *infra*, note 23) figurant à l'article 1.6 (devenu l'alinéa r)), d'indiquer plus clairement ce que les mots "concernant le contrat de transport" recouvraient. À cet égard, il a été proposé que, lors de son examen des projets d'articles 1.9 et 1.20 (devenus les alinéas o) et k)), le Groupe de travail se pose la question de savoir s'il était réellement nécessaire d'exiger qu'une communication électronique ou un document de transport atteste un contrat de transport. Cette définition est vraisemblablement fondée sur le paragraphe 1 de l'article 5 de la *Carriage of Goods by Sea Act 1992* (loi sur le transport de marchandises par mer de 1992) du Royaume-Uni, mais il ne semble faire aucun doute que le document de transport atteste généralement aussi le contrat de transport. Il ne serait donc apparemment pas souhaitable de placer l'article 1.20.b) (devenu l'alinéa k) ii)) ou l'article 1.9.b) (devenu l'alinéa o) ii)) entre crochets.

17 Il a été suggéré au paragraphe 93 du document A/CN.9/510 d'expliquer plus clairement les différences entre négociabilité et non-négociabilité, en particulier afin d'élaborer des règles appropriées sur les enregistrements électroniques négociables. On a répondu qu'il importait d'être précis sur ce point, en particulier parce qu'il s'agissait d'un domaine nouveau sur lequel le droit national avait une incidence, mais que le Groupe de travail ne devait pas oublier qu'il ne pouvait établir des règles régissant toutes les conséquences.

m) ~~1.16~~ Le terme “document de transport non négociable”[18] désigne un document de transport qui ne remplit pas les conditions d’un document de transport négociable.

n) ~~1.8~~ Le terme “communication électronique”[19] désigne toute communication par images électroniques, optiques ou numériques ou par des moyens similaires faisant que l’information communiquée est accessible de façon à être utilisable pour référence ultérieure. La communication s’entend de la production, du stockage, de l’envoi et de la réception.

o) ~~1.9~~ Le terme “enregistrement électronique” [20] désigne toute information contenue dans un ou plusieurs messages émis par des moyens de communication électronique en vertu d’un contrat de transport par un transporteur ou une partie exécutante qui:

i) ~~a)~~ atteste la réception, par ~~un~~ le transporteur ou une partie exécutante, de marchandises en vertu d’un contrat de transport; ou

ii) ~~b)~~ atteste ou contient un contrat de transport;

ou les deux.

Il s’entend également des informations jointes ou autrement liées à l’enregistrement électronique au moment de son émission par le transporteur ou une partie exécutante ou ultérieurement.

p) ~~1.13~~ Le terme “enregistrement électronique négociable” [21] désigne un enregistrement électronique:

i) qui indique, par des mentions telles que “à ordre” ou “négociable”, ou par d’autres mentions appropriées reconnues comme ayant le même effet en vertu de la loi régissant l’enregistrement, que les marchandises ont été expédiées à l’ordre du chargeur ou à l’ordre du destinataire, et qui n’est pas explicitement signalé comme étant “non négociable” ou “innégociable”; et

ii) est soumis à des règles de procédure telles que celles visées à l’article 6 ~~2.4~~, qui contiennent des dispositions suffisantes relatives au transfert de cet enregistrement à un autre porteur et à la façon dont le porteur de cet enregistrement peut démontrer qu’il est ce porteur.

q) ~~1.15~~ Le terme “enregistrement électronique non négociable” [22] désigne un enregistrement électronique qui ne remplit pas les conditions d’un enregistrement électronique négociable.

---

[18] Comme indiqué au paragraphe 94 du document A/CN.9/510, bien qu’il ait été dit que cette définition n’était pas nécessaire et devrait être supprimée, le Groupe de travail est convenu de la conserver pour complément d’examen.

[19] Comme indiqué au paragraphe 88 du document A/CN.9/510, plusieurs préoccupations ont été exprimées au sujet de cette disposition et de la définition du terme “enregistrement électronique”. Il est à noter que les aspects du projet d’instrument ayant trait au commerce électronique seront examinés à un stade ultérieur des débats du Groupe de travail.

[20] Voir *supra*, notes 16 et 19.

[21] Comme indiqué au paragraphe 92 du document A/CN.9/510, le Groupe de travail a accepté la définition des termes “enregistrement électronique négociable” et “enregistrement électronique non négociable”, estimant qu’elles constituaient une bonne base pour la poursuite des discussions.

r) ~~1.6~~ Le terme “données du contrat”[23] désigne toute information concernant le contrat de transport ou les marchandises (y compris des termes, des mentions, des signatures et des endossements) qui apparaît dans un document de transport ou un enregistrement électronique.

s) ~~1.4~~ Le terme “conteneur” ~~s’entend également de~~ désigne [24] tout type de conteneur, citerne ou plate-forme transportable, caisse mobile ou ~~de~~ toute unité de charge similaire utilisée pour grouper des marchandises [transportable par mer] [destiné au transport par mer],et ~~de~~ tout équipement accessoire à cette unité de charge[25].

t) ~~1.10~~ Le terme “fret”[26] désigne la rémunération due ~~à un~~ au transporteur pour le transport de marchandises en vertu d’un contrat de transport.

Article 2. ~~3~~. Champ d’application

1. ~~3.1~~ Variante A du paragraphe 1[27]

Sous réserve[28] ~~de l’article~~ du paragraphe 3 ~~3.3.1~~, ~~les dispositions du~~ le présent instrument s’applique~~nt~~ à tous les contrats de transport dans lesquels le lieu de réception et le lieu de livraison se situent dans des États différents lorsque:

---

[22] Correction apportée à la version initiale qui figure après le paragraphe 13 du document A/CN.9/WG.III/WP/21. Voir également *supra*, note 21.

[23] Au paragraphe 86 du document A/CN.9/510, il est indiqué que le Groupe de travail est convenu qu’il faudrait prendre les préoccupations suivantes en considération lors de la reformulation de la définition: il y avait peut-être contradiction entre le contenu de cette définition et le projet d’article 1.20 (devenu l’alinéa k)) et il fallait indiquer plus clairement ce que les mots “concernant le contrat de transport” recouvraient (voir *supra*, note 16). Toutefois, il n’est pas certain qu’il y ait contradiction entre la définition du terme “données du contrat” à l’article 1.6 (devenu l’alinéa r)) et celle du terme “document de transport” à l’article 1.20 (devenu l’alinéa k)). En outre, le membre de phrase “concernant le contrat de transport” semble clair.

[24] Il est indiqué au paragraphe 82 du document A/CN.9/510 que le secrétariat a été prié d’établir une définition révisée du terme “conteneur” comprenant éventuellement des variantes qui tiennent compte des opinions et des préoccupations exprimées aux paragraphes 81 et 82 du même document à savoir, respectivement, que l’emploi du mot “*include*” en anglais donnait un caractère ouvert à la définition et que celle-ci devrait être limitée aux conteneurs destinés au transport maritime. La version révisée proposée ci-dessus comprend des variantes et tente de refléter ces avis.

[25] Afin d’éviter le caractère circulaire évident de la formulation “le terme ‘conteneur’ désigne tout type de conteneur”, le Groupe de travail voudra peut-être se pencher sur la variante suivante: “Le terme ‘conteneur’ désigne toute unité de charge utilisée pour grouper des marchandises qui est [transportable par mer] [destinée au transport par mer] et tout équipement accessoire à cette unité de charge, [comme] [notamment] une citerne ou une plate-forme transportable, une caisse mobile ou toute unité de charge similaire”.

[26] Au paragraphe 89 du document A/CN.9/510, on s’est déclaré préoccupé par le fait que la définition du terme “fret” était incomplète parce qu’elle n’indiquait pas la personne qui devait payer le fret. Cependant, il a été convenu que le rôle de cette définition était simplement de décrire ce qu’était le fret et que les questions concernant le fret pouvaient être traitées ailleurs.

[27] Cette variante est fondée sur le texte initial du projet d’instrument.

[28] Le Groupe de travail souhaitera peut-être revoir tous les articles et paragraphes du projet d’instrument qui commencent par une clause du type “sous réserve de”, “nonobstant” ou autre, afin de déterminer, dans chaque cas, si cette clause est nécessaire ou peut être supprimée. Par souci de cohérence, il est suggéré que le Groupe de travail examine l’ensemble du projet d’instrument avec ce seul objectif en tête.

a) le lieu de réception ~~[ou port de chargement]~~[29] spécifié soit dans le contrat de transport, soit dans les données du contrat est situé dans un État contractant; ou

b) le lieu de livraison ~~[ou port de déchargement]~~ spécifié soit dans le contrat de transport, soit dans les données du contrat est situé dans un État contractant; ou

c) [le lieu de livraison effectif est l'un des lieux de livraison optionnels spécifiés soit dans le contrat de transport, soit dans les données du contrat, et est situé dans un État contractant; ou]

d) [le contrat de transport est conclu dans un État contractant ou les données du contrat indiquent que le document de transport ou l'enregistrement électronique est émis dans un État contractant; ou][30]

e) le contrat de transport prévoit que ~~les dispositions du~~ le présent instrument, ou la loi de tout État ~~leur~~ lui donnant effet, ~~doivent~~ doit régir le contrat.

Variante B du paragraphe 1[31]

Sous réserve ~~de l'article~~ du paragraphe 3 ~~3.3.1~~, ~~les dispositions du~~ le présent instrument s'appliqu~~ent~~ à tous les contrats de transport de marchandises par mer [32] dans lesquels le lieu de réception et le lieu de livraison se situent dans des États différents lorsque:

a) le lieu de réception [ou port de chargement] spécifié soit dans le contrat de transport, soit dans les données du contrat est situé dans un État contractant; ou

b) le lieu de livraison [ou port de déchargement] spécifié soit dans le contrat de transport, soit dans les données du contrat est situé dans un État contractant; ou

---

[29] Il est indiqué au paragraphe 244 du document A/CN.9/526 que le Groupe de travail est convenu, à titre provisoire, que le projet d'instrument devrait porter sur tout type de transport multimodal comportant une étape maritime et qu'il ne serait pas nécessaire de faire d'autres distinctions fondées sur l'importance relative des divers modes de transport utilisés. Il a été convenu par ailleurs qu'il serait peut-être nécessaire de revoir le libellé du projet de chapitre 3 (devenu l'article 2) afin de faire mieux ressortir que le caractère international du transport devrait être déterminé sur la base du contrat de transport. Il a été demandé au secrétariat d'établir des dispositions révisées comportant d'éventuelles variantes en vue de la poursuite du débat à une session ultérieure. Cependant, compte tenu de la définition du terme "contrat de transport" figurant à l'article 1.5 (devenu l'article 1 a)), il ne semble pas nécessaire de modifier le libellé de l'article 3-1 a) et b) (devenu l'article 2-1 a) et b)), si ce n'est que les mots entre crochets pourraient être supprimés.

[30] Comme indiqué au paragraphe 34 du document A/CN.9/510, il a été largement estimé au sein du Groupe de travail que, dans le contexte des transports modernes, le lieu de conclusion du contrat était le plus souvent sans importance pour l'exécution du contrat de transport et que, s'agissant du commerce électronique, ce lieu pourrait même être difficile, voire impossible, à déterminer.

[31] Aux paragraphes 245 à 249 du document A/CN.9/526, la relation du projet d'instrument avec d'autres conventions sur les transports ainsi qu'avec la législation interne a été examinée. Le Groupe de travail a donné pour instruction au secrétariat, au paragraphe 250 de ce document, notamment, de rédiger un texte envisageant en tant qu'option la proposition suédoise tendant à préciser l'article 3.1 (devenu le paragraphe 1) du projet d'instrument (voir A/CN.9/WG.III/WP.26). Ce texte est contenu dans la variante B ci-dessus.

[32] Si la variante B est adoptée par le Groupe de travail, l'emploi des mots "de marchandises par mer", obligera peut-être à modifier la définition du terme "contrat de transport" à l'article 1.5 (devenu l'article 1 a)).

c) [le lieu de livraison effectif est l'un des lieux de livraison optionnels spécifiés soit dans le contrat de transport, soit dans les données du contrat, et est situé dans un État contractant; ou]

d) [le contrat de transport est conclu dans un État contractant ou les données du contrat indiquent que le document de transport ou l'enregistrement électronique est émis dans un État contractant; ou][33]

e) le contrat de transport prévoit que ~~les dispositions du~~ le présent instrument, ou la loi de tout État ~~leur~~ lui donnant effet, ~~doivent~~ doit régir le contrat.

1 *bis*. Le présent instrument s'applique également au transport par voie de navigation intérieure précédant et suivant le voyage par mer ainsi qu'au transport par route ou par rail depuis le lieu de réception jusqu'au port de chargement et depuis le port de déchargement jusqu'au lieu de livraison, à condition qu'au cours du voyage par mer, les marchandises aient été déchargées du moyen de transport assurant la partie terrestre du transport[34].

Variante C du paragraphe 1[35]

Sous réserve ~~de l'article~~ du paragraphe 3 ~~3.3.1~~, ~~les dispositions du~~ le présent instrument s'appliqu~~ent~~ à tous les contrats de transport dans lesquels le ~~lieu de réception et le lieu de livraison~~ port de chargement et le port de déchargement se situent dans des États différents lorsque:

a) le ~~lieu de réception~~ port de chargement spécifié soit dans le contrat de transport, soit dans les données du contrat est situé dans un État contractant; ou

b) le ~~lieu de livraison~~ port de déchargement spécifié soit dans le contrat de transport, soit dans les données du contrat est situé dans un État contractant; ou

c) [le lieu de livraison effectif est l'un des lieux de livraison optionnels spécifiés soit dans le contrat de transport, soit dans les données du contrat, et est situé dans un État contractant; ou]

d) [le contrat de transport est conclu dans un État contractant ou les données du contrat indiquent que le document de transport ou l'enregistrement électronique est émis dans un État contractant; ou][36]

---

[33] Voir *supra*, note 30.

[34] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le rapport entre ce paragraphe et l'article 83.

[35] Comme indiqué au paragraphe 243 du document A/CN.9/526, on a dit que le projet d'instrument ne devrait s'appliquer qu'aux transports dont l'étape maritime impliquait un transport transfrontière. On a ajouté que le fait que les étapes terrestres comportent ou non un transport transfrontière n'avait pas à être pris en compte. Le Groupe de travail a pris note de cette suggestion et a prié le secrétariat de l'intégrer, sous la forme d'une variante, dans le projet révisé qu'il établirait en vue de la poursuite des débats à une session ultérieure. La variante C ci-dessus est censée refléter cette suggestion. Comme indiqué dans ce même paragraphe 243, l'opinion qui a prévalu, cependant, était que, en vertu du projet de chapitre 3 (devenu l'article 2), le caractère international du transport ne devrait pas être déterminé en fonction de l'une quelconque des diverses étapes unimodales mais en fonction de l'ensemble du transport, le lieu de réception et le lieu de livraison des marchandises étant situés dans des États différents.

[36] Voir *supra*, note 30.

e) le contrat de transport prévoit que ~~les dispositions du~~ le présent instrument, ou la loi de tout État ~~leur~~ lui donnant effet, ~~doivent~~ doit régir le contrat[37].

2. ~~3.2~~ ~~Les dispositions du~~ Le présent instrument s'applique~~nt~~ quelle que soit la nationalité du navire, du transporteur, des parties exécutantes, du chargeur, du destinataire ou de toute autre partie intéressée[38].

3. ~~3.3.1~~ ~~Les dispositions du~~ Le présent instrument ne s'applique~~nt~~ pas aux chartes-parties, [contrats d'affrètement, contrats au volume ou conventions similaires].

4. ~~3.3.2~~ Nonobstant ~~les dispositions de l'article~~ le paragraphe 3 ~~3.3.1~~, si un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable est émis en vertu d'une charte-partie, [d'un contrat d'affrètement, d'un contrat au volume ou d'une convention similaire], les dispositions du présent instrument s'appliquent au contrat attesté par ou contenu dans ce document ou cet enregistrement électronique à compter du moment et dans la mesure où le document ou l'enregistrement électronique régit les relations entre le transporteur et un porteur autre que l'affréteur.

5. ~~3.4~~ Lorsqu'un contrat prévoit le transport de marchandises par expéditions successives, ~~les dispositions du~~ le présent instrument s'applique~~nt~~ à chaque expédition dans la mesure où les ~~articles~~ paragraphes 1, 2, 3 et 4 ~~3.1, 3.2 et 3.3~~ le spécifient.

CHAPITRE 2. COMMUNICATION ÉLECTRONIQUE[39]

Article 3

~~2.1~~ Tout ce qui doit figurer dans ou sur un document de transport en vertu du présent instrument peut être enregistré ou communiqué au moyen d'une communication électronique utilisée en lieu et place du document de transport, à condition que l'émission et l'utilisation ultérieure d'un enregistrement électronique s'effectuent avec l'accord explicite ou implicite du transporteur et du chargeur.

---

[37] Le Groupe de travail voudra peut-être également examiner la possibilité d'ajouter un paragraphe 1 *bis* à la variante C, qui se lirait comme suit: "1 *bis*. Lorsqu'en vertu du contrat de transport, seule une partie du transport des marchandises s'effectue par mer, le présent instrument s'applique néanmoins uniquement si a) le lieu de réception et le port de chargement sont situés dans le même État et b) le port de déchargement et le lieu de livraison sont situés dans le même État". Cette proposition pourrait être incompatible avec l'article 4.2.1 (devenu l'article 8). En outre, il convient de rappeler que, comme indiqué plus haut dans la note 35, l'opinion qui a prévalu au sein du Groupe de travail était que le caractère international du transport ne devrait pas être déterminé en fonction de l'une quelconque des diverses étapes unimodales mais en fonction de l'ensemble du transport, le lieu de réception et le lieu de livraison des marchandises étant situés dans des États différents.

[38] Il a été dit que, dans un souci d'uniformité et pour lever tout doute, il serait souhaitable de faire également référence à la loi applicable (A/CN.9/WG.III/WP.21/Add.1, par. 37).

[39] Le Groupe de travail a décidé d'étudier ce chapitre lors d'une prochaine lecture du projet d'instrument et l'a laissé à sa place initiale. Cependant, il voudra peut-être déterminer la place qui lui conviendrait le mieux dans le projet, une fois qu'il en aura examiné les dispositions. Des modifications supplémentaires y seront probablement apportées après cet examen.

Article 4

1. ~~2.2.1~~ Si un document de transport négociable a été émis et le transporteur et le porteur conviennent de remplacer ce document par un enregistrement électronique négociable:

a) le porteur remet le document de transport négociable, ou tous les documents s'il en a été émis plusieurs, au transporteur; et

b) le transporteur émet au profit du porteur un enregistrement électronique négociable qui comprend une mention indiquant que cet enregistrement est émis en remplacement du document de transport négociable;

après quoi le document de transport négociable perd tout effet ou validité.

2. ~~2.2.2~~ Si un enregistrement électronique négociable a été émis et le transporteur et le porteur conviennent de remplacer cet enregistrement électronique par un document de transport négociable:

a) le transporteur émet au profit du porteur, en remplacement de cet enregistrement électronique, un document de transport négociable qui comprend une mention indiquant que ce document est émis en remplacement de l'enregistrement électronique négociable; et

b) suite à ce remplacement, l'enregistrement électronique perd tout effet ou validité.

Article 5

~~2.3~~ Les avis et la confirmation visés aux articles 20-1, ~~6.9.1,~~ 20-2, ~~6.9.2,~~ 20-3, ~~6.9.3,~~ 34-1 b) et c), ~~8.2.1 b) et c),~~ 47, ~~10.2,~~ 51, ~~10.4.2,~~ la déclaration visée à l'article 68 ~~14.3~~ et l'accord quant au poids visé à l'article 37-1 c) ~~8.3.1 c)~~ peuvent être communiqués au moyen d'une communication électronique, à condition que celle-ci soit utilisée avec le consentement explicite ou implicite de la partie par laquelle ils sont communiqués et de la partie à laquelle ils sont communiqués. Dans le cas contraire, ils doivent être communiqués par écrit.

Article 6

~~2.4~~ L'utilisation d'un enregistrement électronique négociable est soumise aux règles de procédure convenues entre le transporteur et le chargeur ou le porteur mentionné à l'article 1 p)[40] ~~2.2.1~~. Les règles de procédure sont mentionnées dans les données du contrat et comprennent des dispositions suffisantes concernant:

a) le transfert de cet enregistrement à un autre porteur;

b) la façon dont le porteur de cet enregistrement peut démontrer qu'il est ce porteur; et

c) la façon dont il est donné confirmation:

i) que la livraison au destinataire a eu lieu; ou

---

[40] Correction apportée à la version initiale du projet d'instrument figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.21. En effet, le texte aurait dû renvoyer à la définition du terme "enregistrement électronique négociable" contenue dans l'article 1 p).

ii) qu'en vertu de l'article 4-2 ~~2.2.2~~ ou 49 a) ii) ~~10.3.2 i) b~~), l'enregistrement électronique négociable a perdu tout effet ou validité.

CHAPITRE 3. ~~4.~~ DURÉE DE LA RESPONSABILITÉ

Article 7[41]

1. ~~4.1.1~~ Sous réserve ~~des dispositions~~ de l'article 9 ~~4.3~~, la responsabilité du transporteur en ce qui concerne les marchandises en vertu du présent instrument couvre la période comprise entre le moment où le transporteur ou une partie exécutante a reçu les marchandises à transporter et le moment où les marchandises sont livrées au destinataire.

2. ~~4.1.2~~ Le moment et le lieu de réception des marchandises sont le moment et le lieu convenus dans le contrat de transport ou, à défaut de toute disposition spécifique relative à la réception des marchandises dans un tel contrat, le moment et le lieu conformes aux coutumes, pratiques ou usages du commerce. En l'absence de telles dispositions dans le contrat de transport ou de tels coutumes, pratiques ou usages, le moment et le lieu de réception des marchandises sont le moment et le lieu auxquels le transporteur ou une partie exécutante prend effectivement les marchandises sous sa garde.

3. ~~4.1.3~~ Le moment et le lieu de livraison des marchandises sont le moment et le lieu convenus dans le contrat de transport ou, à défaut de toute disposition spécifique relative à la livraison des marchandises dans un tel contrat, le moment et le lieu qui sont conformes aux coutumes, pratiques ou usages du commerce. En l'absence de toute disposition spécifique de ce type dans le contrat de transport ou de tels coutumes, pratiques ou usages, le moment et le lieu de livraison sont ceux du déchargement des marchandises du dernier navire ou véhicule dans lequel elles sont transportées en vertu du contrat de transport.

4. ~~4.1.4~~ Si le transporteur est tenu de remettre les marchandises au lieu de livraison à une autorité ou à un tiers auquel, en vertu de la loi ou réglementation applicable au lieu de livraison, les marchandises doivent être remises et auprès duquel le destinataire pourra les retirer, cette remise sera considérée comme une livraison des marchandises par le transporteur au destinataire en vertu ~~de l'article~~ du paragraphe 3 ~~4.1.3~~.

---

[41] Le Groupe de travail souhaitera peut-être prendre note du paragraphe 40 du document A/CN.9/510, dans lequel sont exposés les arguments pour et contre l'approche adoptée dans l'article 7.

[Article 8 ~~4.2.1~~ Transport précédant ou suivant un transport par mer[42]

1. Lorsqu'une demande ou un différend naît de la perte ou du dommage subi par les marchandises ou d'un retard intervenant uniquement pendant l'une ou l'autre des périodes suivantes:

a) entre le moment de réception des marchandises par le transporteur ou une partie exécutante et le moment de leur chargement sur le navire;

b) entre le moment de leur déchargement du navire et le moment de leur livraison au destinataire;

et qu'au moment de cette perte, de ce dommage ou de ce retard, il existe des dispositions d'une convention internationale [ou d'une loi nationale]:

i) qui, selon leurs termes, s'appliquent à l'ensemble ou à l'une quelconque des activités menées par le transporteur en vertu du contrat de transport pendant cette période, [indépendamment du fait de savoir si l'émission de quelque document particulier que ce soit est nécessaire pour rendre cette convention internationale applicable]; et

ii) qui contiennent des indications spécifiques concernant la responsabilité du transporteur, la limitation de la responsabilité et le délai pour agir; et

iii) auxquelles il ne peut être dérogé par contrat privé soit en aucun cas, soit au détriment du chargeur;

ces dispositions, dans la mesure où elles sont impératives comme indiqué au sous-alinéa iii) ci-dessus, l'emportent sur les dispositions du présent instrument.]

[2. Les dispositions de l'article 8 ~~4.2.1~~ n'ont pas d'incidence sur l'application de l'article 18-2 ~~6.7.1*bis*~~.][43]

---

[42] Il est indiqué au paragraphe 250 du document A/CN.9/526 que les membres du Groupe de travail sont convenus provisoirement de conserver le texte de l'article 4.2.1 (devenu l'article 8) pour résoudre les conflits éventuels entre le projet d'instrument et d'autres conventions déjà en vigueur. Le secrétariat a reçu pour instruction d'établir une disposition sur les conflits de conventions qui pourrait être insérée au chapitre 16 (devenu le chapitre 18) du projet d'instrument, et de rédiger un texte envisageant en tant qu'option la proposition suédoise tendant à préciser l'article 3.1 (devenu l'article 2-1). L'échange de vues concernant la relation entre ledit projet et la législation nationale n'a pas abouti à une solution et il a été décidé de poursuivre l'examen de la question à la lumière des futures propositions qui seraient peut-être présentées. Étant donné toutefois l'appui exprimé à propos de la question de la législation nationale, le Groupe de travail a prié le secrétariat de mentionner cette dernière entre crochets dans l'article 4.2.1 (devenu l'article 8) afin de poursuivre ultérieurement la réflexion sur cette question. En outre, le texte de la proposition suédoise portant sur le chapitre 3 (devenu l'article 2) et une disposition sur les conflits de conventions qui pourrait être insérée dans le chapitre 16 (devenu le chapitre 18) ont été incorporés dans le projet d'instrument et placés entre crochets.

Le Groupe de travail voudra peut-être également examiner si cet article se trouve au bon endroit dans le projet d'instrument ou s'il devrait être déplacé, par exemple au chapitre 5 (Responsabilité du transporteur).

[43] Lors de la discussion sur le traitement des dommages non localisés dont il est rendu compte aux paragraphes 264 à 266 du document A/CN.9/526, on a émis l'avis, dans ce dernier paragraphe, que le projet d'instrument devrait peut-être indiquer plus clairement le régime juridique régissant les "dommages localisés" à l'article 4.2.1 (devenu l'article 8) et celui régissant les

[3. ~~4.2.2~~ L'article 8 ~~4.2.1~~ s'applique indépendamment de la loi nationale applicable par ailleurs au contrat de transport.]

Article 9 ~~4.3~~ Contrats mixtes de transport et de transit[44]

1. ~~4.3.1~~ Les parties peuvent convenir expressément dans le contrat de transport que pour une ou plusieurs parties spécifiées du transport des marchandises, le transporteur, faisant office d'agent, fera assurer le transport par un ou plusieurs autres transporteurs.

2. ~~4.3.2~~ Dans ce cas, le transporteur exerce une diligence raisonnable pour sélectionner l'autre transporteur, conclut avec celui-ci un contrat aux conditions usuelles et normales, et fait tout ce qui est raisonnablement requis pour lui permettre de s'acquitter dûment de son contrat.

CHAPITRE 4. ~~5.~~ OBLIGATIONS DU TRANSPORTEUR

Article 10

~~5.1~~ Le transporteur, sous réserve ~~des dispositions~~ du présent instrument et conformément aux clauses du contrat de transport, transporte [de façon appropriée et soigneuse] les marchandises jusqu'au lieu de destination et les livre au destinataire[45].

Article 11

1. ~~5.2.1~~ Le transporteur, pendant la durée de sa responsabilité telle qu'elle est définie à l'article 7 ~~4.1~~ et sous réserve de l'article 8 ~~4.2~~, assure de façon appropriée et soigneuse le chargement, la manutention, l'arrimage, le transport, la garde, la protection et le déchargement des marchandises[46].

"dommages non localisés" à l'article 6.7.1 (devenu l'article 18-1). Le secrétariat a été invité à examiner s'il était nécessaire d'améliorer la cohérence entre ces deux dispositions lorsqu'il établirait une version révisée du projet d'instrument.

On pourrait "améliorer la cohérence" entre l'article 4.2.1 et le nouvel article 6.7.1 *bis* (devenu l'article 18-2) proposé au paragraphe 264 pour insertion après l'article 6.7.1 (devenu l'article 18-1) (cette disposition se lirait comme suit: "Nonobstant les dispositions de l'article 6.7.1 (nouvel article 18-1), lorsque le transporteur n'est pas en mesure d'établir si les marchandises ont été perdues ou endommagées pendant le transport par mer ou pendant le transport qui l'a précédé ou suivi, c'est la limite de responsabilité la plus élevée prévue dans les dispositions impératives internationales ou nationales régissant les différentes parties du transport qui s'applique.") en ajoutant le paragraphe 2 comme indiqué.

[44] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si cet article est bien à sa place au chapitre 3 (Durée de la responsabilité).

[45] Il est indiqué au paragraphe 116 du document A/CN.9/510 que le Groupe de travail est convenu provisoirement de conserver le texte du projet d'article 5.1 (devenu l'article 10) sous sa forme actuelle, tout en estimant généralement qu'il faudrait revenir ultérieurement sur les préoccupations et propositions d'ordre rédactionnel mentionnées aux paragraphes 113 à 116 de ce document.

[46] Comme il ressort du débat résumé au paragraphe 117 et comme indiqué au paragraphe 119 du document A/CN.9/510, bien que l'idée de supprimer l'article 5.2.1 (devenu l'article 11-1) ait bénéficié d'un certain soutien, le Groupe de travail est convenu provisoirement de conserver ce projet d'article étant donné l'expérience considérable acquise grâce aux dispositions similaires

[2. ~~5.2.2~~ Les parties peuvent convenir que certaines des fonctions visées ~~à l'article~~ au paragraphe 1 ~~5.2.1~~ seront exécutées par le chargeur, la partie contrôlante ou le destinataire, ou en leur nom. Cette convention doit être mentionnée dans les données du contrat.][47]

Article 12

~~5.3~~ Variante A[48]

Nonobstant ~~les dispositions des~~ les articles 10 ~~5.1~~, 11 ~~5.2~~ et 13-1 ~~5.4~~, le transporteur peut refuser de charger, ou peut décharger, détruire ou neutraliser les marchandises ou prendre toute autre mesure raisonnable si celles-ci présentent, ou risquent selon toute vraisemblance, pendant la durée de sa responsabilité, de présenter un danger pour des personnes ou des biens ou un danger illicite ou inacceptable pour l'environnement[49].

Variante B

Nonobstant les articles 10 ~~5.1~~, 11 ~~5.2~~ et 13-1 ~~5.4~~, le transporteur peut décharger, détruire ou neutraliser des marchandises dangereuses si celles-ci deviennent effectivement un danger pour les personnes ou les biens.

---

figurant dans les conventions existantes, telles que l'article 3-2 des Règles de La Haye. Il a également été convenu d'étudier plus avant le projet d'article 5.2.1 (devenu l'article 11-1) afin d'en examiner les interactions et la cohérence avec le projet de chapitre 6 (devenu le chapitre 5), de même que l'effet des différentes définitions possibles de la durée pendant laquelle l'obligation énoncée dans cet article s'appliquerait. Le Groupe de travail voudra peut-être prendre note du fait que les termes utilisés dans l'article 5.2.1 (devenu l'article 11-1) ne semblent pas être axés sur le transport maritime en particulier et que, s'ils étaient supprimés, cette disposition ne fixerait plus qu'une norme générale de diligence.

[47] Il est noté au paragraphe 127 du document A/CN.9/510 qu'on a décidé de mettre la disposition entre crochets pour indiquer que le Groupe de travail devrait revenir sur la question des clauses BAB (bord à bord) et FIOS (franco chargement et déchargement, cargaison arrimée) et, en particulier, examiner son lien avec les dispositions sur la responsabilité du transporteur. Le Groupe de travail souhaitera peut-être revoir cette disposition en fonction des modifications apportées aux articles 10 et 11-1.

Il a été proposé qu'un document d'information sur le recours aux clauses BAB et FIOS soit élaboré pour une session ultérieure du Groupe de travail afin d'aider ce dernier dans ses travaux.

[48] La variante A de l'article 12 est fondée sur le texte initial du projet d'instrument.

[49] Il est indiqué au paragraphe 130 du document A/CN.9/510 que le Groupe de travail est convenu d'une manière générale que le texte du projet d'article 5.3 (devenu l'article 12) devrait encore être amélioré. Le secrétariat a été prié d'établir, comme solution de remplacement au texte actuel proposé dans la variante A, une disposition, présentée dans la variante B, se fondant sur les principes exprimés dans l'article 13 des Règles de Hambourg concernant les pouvoirs du transporteur dans une situation d'urgence survenant lors du transport de marchandises dangereuses. Il a également été convenu que la question du dédommagement qui pourrait être dû au transporteur ou au chargeur en pareil cas devrait peut-être être examinée de façon plus approfondie dans le contexte du projet d'article 7.5 (devenu l'article 29).

Article 13. Obligations supplémentaires applicables au voyage par mer[50]

1. ~~5.4~~ Le transporteur ~~sera~~ est[51] tenu avant, au début [et pendant][52] le voyage par mer d'exercer une diligence raisonnable pour:

a) mettre [et maintenir] le navire en état de navigabilité;

b) convenablement armer, équiper et approvisionner le navire;

c) mettre [et maintenir] les cales et toutes autres parties du navire où les marchandises sont chargées, y compris les conteneurs éventuellement[53] fournis par le transporteur dans ou sur lesquels les marchandises sont chargées, en bon état pour leur réception, transport et conservation[54].

[2. ~~5.5~~ Nonobstant les ~~dispositions des~~ articles 10 ~~5.1~~, 11 ~~5.2~~ et 13-1 ~~5.4~~, le transporteur, ~~en cas de transport par mer [ou voie de navigation intérieure]~~[55], peut sacrifier des marchandises lorsque ce sacrifice s'effectue de manière raisonnable pour le salut commun ou pour protéger d'autres biens engagés dans l'aventure commune.][56]

---

[50] Étant donné que la proposition tendant à ce que le projet d'instrument couvre le transport de porte à porte et non de port à port a recueilli un large soutien au sein du Groupe de travail (voir A/CN.9/526, par. 239), on a pensé que le fait de présenter séparément les dispositions du projet d'instrument qui ne devraient s'appliquer qu'au transport par mer pourrait aider à restructurer le projet d'instrument. En conséquence, les chapitres 5 et 6 (devenus les chapitres 4 et 5, ainsi qu'un nouveau chapitre 6, intitulé "Dispositions supplémentaires relatives au transport par mer [ou autres eaux navigables]") du projet d'instrument ont été réorganisés de cette manière.

[51] Il s'agit ici de l'un des nombreux cas où la formule impérative "shall" a été insérée dans la version anglaise du projet d'instrument – ce qui implique parfois des changements en français –, afin qu'une approche cohérente soit adoptée dans l'ensemble du texte.

[52] Comme indiqué au paragraphe 131 du document A/CN.9/510, le Groupe de travail a confirmé qu'il était largement favorable à ce que l'on impose au transporteur l'obligation d'exercer une diligence raisonnable pendant toute la durée du voyage en conservant les mots "et pendant" et "et maintenir" qui étaient entre crochets. Cependant, on a exprimé à nouveau la crainte que le fait d'étendre cette obligation à l'ensemble du voyage n'impose aux transporteurs une charge plus lourde dont ils risquaient de répercuter le coût sur le fret.

[53] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si, dans la version anglaise, le mot "where" devrait être remplacé par le mot "when", étant donné que le lieu où les conteneurs sont fournis est sans importance.

[54] Il est indiqué au paragraphe 136 du document A/CN.9/510 que le Groupe de travail est convenu que le texte actuel du projet d'article 5.4 (devenu le paragraphe 1) constituait une base utilisable pour la poursuite de ses délibérations. Celui-ci a pris note des diverses suggestions qui avaient été faites au sujet du projet d'article. Il a été convenu d'une manière générale qu'il faudrait l'examiner plus avant à la lumière des dispositions similaires ou comparables figurant dans d'autres conventions portant sur un seul mode de transport.

[55] Ce membre de phrase devient superflu si ce paragraphe est précédé du titre "Obligations supplémentaires applicables au voyage par mer", comme proposé dans le texte.

[56] Il est indiqué au paragraphe 143 du document A/CN.9/510 que certains membres du Groupe de travail étaient favorables à la suppression de ce projet de disposition et d'autres préféraient qu'elle soit conservée afin de continuer à en examiner le fond. Le Groupe de travail a donc décidé de placer la disposition entre crochets.

CHAPITRE 5. ~~6.~~ RESPONSABILITÉ DU TRANSPORTEUR

Article 14. ~~6.1.~~ Fondement de la responsabilité[57]

Variante A des paragraphes 1 et 2[58]

1. ~~6.1.1~~ Le transporteur est responsable du préjudice résultant de la perte ou du dommage subi par les marchandises ainsi que du retard de livraison, si l'événement qui a causé la perte, le dommage ou le retard s'est produit pendant la durée de sa responsabilité telle que celle-ci est définie au chapitre 3 ~~à l'article 4~~, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute de sa part ou de l'une quelconque des personnes visées à l'article 15-3 ~~6.3.2 a)~~ n'a causé cette perte, ce dommage ou ce retard ou n'y a contribué[59].

---

[57] Une fois que le Groupe de travail aura décidé quelle variante retenir pour les paragraphes 1 et 2, il sera peut-être souhaitable de scinder les paragraphes 1, 2 et 3 en articles distincts.

[58] La variante A des paragraphes 1 et 2 est fondée sur le texte initial du projet d'instrument.

[59] a) Il est indiqué au paragraphe 34 du document A/CN.9/525 que le Groupe de travail s'est déclaré très favorable à la teneur du projet d'article 6.1 (devenu l'article 14) et qu'il a prié le secrétariat d'en réviser le texte en tenant dûment compte des points de vue qui avaient été exprimés et des suggestions qui avaient été faites. Les variantes B et C des articles 6.1.1 et 6.1.3 (devenus les paragraphes 1 et 2) sont proposées comme des solutions possibles intégrant ces points de vue et suggestions, comme on le verra dans la suite de la présente note ainsi que dans les notes 61 et 66 ci-après.

b) On a estimé au paragraphe 31 du même document que le projet d'article 6.1.1 (devenu l'article 14-1) était, du point de vue du fond, plus proche de l'article 4-2 q) des Règles de La Haye-Visby que de l'article 5-1 des Règles de Hambourg, qui exigeait que le transporteur prouve que lui-même, ses préposés ou ses mandataires avaient pris toutes les mesures qui pouvaient être raisonnablement exigées pour éviter l'événement et ses conséquences. Toutefois, le membre de phrase "la durée de la responsabilité du transporteur telle que celle-ci est définie à l'article 4 (devenu le chapitre 3)" a suscité des critiques parce qu'il permettrait au transporteur de restreindre considérablement sa responsabilité vu que, comme indiqué au paragraphe 40 du document A/CN.9/510, des réserves ont été exprimées quant à l'approche adoptée dans le projet d'article 7, selon lequel le moment précis de la réception et de la livraison des marchandises pouvait être convenu par contrat entre les parties ou déterminé par référence aux coutumes ou aux usages.

c) Il est de plus indiqué au paragraphe 31 du document A/CN.9/525 qu'on s'est inquiété des raisons pour lesquelles il avait été jugé nécessaire de s'écarter du libellé des Règles de Hambourg. Il a été expliqué que l'on s'était écarté du libellé des Règles de La Haye et de celui des Règles de Hambourg pour améliorer et accroître la sécurité (concernant par exemple le fait que la responsabilité du transporteur était fondée sur une faute présumée, point qui avait dû être clarifié dans le consensus adopté par les rédacteurs des Règles de Hambourg). Selon l'opinion contraire, en combinant différents libellés provenant à la fois des Règles de La Haye et des Règles de Hambourg, on risquerait d'accroître l'insécurité car on ne savait pas comment la disposition serait interprétée. Étant donné que les points de vue étaient divergents et que rien ne montre que l'un ait prévalu sur l'autre, il ne semble pas possible d'en tenir compte dans le texte du projet.

d) Il a été suggéré, toujours au paragraphe 31 du document A/CN.9/525, de simplifier le fondement de la responsabilité en supprimant la règle de la diligence raisonnable et en la remplaçant par la responsabilité découlant de l'utilisation du navire en tant que tel, ce qui créerait une norme très stricte, voire objective, de responsabilité. Étant donné qu'on s'est déclaré favorable, dans ce même paragraphe, au principe de la responsabilité du transporteur fondée sur la faute, la modification proposée semble entrer en conflit avec le point de vue de la majorité.

e) Au paragraphe 32 du document A/CN.9/525, il a été estimé que la norme de responsabilité

[6.1.2[60]]

2. ~~6.1.3~~[61] Nonobstant ~~les dispositions de l'article~~ le paragraphe 1 ~~6.1.1~~, si le transporteur prouve qu'il s'est acquitté des obligations qui lui incombent en vertu du chapitre 4 ~~chapitre 5~~[62] et que la perte ou le dommage subi par les marchandises ou le retard de livraison a été causé [uniquement][63] par l'un des événements suivants, [il est présumé, en l'absence de preuve contraire, que ni sa faute, ni celle d'une partie exécutante n'a causé [ni contribué à causer][64] cette perte, ce dommage ou ce retard][65] [le transporteur n'est pas responsable de cette perte, ce dommage ou ce retard, sauf lorsque est apportée la preuve de sa faute ou de celle d'une partie exécutante][66].

---

plus élevée qui avait été adoptée dans des instruments traitant d'autres modes de transport (comme la COTIF) ne serait pas acceptable dans le contexte maritime. À cet égard, on s'est déclaré favorable à l'inclusion d'éléments additionnels dans le projet d'article 6.1 (devenu l'article 14), provenant par exemple du projet de chapitre 5 (devenu le chapitre 4), qui énonce les obligations concrètes du transporteur. Cette suggestion semble avoir reçu l'appui du Groupe de travail et devrait être prise en considération.

f) Le texte initial figurant dans la variante A n'établit aucun lien clair entre le chapitre 5 (devenu le chapitre 4) et le chapitre 6 (devenu le chapitre 5) du projet d'instrument, à savoir entre la violation des obligations énoncées au chapitre 5 (ainsi que l'attribution de la charge de la preuve) et la responsabilité du transporteur prévue au chapitre 6. La proposition qui a été faite vise à établir ce lien.

g) Au paragraphe 32 du document A/CN.9/525, on a noté que si le projet d'instrument devait être appliqué au transport de porte à porte, les conflits avec des conventions relatives au transport terrestre unimodal (telles que la COTIF et la CMR) seraient inévitables étant donné que ces deux conventions imposaient une norme de responsabilité plus élevée au transporteur. Toutefois, on a estimé que ces conflits pourraient être réduits par l'insertion d'un libellé approprié dans le projet d'article 6.4 (devenu l'article 16) ainsi que du libellé utilisé pour le transporteur réel. D'une façon plus générale, on s'est interrogé sur le point de savoir si les règles supplétives en matière de responsabilité applicables dans le contexte du transport de porte à porte devraient être fondées sur les règles régissant le transport maritime plutôt que sur celles régissant le transport terrestre, qui sont plus strictes.

60 Disposition déplacée dans le nouveau chapitre 6 (ancien chapitre 5) intitulé "Dispositions supplémentaires relatives au transport par mer [ou autres eaux navigables]". Voir *supra*, note 50.

61 Au paragraphe 45 du document A/CN.9/525, il est indiqué que le secrétariat a été invité à tenir compte des suggestions, des vues et des préoccupations figurant aux paragraphes 38 à 44 de ce document lors de l'établissement de la nouvelle version de cette disposition qui, comme noté au paragraphe 39, devait être maintenue, selon l'avis qui a prévalu. Dans le texte proposé, on a tenté de prendre en compte les observations et suggestions faites par le Groupe de travail, qui figurent aux paragraphes 40 à 43 de ce document.

62 Le paragraphe 42 du document A/CN.9/525 fait référence aux préoccupations qui ont été exprimées concernant le fait que le chapeau du projet d'article 6.1.3 (devenu le paragraphe 2) ne prenait pas suffisamment en considération les cas où le transporteur prouvait que l'un des événements énumérés dans cet article s'était produit alors que l'on avait par ailleurs des raisons de penser que le navire n'était pas en état de navigabilité. Voir également le commentaire du projet d'article 6.1 (devenu l'article 14) figurant dans la note 59 ci-dessus.

63 Au paragraphe 42 du document A/CN.9/525, il a été proposé d'ajouter le mot "uniquement", surtout si les événements énumérés devaient être envisagés comme des cas d'exonération.

64 Au paragraphe 42 du document A/CN.9/525, il a été suggéré de supprimer les mots "ni contribué à causer", surtout si les événements énumérés devaient être envisagés comme des cas d'exonération.

65 Il s'agit là de la première variante, qui est fondée sur le "régime de présomption" proposé aux paragraphes 41 et 42 du document A/CN.9/525.

66 Comme proposé au paragraphe 41 du document A/CN.9/525, il s'agit là de la seconde variante,

a) ~~i)~~ ["acte de Dieu"], guerre, hostilités, conflit armé, piraterie, terrorisme, émeutes et troubles civils;

b) ~~ii)~~ restrictions de quarantaine; intervention ou obstacles créés par des gouvernements, des autorités publiques, des dirigeants ou des personnes [y compris une intervention judiciaire ou faisant suite à une procédure judiciaire];

c) ~~iii)~~ acte ou omission du chargeur, de la partie contrôlante ou du destinataire;

d) ~~iv)~~ grèves, lock-out ou arrêts ou entraves apportés au travail;

[v) ...[67];]

e) ~~vi)~~ freinte en volume ou en poids ou toute autre perte ou dommage résultant d'un vice caché, de la nature spéciale ou d'un vice propre des marchandises;

f) ~~vii)~~ insuffisance ou état défectueux de l'emballage ou de marques;

g) ~~viii)~~ vices cachés échappant à une diligence raisonnable;

h) ~~ix)~~ manutention, chargement, arrimage ou déchargement des marchandises par le chargeur, la partie contrôlante ou le destinataire, ou en leur nom;

i) ~~x)~~ actes accomplis par le transporteur ou une partie exécutante conformément aux pouvoirs conférés par les articles 12 et 13-2 ~~les paragraphes 3 et 5 de l'article 5~~ lorsque les marchandises sont devenues dangereuses pour les personnes, les biens ou l'environnement ou ont été sacrifiées;

[xi) ...[68];]

Variante B des paragraphes 1 et 2

1. Le transporteur est dégagé de sa responsabilité s'il prouve:

i) qu'il s'est acquitté des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 13-1 [ou que le non-respect de ses obligations n'a pas causé la perte, le dommage ou le retard de livraison] [ou n'y a pas contribué][69], et

ii) que ni sa faute ni celle de ses proposés ou mandataires n'a causé cette perte, ce dommage ou ce retard [ou n'y a contribué][70], ou

que la perte, le dommage ou le retard a été causé par l'un des événements suivants:

a) ~~i)~~ ["acte de Dieu"], guerre, hostilités, conflit armé, piraterie, terrorisme, émeutes et troubles civils;

---

qui est fondée sur le régime traditionnel d'exonération, étant entendu toutefois que le transporteur ne sera pas exonéré si sa faute est prouvée.

67 Disposition déplacée au nouveau chapitre 6 intitulé " Dispositions supplémentaires relatives au transport par mer [ou autres eaux navigables]". Voir *supra*, note 50.

68 Disposition déplacée au nouveau chapitre 6 intitulé " Dispositions supplémentaires relatives au transport par mer [ou autres eaux navigables]". Voir *supra*, note 50.

69 Voir *supra*, note 64.

70 Ibid.

b)~~ii)~~ restrictions de quarantaine; intervention ou obstacles créés par des gouvernements, des autorités publiques, des dirigeants ou des personnes [y compris une intervention judiciaire ou faisant suite à une procédure judiciaire];

c)~~iii)~~ acte ou omission du chargeur, de la partie contrôlante ou du destinataire;

d)~~iv)~~ grèves, lock-out ou arrêts ou entraves apportés au travail;

[v) ... [71];]

e)~~vi)~~ freinte en volume ou en poids ou toute autre perte ou dommage résultant d'un vice caché, de la nature spéciale ou d'un vice propre des marchandises;

f)~~vii)~~ insuffisance ou état défectueux de l'emballage ou de marques;

g)~~viii)~~ vices cachés échappant à une diligence raisonnable;

h)~~ix)~~ manutention, chargement, arrimage ou déchargement des marchandises par le chargeur, la partie contrôlante ou le destinataire, ou en leur nom;

i)~~x)~~ actes accomplis par le transporteur ou une partie exécutante conformément aux pouvoirs conférés par ~~les paragraphes 3 et 5 de l'article 5~~ les articles 12 et 13-2 lorsque les marchandises sont devenues dangereuses pour les personnes, les biens ou l'environnement ou ont été sacrifiées;

[xi) ... [72];]

Le transporteur est toutefois responsable de la perte, du dommage ou du retard si le chargeur prouve que la faute du transporteur ou celle de ses préposés ou mandataires a causé cette perte, ce dommage ou ce retard [ou y a contribué][73].

Variante C des paragraphes 1 et 2

1. Le transporteur est responsable du préjudice résultant de la perte ou du dommage subi par les marchandises ainsi que du retard de livraison, si l'événement qui a causé la perte, le dommage ou le retard s'est produit pendant la durée de sa responsabilité telle que celle-ci est définie ~~à l'article 4~~ au chapitre 3.

2. Le transporteur est dégagé de la responsabilité qui lui incombe en vertu du paragraphe 1 s'il prouve qu'aucune faute de sa part ou de l'une quelconque des personnes visées à l'article ~~6.3.2 a)~~ 15-3 n'a causé cette perte, ce dommage ou ce retard [ou n'y a contribué][74].

2.*bis* Il est présumé que ni sa faute ni celle de l'une quelconque des personnes visées à l'article 15-3 n'a causé la perte, le dommage ou le retard si le transporteur

---

[71] Disposition déplacée au nouveau chapitre 6 intitulé "Dispositions supplémentaires relatives au transport par mer [ou autres eaux navigables]". Voir *supra*, note 50.

[72] Disposition déplacée au nouveau chapitre 6 intitulé "Dispositions supplémentaires relatives au transport par mer [ou autres eaux navigables]". Voir *supra*, note 50.

[73] Voir *supra*, note 64.

[74] Voir *supra*, note 64.

prouve que la perte ou le dommage subi par les marchandises ou le retard de livraison a été causé [uniquement][75] par l'un des événements suivants:

a)~~i)~~ ["acte de Dieu"], guerre, hostilités, conflit armé, piraterie, terrorisme, émeutes et troubles civils;

b)~~ii)~~ restrictions de quarantaine; intervention ou obstacles créés par des gouvernements, des autorités publiques, des dirigeants ou des personnes [y compris une intervention judiciaire ou faisant suite à une procédure judiciaire];

c)~~iii)~~ acte ou omission du chargeur, de la partie contrôlante ou du destinataire;

d)~~iv)~~ grèves, lock-out ou arrêts ou entraves apportés au travail;

[v) ... [76];]

e)~~vi)~~ freinte en volume ou en poids ou toute autre perte ou dommage résultant d'un vice caché, de la nature spéciale ou d'un vice propre des marchandises;

f)~~vii)~~ insuffisance ou état défectueux de l'emballage ou de marques;

g)~~viii)~~ vices cachés échappant à une diligence raisonnable;

h)~~ix)~~ manutention, chargement, arrimage ou déchargement des marchandises par le chargeur, la partie contrôlante ou le destinataire, ou en leur nom;

i)~~x)~~ actes accomplis par le transporteur ou une partie exécutante conformément aux pouvoirs conférés par ~~les paragraphes 3 et 5 de l'article 5~~ les articles 12 et 13-2 lorsque les marchandises sont devenues dangereuses pour les personnes, les biens ou l'environnement ou ont été sacrifiées;

[xi) ... [77];]

La présomption est réfutée si le demandeur prouve que la perte, le dommage ou le retard a été causé par la faute du transporteur ou de l'une quelconque des personnes visées à l'article 15-3. De plus, la présomption est réfutée si le demandeur prouve que la perte, le dommage ou le retard résulte d'un des cas mentionnés à l'article 13-1 a), b) ou c). Toutefois, dans ce cas, le transporteur est dégagé de sa responsabilité s'il prouve qu'il s'est acquitté de l'obligation prévue à l'article 13.

3. ~~6.1.4~~ ~~[~~Si la perte, le dommage ou le retard de livraison est dû en partie à un événement[78] dont le transporteur n'est pas responsable et en partie à un événement dont il est responsable, le transporteur est responsable de l'ensemble de la perte, du dommage ou du retard de livraison sauf s'il prouve qu'une partie précise du préjudice a été causée par un événement dont il n'est pas responsable.~~]~~

---

[75] Voir *supra*, note 63.

[76] Disposition déplacée au nouveau chapitre 6 intitulé "Dispositions supplémentaires relatives au transport par mer [ou autres eaux navigables]". Voir *supra*, note 50.

[77] Disposition déplacée au nouveau chapitre 6 intitulé "Dispositions supplémentaires relatives au transport par mer [ou autres eaux navigables]". Voir *supra*, note 50.

[78] Comme indiqué au paragraphe 55 du document A/CN.9/525, on s'est inquiété de l'ambiguïté du terme "événement" dont on ne savait pas très bien s'il était censé renvoyer uniquement à la "cause" et s'il renverrait uniquement à la liste des présomptions du projet d'article 6.1.3 (devenu le paragraphe 2).

~~[Si la perte, le dommage ou le retard de livraison est dû en partie à un événement dont le transporteur n'est pas responsable et en partie à un événement dont il est responsable, le transporteur:~~

~~a) est responsable de la perte, du dommage ou du retard de livraison si la partie demandant réparation de cette perte, de ce dommage ou de ce retard prouve qu'un ou plusieurs événements dont le transporteur est responsable en sont la cause; et~~

~~b) n'est pas responsable de la perte du dommage ou du retard de livraison s'il prouve qu'un ou plusieurs événements dont il n'est pas responsable en sont la cause.~~

~~Si aucune preuve ne permet de répartir le préjudice, le transporteur est responsable de la moitié de la perte, du dommage ou du retard de livraison.]~~[79]

[6.2 Calcul de la réparation[80]]

Article 15. ~~6.3~~ Responsabilité des parties exécutantes[81]

---

[79] Le texte supprimé constituait une deuxième variante dans la version préliminaire du projet d'instrument. Comme indiqué au paragraphe 56 du document A/CN.9/525, la première variante ayant reçu l'appui de la majorité au sein du Groupe de travail, il a été décidé qu'elle seule serait maintenue dans le projet d'instrument pour être de nouveau examinée par la suite. Toutefois, le Groupe de travail a décidé de conserver la deuxième variante dans une note ou dans les commentaires sur le projet de texte afin qu'elle puisse être examinée plus avant, à un stade ultérieur:

[Si la perte, le dommage ou le retard de livraison est dû en partie à un événement dont le transporteur n'est pas responsable et en partie à un événement dont il est responsable, le transporteur:

a) est responsable de la perte, du dommage ou du retard de livraison si la partie demandant réparation de cette perte, de ce dommage ou de ce retard prouve qu'un ou plusieurs événements dont le transporteur est responsable en sont la cause; et

b) n'est pas responsable de la perte, du dommage ou du retard de livraison s'il prouve qu'un ou plusieurs événements dont il n'est pas responsable en sont la cause.

Si aucune preuve ne permet de répartir le préjudice, le transporteur est responsable de la moitié de la perte, du dommage ou du retard de livraison.]

[80] Comme suggéré au paragraphe 60 du document A/CN.9/525, l'article 6.2 (devenu l'article 17) a été déplacé après l'article 6.4 (devenu l'article 16) pour qu'il ait un lien plus étroit avec l'article 6.7 (devenu l'article 18).

[81] a) Comme indiqué au paragraphe 64 du document A/CN.9/525, il a été décidé de conserver l'article 6.3 (devenu l'article 15), étant entendu que l'on en modifierait le texte pour tenir compte des préoccupations exprimées et que l'on examinerait si d'autres changements seraient nécessaires dans le cas où le projet d'instrument s'appliquerait finalement au transport de porte à porte.

Les "préoccupations" résumées au paragraphe 64 sont analysées ci-dessous pour que l'on détermine celles qui peuvent être prises en compte lors de la préparation d'une version révisée du texte.

b) On s'est dit préoccupé par le fait qu'en traitant des parties exécutantes, le projet d'article introduisait une règle nouvelle qui donnait le droit d'intenter directement une action contre une partie avec laquelle les chargeurs n'avaient pas de relation contractuelle. On a fortement insisté sur le fait qu'il fallait éviter une telle innovation car elle risquait de poser de graves problèmes d'ordre pratique. L'affirmation, au paragraphe 94 du document A/CN.9/WG.III/WP.21, selon laquelle une partie exécutante n'assumait pas de responsabilité extracontractuelle, a été contestée. À cet égard, on a argué que la responsabilité extracontractuelle de la partie exécutante était une question de droit interne à laquelle le projet d'instrument ne s'appliquait pas. Le

1. ~~6.3.1 a)~~ Variante A du paragraphe 1[82]

Une partie exécutante assume les responsabilités et obligations imposées et bénéficie des droits et exonérations conférés au transporteur par le présent instrument a) ~~i)~~ pendant la période où elle a la garde des marchandises; et b) ~~ii)~~ à tout autre moment dans la mesure où elle participe à l'exécution de l'une quelconque des activités prévues par le contrat de transport.

Variante B du paragraphe 1

Une partie exécutante est responsable du préjudice résultant de la perte ou du dommage subi par les marchandises, ainsi que du retard de livraison, si l'événement qui a causé la perte, le dommage ou le retard a eu lieu:

Groupe de travail ayant décidé de conserver cette disposition, les préoccupations susmentionnées ne peuvent être prises en considération.

c) On ne voyait pas non plus très bien dans quelles conditions une responsabilité pouvait être imposée à la partie exécutante. Même s'il fallait apparemment que la perte ou le dommage survienne "chez" la partie exécutante (en d'autres termes, lorsque les marchandises étaient sous sa garde), on ne voyait pas du tout comment traiter la question de la charge de la preuve dans ce cas. On pouvait, selon une interprétation, exiger que la partie exécutante prouve que la perte ou le dommage était survenu à un moment où elle n'avait pas la garde des marchandises. La charge de la preuve devrait incomber au demandeur, chose qu'il faudrait préciser. On a tenté de remédier à cette préoccupation dans la variante de l'article 6.3.1 a) (devenu l'article 15-1).

d) On a par ailleurs fait observer que le projet d'article 6.3.4 (devenu l'article 15-6) prévoyait une responsabilité conjointe et solidaire, mais n'indiquait pas la façon de procéder pour déterminer contre quelles parties se retourner, ce qui était particulièrement ambigu, car celles-ci n'avaient pas nécessairement de relation contractuelle. On pense toutefois qu'il serait peut-être préférable de ne pas énoncer de dispositions sur les actions récursoires entre les parties conjointement et solidairement responsables. Ni les Règles de La Haye-Visby (art. 4 *bis*) ni les Règles de Hambourg (art. 7) ne prévoient de dispositions sur ce point.

e) Aussi a-t-il été proposé au paragraphe 64 du document A/CN.9/525 soit de supprimer l'article 6.3 (devenu l'article 15) et la définition du terme "partie exécutante" figurant dans le projet d'article premier, soit de faire en sorte qu'il soit clair dans cette définition que l'article 6.3 (devenu l'article 15) ne s'appliquait qu'aux parties exécutant "matériellement" le contrat. L'idée de limiter le champ d'application de cet article aux parties exécutant "matériellement" le contrat de transport a été favorablement accueillie. À cet égard, on a proposé de supprimer les mots "ou s'engage à s'acquitter" dans l'article 6.3.2 a) ii) (devenu le paragraphe 3 b)). Toutefois, la définition de "partie exécutante" figurant dans l'article 1.17 (devenu l'article 1 e)) du projet d'instrument indique clairement qu'il s'agit d'une personne qui s'acquitte matériellement de l'une quelconque des obligations du transporteur, de sorte qu'aucune modification ne semble devoir être apportée à cette disposition.

f) Il est à noter que, dans les paragraphes 251 à 255 du document A/CN.9/526, lors de l'examen du champ d'application de l'instrument, le Groupe de travail s'est en outre penché sur la question du traitement des parties exécutantes. Comme indiqué au paragraphe 256 du même document, il a été convenu que le traitement des parties exécutantes dans le projet d'instrument était une question importante qui déterminerait l'orientation de tout l'instrument et qui pourrait contribuer à résoudre d'autres problèmes, tels que l'inclusion d'une référence aux dispositions impératives de la loi nationale dans l'article 4.2.1 (devenu l'article 8). Il n'était pas possible, à ce stade, de prendre une décision définitive ou provisoire sur la question et il fallait attendre que celle-ci ait fait l'objet d'une proposition écrite plus affinée. Cette proposition figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.34. À la lumière de cette proposition, le Groupe de travail voudra peut-être examiner le traitement des parties exécutantes ainsi que les autres questions qui y sont abordées.

[82] La variante A du paragraphe 1 se fonde sur le texte initial du projet d'instrument.

a) ~~i)~~ pendant la période où elle a la garde des marchandises; ou

b) ~~ii)~~ à tout autre moment dans la mesure où elle participe à l'exécution de l'une quelconque des activités prévues par le contrat de transport à condition que la perte, le dommage ou le retard ait eu lieu pendant l'exécution de ces activités.

Les responsabilités et obligations imposées et les droits et exonérations conférés au transporteur par le présent instrument s'appliquent en ce qui concerne les parties exécutantes.

2. ~~b)~~ Si le transporteur accepte d'assumer des obligations autres que celles qui lui sont imposées par le présent instrument ou s'il accepte que sa responsabilité en cas de retard de livraison, de perte ou d'endommagement des marchandises ou liés aux marchandises soit plus élevée que les limites imposées en vertu des articles 16-2 ~~6.4.2~~, 24-4 ~~6.6.4~~, et 18 ~~6.7~~, une partie exécutante n'est pas liée par cette acceptation à moins qu'elle n'accepte expressément ces obligations ou ces limites.

3. ~~6.3.2 a)~~ Sous réserve ~~de l'article 6.3.3~~ du paragraphe 5, le transporteur répond des actes et omissions de:

a) ~~i)~~ toute partie exécutante; et

b) ~~ii)~~ de toute autre personne, y compris les sous-traitants et agents d'une partie exécutante, qui s'acquitte ou s'engage à s'acquitter de l'une quelconque des obligations incombant au transporteur en vertu du contrat de transport, dans la mesure où cette personne agit, directement ou indirectement, à la demande du transporteur ou sous sa supervision ou son contrôle; comme s'il s'agissait de ses propres actes ou omissions. ~~Un~~ Le transporteur n'est tenu responsable en vertu de la présente disposition que lorsque cette partie exécutante ou cette autre personne a commis l'acte ou l'omission dans l'exercice de ses fonctions en tant que sous-traitant, employé ou agent.

4. ~~b)~~ Sous réserve ~~de l'article 6.3.3~~ du paragraphe 5, une partie exécutante répond des actes et omissions de toute personne à laquelle elle a délégué l'exécution de l'une quelconque des obligations incombant au transporteur en vertu du contrat de transport, y compris ses sous-traitants, employés et agents, comme s'il s'agissait de ses propres actes ou omissions. Une partie exécutante n'est tenue responsable en vertu de la présente disposition que lorsque la personne concernée a commis l'acte ou l'omission dans l'exercice de ses fonctions en tant que sous-traitant, employé ou agent[83].

5. ~~6.3.3~~ Si une action est intentée contre toute personne, autre que le transporteur, mentionnée ~~à l'article 6.3.2~~ aux paragraphes 3 et 4, cette personne peut se prévaloir des exonérations et des limitations de responsabilité dont peut se prévaloir le transporteur en vertu du présent instrument si elle prouve qu'elle a agi dans l'exercice de ses fonctions en tant que sous-traitant, employé ou agent.

6. ~~6.3.4~~ Si plusieurs personnes sont responsables de la perte, de l'endommagement ou du retard de livraison des marchandises, elles assument une responsabilité conjointe et solidaire, mais uniquement dans les limites prévues aux articles 16 ~~6.4~~, 24 ~~6.6~~ et 18 ~~6.7~~.

---

[83] Correction apportée aux fins d'harmonisation avec le texte des articles 6.3.2 a) et 6.3.3 (devenus les paragraphes 3, 4 et 5).

7. ~~6.3.5~~ Sans préjudice ~~des dispositions~~ de l'article 19 ~~6.8~~, le montant total de la responsabilité de ces personnes ne dépasse pas les limites globales de responsabilité prévues dans le présent instrument.

Article 16. ~~6.4~~ Retard[84]

1. ~~6.4.1~~ Il y a retard de livraison lorsque les marchandises ne sont pas livrées au lieu de destination prévu dans le contrat de transport dans un délai quelconque expressément convenu [ou, en l'absence d'une telle convention, dans le délai qu'il serait raisonnable d'attendre d'un transporteur diligent, compte tenu des conditions du contrat, des caractéristiques du transport et des circonstances du voyage].

2. ~~6.4.2~~ Si un retard de livraison cause un préjudice qui ne résulte pas de la perte ou du dommage subi par les marchandises transportées et n'est donc pas couvert par l'article 17 ~~6.2~~, le montant dû à titre de réparation de ce préjudice est limité à un montant équivalent à [...] fois le fret payable pour les marchandises ayant subi le retard]. Le montant total payable en vertu de la présente disposition et de l'article 18-1 ~~6.7.1~~ ne dépasse pas la limite qui serait fixée en vertu de l'article 18-1 ~~6.7.1~~ pour la perte totale des marchandises concernées.

[6.5 Déroutement[85]]

[6.6 Marchandises en pontée[86]]

Article 17. ~~6.2~~ Calcul de la réparation[87]

1. ~~6.2.1~~ ~~Si le transporteur est responsable de la perte ou du dommage subi par les marchandises~~ Sous réserve de l'article 18 ~~6.7~~[88], la réparation due par le transporteur pour la perte ou le dommage subi par les marchandises est calculée par référence à la valeur de ces marchandises au lieu et au moment de livraison prévus par le contrat de transport.

2. ~~6.2.2~~ La valeur des marchandises est déterminée d'après le cours en bourse ou, à défaut, d'après le prix courant sur le marché ou, à défaut de l'un et de l'autre, d'après la valeur usuelle de marchandises de même nature et qualité au lieu de livraison.

3. ~~6.2.3~~ En cas de perte ou de dommage subi par les marchandises ~~et sous réserve des dispositions de l'article 16 6.4~~[89], le transporteur n'est astreint au paiement d'aucune réparation dépassant ce qui est prévu dans ~~les articles 6.2.1 et 6.2.2~~ les

---

84 Comme indiqué au paragraphe 70 du document A/CN.9/525, le Groupe de travail est convenu de conserver tel quel le texte de l'article 6.4 (devenu l'article 16) pour en poursuivre l'examen à un stade ultérieur.

85 Disposition déplacée au nouveau chapitre 6 intitulé "Dispositions supplémentaires relatives au transport par mer [ou autres eaux navigables]". Voir *supra*, note 50.

86 Disposition déplacée au nouveau chapitre 6 intitulé "Dispositions supplémentaires relatives au transport par mer [ou autres eaux navigables]". Voir *supra*, note 50.

87 Voir *supra*, note 80.

88 Un lien entre les dispositions relatives au calcul de la réparation et les limites de la responsabilité a été suggéré au paragraphe 60 du document A/CN.9/525.

89 Les mots rayés ne semblent pas nécessaires, l'article 6.4 (devenu l'article 16) portant uniquement sur les pertes pécuniaires.

paragraphes 1 et 2 sauf lorsque le transporteur et le chargeur sont convenus de calculer la réparation d'une autre manière dans les limites de l'article 88[90].

Article 18. ~~6.7~~ Limites de la responsabilité[91]

1. ~~6.7.1~~ Sous réserve de l'article 16-2 ~~6.4.2~~, la responsabilité du transporteur pour la perte ou le dommage subi par les marchandises ou lié aux marchandises est limitée à [...] unités de compte par colis ou autre unité de chargement, ou à [...] unités de compte par kilogramme de poids brut des marchandises perdues ou endommagées, la limite la plus élevée étant applicable, sauf lorsque la nature et la valeur des marchandises ont été déclarées par le chargeur avant l'embarquement et figurent dans les données du contrat, ~~[~~ou lorsqu'un montant supérieur à la limite de responsabilité fixée dans le présent article a été convenu entre le transporteur et le chargeur.~~]~~[92]

[2. ~~6.7.1*bis*~~ Nonobstant le paragraphe 1 ~~l'article 6.7.1~~, lorsque le transporteur n'est pas en mesure d'établir si les marchandises ont été perdues ou endommagées pendant le transport par mer ou pendant le transport qui l'a précédé ou suivi, c'est la

---

[90] Pour donner suite aux paragraphes 57 à 59 du document A/CN.9/525, on a ajouté ce membre de phrase qui vise à énoncer une disposition harmonisant le mode de calcul de la réparation. Ce calcul devrait tenir compte de l'intention exprimée par les parties dans le contrat de transport. Comme indiqué au paragraphe 58 du même document, on a estimé que c'était en fonction de l'intention des parties qu'il convenait de décider si les dommages indirects devraient être ou non compris dans le montant de la réparation.

[91] Le paragraphe 85 du document A/CN.9/525 indique que le Groupe de travail a décidé de maintenir l'intégralité du texte de l'article 6.7 (devenu l'article 18) dans le projet d'instrument en vue de la poursuite des débats à un stade ultérieur.

À sa onzième session, le Groupe de travail a examiné le champ d'application de l'instrument et, dans le cadre de cet examen, a abordé la question des limites de la responsabilité. Comme indiqué aux paragraphes 257 à 263 du document A/CN.9/526, plusieurs suggestions ont été faites concernant les limites de la responsabilité, mais à ce stade aucune instruction n'a été donnée au secrétariat. Comme indiqué au paragraphe 257 du même document, selon une opinion largement partagée, il ne fallait pas, au stade actuel des travaux, chercher à parvenir à un accord sur des montants précis pour les limites de responsabilité visées dans la disposition et le projet d'instrument devrait prévoir une procédure de modification rapide de la limitation de la responsabilité.

[92] Comme indiqué au paragraphe 259 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail a rappelé que le dernier membre de phrase de l'article 6.7.1 (devenu le paragraphe 1) a été placé entre crochets en attendant une décision sur le point de savoir si une telle disposition devrait être unilatéralement ou bilatéralement impérative, et qu'il est provisoirement convenu de supprimer les crochets.

Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner la variante suivante proposée pour le paragraphe 1: "Sous réserve de l'article 16-2 ~~6.4.2~~, la responsabilité du transporteur pour la perte ou le dommage subi par les marchandises ou lié aux marchandises est limitée à [...] unités de compte par colis ou autre unité de chargement, ou à [...] unités de compte par kilogramme de poids brut des marchandises perdues ou endommagées, la limite la plus élevée étant applicable~~. sauf~~ Toutefois, lorsque la nature et la valeur des marchandises ont été déclarées par le chargeur avant l'embarquement et figurent dans les données du contrat, ~~[~~ou lorsqu'un montant supérieur à la limite de responsabilité fixée dans le présent article a été convenu entre le transporteur et le chargeur~~]~~, la réparation due est limitée à un tel montant." Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le membre de phrase final supplémentaire de cette variante devrait être revu à la lumière de l'article 88, car il pourrait être superflu si l'article 88 était adopté. Il souhaitera peut-être examiner la méthode à utiliser pour déterminer un montant, au moyen éventuellement de données statistiques.

limite de responsabilité la plus élevée prévue dans les dispositions impératives internationales ou nationales régissant les différentes parties du transport qui s'applique.][93]

3. ~~6.7.2~~ Lorsque les marchandises sont transportées dans ou sur un conteneur, les colis ou les unités de chargement déclarés dans les données du contrat comme ayant été placés dans ou sur ce conteneur sont considérés comme colis ou unités de chargement. En l'absence d'une telle déclaration, les marchandises placées dans ou sur ce conteneur sont considérées comme une unité de chargement.

4. ~~6.7.3~~ L'unité de compte visée dans le présent article est le droit de tirage spécial tel qu'il est défini par le Fonds monétaire international. Les montants mentionnés dans le présent article sont convertis dans la monnaie nationale d'un État suivant la valeur de cette monnaie à la date du jugement ou à une date convenue par les parties. La valeur, en droits de tirages spéciaux, de la monnaie nationale d'un État contractant qui est membre du Fonds monétaire international est calculée selon la méthode d'évaluation appliquée par le Fonds monétaire international à la date en question pour ses propres opérations et transactions. La valeur, en droits de tirages spéciaux, de la monnaie d'un État contractant qui n'est pas membre du Fonds monétaire international est calculée de la façon déterminée par cet État.

Article 19 ~~6.8~~ Déchéance du droit de limiter la responsabilité

Ni le transporteur ni aucune des personnes mentionnées à l'article 15-3 et 4 ~~6.3.2~~ ne peut limiter sa responsabilité conformément aux articles [16-2 ~~6.4.2~~,] 24-4 ~~6.6.4~~, et 18 ~~6.7~~ du présent instrument, [ni conformément au contrat de transport] si le demandeur prouve que [le retard de livraison,] la perte ou le dommage subi par les marchandises ou lié aux marchandises résulte d'un acte ou d'une omission [personnels][94] de la personne revendiquant le droit de limiter sa responsabilité qui a

---

[93] En outre, lors des délibérations concernant la question du traitement des dommages non localisés, il a été proposé au paragraphe 264 du document A/CN.9/526 – et cette proposition a été adoptée par le Groupe de travail au paragraphe 267 – d'insérer cette disposition entre crochets après l'article 6.7.1 (devenu le paragraphe 1). Cette disposition constitue à présent le paragraphe 2.

Plusieurs variantes différentes pour le paragraphe 2 sont proposées ci-après: "Nonobstant le paragraphe 1, lorsque le transporteur n'est pas en mesure d'établir si les marchandises ont été perdues ou endommagées pendant le transport par mer ou pendant [le transport qui l'a précédé ou suivi] [l'une ou l'autre des périodes visées à l'article 8-1 a) et b)], c'est la limite de responsabilité la plus élevée [prévue dans les dispositions impératives internationales [et nationales] régissant les différentes parties du transport] [prévue par toute convention internationale [ou loi nationale] applicable conformément à l'article 8] [qui aurait régi tout contrat qui aurait été conclu entre les parties pour chaque partie du transport impliquant un mode de transport] [qui aurait été applicable si un contrat spécifique avait été conclu pour ce mode de transport] qui s'applique."

[94] Au cours du débat initial relatif à cette disposition, comme indiqué au paragraphe 92 du document A/CN.9/525, le Groupe de travail a pris note des observations et des suggestions qui avaient été faites et a décidé de maintenir le texte du projet d'article 6.8 (devenu l'article 19) dans le projet d'instrument en vue d'en poursuivre l'examen à un stade ultérieur. Toutefois, comme indiqué aux paragraphes 260 et 261 du document A/CN.9/526, à l'issue d'un débat concernant la référence à "un acte ou une omission personnels" de la personne revendiquant le droit de limiter sa responsabilité, le Groupe de travail a décidé de placer entre crochets le mot "personnels" aux fins de la poursuite de la discussion à un stade ultérieur.

été commis soit avec l'intention de provoquer cette perte ou ce dommage, soit témérairement et en sachant que cette perte ou ce dommage en résulterait probablement.

Article 20 ~~6.9~~ Avis de perte, de dommage ou de retard

1. ~~6.9.1~~ Le transporteur est présumé, en l'absence de preuve contraire, avoir livré les marchandises telles que celles-ci sont décrites dans les données du contrat, à moins qu'un avis[95] de perte ou de dommage subi par les marchandises [ou lié aux marchandises][96] indiquant la nature générale de cette perte ou de ce dommage n'ait été donné [par le destinataire ou en son nom][97] avant la livraison ou au moment de la livraison au transporteur ou à la partie exécutante qui a livré les marchandises, ou, si la perte ou le dommage n'est pas apparent, dans [les trois jours ouvrables] [un délai raisonnable] [jours ouvrables au lieu de livraison] [jours consécutifs][98] suivant la livraison des marchandises. Un tel avis n'est pas nécessaire dans le cas d'une perte ou d'un dommage qui est constaté lors d'une inspection commune[99] des marchandises effectuée par le destinataire et le transporteur ou la partie exécutante dont la responsabilité est invoquée.

2. ~~6.9.2~~ Aucune réparation n'est due en vertu de l'article ~~6.4~~ 16 à moins qu'un avis notifiant cette perte[100] n'ait été donné à la personne dont la responsabilité est invoquée dans un délai de 21 jours consécutifs à compter de la livraison des marchandises.

3. ~~6.9.3~~ Lorsque l'avis visé dans le présent chapitre est donné à la partie exécutante qui a livré les marchandises, il a le même effet que s'il avait été donné au transporteur, et un avis donné au transporteur a le même effet qu'un avis donné à la partie exécutante qui a livré les marchandises.

4. ~~6.9.4~~ En cas de perte ou de dommage certain ou présumé, les parties à la demande ou au litige doivent se donner réciproquement toutes les facilités raisonnables pour procéder à l'inspection et au pointage des marchandises et [pour

---

95 Le paragraphe 94 du document A/CN.9/525 donne pour instruction au secrétariat de tenir compte du large appui manifesté en faveur de la forme écrite de l'avis et de l'intégration des communications électroniques lorsqu'il établirait la version révisée du projet de texte. L'article 2.3 (devenu l'article 5) du projet d'instrument prévoit que l'avis visé, entre autres, à l'article 6.9.1 (devenu le paragraphe 1) peut être donné au moyen d'une communication électronique ou, à défaut, doit l'être par écrit.

96 Conformément aux observations figurant au paragraphe 97 du document A/CN.9/525, le membre de phrase "ou lié aux marchandises" a été placé entre crochets et les mots "par le destinataire ou en son nom" ont été ajoutés. Il est possible que ces observations n'aient pas obtenu un appui suffisant.

97 Ibid.

98 Le paragraphe 95 du document A/CN.9/525 donne pour instruction au secrétariat de placer entre crochets les mots "trois jours ouvrables", et d'ajouter d'autres variantes, également entre crochets.

99 Il a été déclaré au paragraphe 96 du document A/CN.9/525 que le terme "inspection contradictoire" ou en anglais "*concurrent inspection*" conviendrait peut-être mieux pour les pays de droit romain.

100 Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait ajouter un texte indiquant que cette perte devrait être limitée à la perte pour cause de retard.

accéder] [doivent donner accès] aux enregistrements et documents concernant le transport des marchandises[101].

Article 21 ~~6.10~~ Recours judiciaires

Les exonérations et limitations de responsabilité prévues par le présent instrument et les obligations imposées par celui-ci sont applicables dans toute action contre le transporteur ou une partie exécutante pour perte ou dommage subi par les marchandises ou lié aux marchandises faisant l'objet d'un contrat de transport et pour retard de livraison de ces marchandises[102], que l'action soit fondée sur la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ou autrement.

CHAPITRE 6. DISPOSITIONS SUPPLÉMENTAIRES RELATIVES AU TRANSPORT PAR MER [OU AUTRES EAUX NAVIGABLES][103]

Article 22. Responsabilité du transporteur[104]

Variante A[105]

1. ~~6.1.2~~ [Nonobstant les dispositions de l'article 14-1 ~~6.1.1~~, le transporteur n'est pas responsable de la perte, du dommage ou du retard résultant

~~a) des actes, négligence ou défaut du capitaine, marin, pilote ou autres préposés du transporteur dans la navigation ou dans l'administration du navire;~~

~~[b)~~ d'un incendie à bord du navire, à moins qu'il ne soit causé par le fait ou la faute du transporteur.][106]

---

101 Il est indiqué au paragraphe 100 du document A/CN.9/525 que cette disposition devrait aussi mentionner l'accès aux enregistrements et documents concernant le transport des marchandises. Les mots entre crochets constituent deux variantes: la première lie l'accès à l'obligation de donner "toutes les facilités raisonnables", la seconde est indépendante, la notion de "caractère raisonnable" ne s'appliquant pas à elle.

102 Le paragraphe 102 du document A/CN.9/525 indique que la suggestion tendant à inclure dans le projet d'article une référence au retard de livraison a bénéficié d'un large appui.

103 Comme indiqué dans la note 50 ci-dessus, compte tenu du large soutien exprimé au sein du Groupe de travail en faveur de l'application du projet d'instrument au transport de porte-à-porte et non de port-à-port (voir par. 239 du document A/CN.9/526), on a pensé que le fait de présenter dans un chapitre séparé les dispositions du projet d'instrument devant s'appliquer uniquement au transport par mer pourrait aider à restructurer le projet d'instrument. Par conséquent, les dispositions ci-après du chapitre 6 (devenu le chapitre 5) ont été déplacées pour être regroupées sous le présent titre: article 6.1.2 (devenu l'article 22) et les parties pertinentes de l'article 6.1.3 (devenu aussi l'article 22) sur le fondement de la responsabilité, l'article 6.5 (devenu l'article 23) relatif au déroutement et l'article 6.6 (devenu l'article 24) relatif aux marchandises en pontée.

104 Si la variante B ou C des paragraphes 1 et 2 de l'article 14 est adoptée, le Groupe de travail voudra peut-être réexaminer le présent article en vue d'adopter une approche cohérente pour ce qui est du renversement des présomptions.

105 La variante A de l'article 22 se fonde sur le texte initial du projet d'instrument.

106 L'article 6.1.2 a) a été supprimé compte tenu du fait qu'aux paragraphes 35 et 36 du document A/CN.9/525, il a été largement estimé que la suppression de cette exception du régime international s'appliquant au transport de marchandises par mer constituerait un progrès important vers la modernisation et l'harmonisation du droit international des transports. Il a en outre été souligné que ce progrès pourrait être nécessaire dans le contexte de l'élaboration de

2. ~~6.1.3 *bis*~~ L'article 14 s'applique également dans le cas des événements suivants:

a) ~~v)~~ sauvetage ou tentative de sauvetage de vies ou de biens en mer; et

[b) ~~xi)~~ périls, dangers ou accidents de la mer ou d'autres eaux navigables;]

Variante B

~~6.1.2 [Nonobstant les dispositions de l'article 6.1.1 14 1, le transporteur n'est pas responsable de la perte, du dommage ou du retard résultant~~

~~a) des actes, négligence ou défaut du capitaine, marin, pilote ou autres préposés du transporteur dans la navigation ou dans l'administration du navire;~~

~~[b) d'un incendie à bord du navire, à moins qu'il ne soit causé par le fait ou la faute du transporteur.]~~[107]

~~6.1.3 *bis*~~ L'article 14 s'applique également dans le cas des événements suivants:

a) ~~v)~~ sauvetage ou tentative de sauvetage de vies ou de biens en mer;

[b) ~~xi)~~ péril, dangers ou accidents de la mer ou d'autres eaux navigables;] [et]

[c) ~~ix)~~ incendie à bord du navire, à moins qu'il ne soit causé par le fait ou la faute du transporteur;][108]

Article 23. ~~6.5~~ Déroutement

1. ~~a)~~ Le transporteur n'est pas responsable de la perte, du dommage ou du retard de livraison dû à un déroutement[109] pour sauver ou tenter de sauver des vies [ou des biens][110] en mer [ou à tout autre déroutement [raisonnable]][111].

---

règles internationales régissant le transport de porte à porte. Selon un point de vue voisin, bien qu'une élimination de l'exception générale fondée sur l'erreur des navigations soit probablement inévitable, l'alinéa a) devrait être conservé entre crochets en attendant qu'une décision définitive soit prise en ce qui concerne l'ensemble de la question de la responsabilité (c'est-à-dire les divers aspects de régime de responsabilité applicables aux diverses parties concernées). À l'issue d'un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer l'alinéa a). L'article 6.1.2 b) (devenu l'article 22-1) a été conservé entre crochets suite à la décision prise par le Groupe de travail au paragraphe 37 du document A/CN.9/525.

Au paragraphe 43 du même document, il a été suggéré que, si elle était maintenue, la mention concernant l'incendie à bord du navire devrait être transférée du projet d'article 6.1.2 au projet d'article 6.1.3 (qui figurent à présent tous les deux dans l'article 22), ce qui n'a pas été fait dans la variante A, mais dans la variante B.

107 Voir *supra*, note 106.

108 Au paragraphe 43 du document A/CN.9/525, il a été suggéré que, si elle était maintenue, la mention concernant l'incendie à bord du navire devrait être transférée du projet d'article 6.1.2 au projet d'article 6.1.3 (devenu l'article 22).

109 Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si, comme indiqué au paragraphe 73 du document A/CN.9/525, il faudrait insérer les mots "autorisé par le chargeur ou un déroutement" après les mots "retard de livraison dû à un déroutement".

110 Comme suite au paragraphe 72 du document A/CN.9/525, la référence au sauvetage des biens a été mise entre crochets car des objections ont été soulevées concernant l'inclusion de ce type de sauvetage.

111 La référence à tout autre déroutement raisonnable a été placée entre crochets compte tenu des questions soulevées au paragraphe 73 du document A/CN.9/525 quant à son utilisation. Il a en outre été suggéré au paragraphe 72 du même document de préciser dans le projet d'article que,

2. ~~b)~~ Lorsque, en vertu du droit national, un déroutement constitue en soi un manquement aux obligations du transporteur, un tel manquement n'a d'effet que conformément ~~aux dispositions du~~ au présent instrument[112].

Article 24. ~~6.6~~ Marchandises en pontée[113]

1. ~~6.6.1~~ Les marchandises ne peuvent être transportées sur le pont ou au-dessus du niveau du pont que si

a) ~~i)~~ cela est exigé par les lois ou les règles ou règlements administratifs applicables; ou

b) ~~ii)~~ elles sont transportées dans ou sur des conteneurs sur des ponts qui sont spécialement équipés pour transporter de tels conteneurs; ou

c) ~~iii)~~ dans les cas non couverts par les alinéas a) ~~i)~~ ou b) ~~ii)~~ du présent article, le transport en pontée soit est effectué conformément au contrat de transport ou aux coutumes, usages et pratiques du commerce, soit découle d'autres usages ou pratiques du commerce en question.

2. ~~6.6.2~~ Si les marchandises ont été expédiées conformément au paragraphe 1 a) et c) ~~à l'article 6.6.1 i) et iii)~~, le transporteur n'est pas responsable de la perte ou du dommage subi par ces marchandises ni du retard de livraison qui résultent des risques spéciaux que comporte leur transport en pontée. Si les marchandises sont transportées sur le pont ou au-dessus du niveau du pont conformément au paragraphe 1 b) ~~à l'article 6.6.1 ii)~~, le transporteur est responsable de la perte ou du dommage subi par ces marchandises ou du retard de livraison, en vertu des dispositions du présent instrument, sans qu'il soit tenu compte du fait qu'elles ont été transportées sur le pont ou au-dessus du niveau du pont. Si les marchandises sont transportées en pontée dans des cas autres que ceux autorisés en vertu du paragraphe 1 ~~de l'article 6.6.1~~, le transporteur est responsable, indépendamment ~~des dispositions~~ de l'article 14 ~~6.1~~, de la perte ou du dommage subi par ces marchandises ou du retard de livraison résultant exclusivement de leur transport en pontée.

3. ~~6.6.3~~ Si les marchandises ont été expédiées conformément au paragraphe 1 c) ~~à l'article 6.6.1 iii)~~, le fait que certaines marchandises sont transportées en pontée doit être indiqué dans les données du contrat. Si tel n'est pas le cas, le transporteur assume la charge de prouver que le transport en pontée est effectué conformément au paragraphe 1 c) ~~à l'article 6.6.1 iii)~~ et, si un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable est émis, il n'a pas le droit d'opposer

---

lorsque les marchandises ont été sauvées grâce à un déroutement effectué contre rétribution, cette rétribution pouvait être utilisée pour réparer le préjudice causé par le retard qui en a résulté.

112 Une variante de ce paragraphe serait la suivante: "Lorsque, en vertu du droit national, un déroutement constitue en soi un manquement aux obligations du transporteur, un tel manquement ne priverait le transporteur ou une partie exécutante d'aucune exonération ni limitation de responsabilité prévue par le présent instrument." Si cette variante est adoptée, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le paragraphe 1 est nécessaire.

113 Comme indiqué au paragraphe 80 du document A/CN.9/525, le Groupe de travail a décidé de conserver la structure et le contenu de l'article 6.6 (devenu l'article 24) aux fins de la poursuite de la discussion à un stade ultérieur. Il voudra peut-être noter que cet article dépend dans une large mesure de la définition de "conteneur" figurant à l'article 1 s).

cette disposition à un tiers qui a obtenu ce document de transport ou cet enregistrement électronique de bonne foi.

4. ~~6.6.4~~ Si le transporteur visé par le présent article 24 ~~6.6~~ est responsable de la perte ou du dommage subi par les marchandises transportées en pontée ou du retard de livraison de ces marchandises, sa responsabilité est limitée comme prévu aux articles 16 ~~6.4~~ et 18 ~~6.7~~; cependant, si le transporteur et le chargeur ont expressément convenu que les marchandises seraient transportées en cale, le transporteur n'a pas le droit de limiter sa responsabilité pour toute perte ou tout dommage subi par les marchandises qui résulte exclusivement de leur transport en pontée.

CHAPITRE 7. OBLIGATIONS DU CHARGEUR

Article 25

~~7.1~~ [Sous réserve des dispositions du contrat de transport,][114] le chargeur remet les marchandises prêtes pour le transport ~~et~~[115] dans un état tel qu'elles résisteront au transport prévu, y compris aux opérations de chargement, de manutention, d'arrimage, de brêlage, d'immobilisation et de déchargement dont elles feront l'objet, et ne causeront pas de dommage corporel ou matériel. Au cas où les marchandises sont remises dans ou sur un conteneur ou une remorque où elles ont été placées par le chargeur, celui-ci doit les arrimer, les brêler et les immobiliser dans ou sur le conteneur ou la remorque de telle manière qu'elles résisteront au transport prévu, y compris aux opérations de chargement, de manutention et de déchargement du conteneur ou de la remorque, et ne causeront pas de dommage corporel ou matériel[116].

Article 26

~~7.2~~ Le transporteur fournit au chargeur, à sa demande, les informations dont il a connaissance et les instructions qui sont raisonnablement nécessaires ou qui revêtent de l'importance pour le chargeur pour s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 25 ~~7.1~~[117].

---

[114] Comme indiqué au paragraphe 148 du document A/CN.9/510, le Groupe de travail est convenu de placer le membre de phrase "Sous réserve des dispositions du contrat de transport" entre crochets, en attendant des consultations et des discussions complémentaires sur l'étendue de l'obligation du transporteur et la mesure dans laquelle celle-ci relevait de la liberté contractuelle.

[115] Les paragraphes 145 et 148 du document A/CN.9/510 indiquent que le Groupe de travail est convenu de supprimer le mot "et".

[116] Le Groupe de travail a pris note de la suggestion faite au paragraphe 148 du document A/CN.9/510 d'établir un autre libellé reposant sur les articles 12, 13 et 17 des Règles de Hambourg.

[117] Comme indiqué au paragraphe 151 du document A/CN.9/510, on s'est demandé si le projet de disposition, qui traitait essentiellement des obligations du transporteur, était bien à sa place dans un chapitre consacré aux obligations du chargeur. Il a toutefois été considéré qu'en raison du lien étroit entre le projet d'article 7.2 (devenu l'article 26) et les autres dispositions du projet de chapitre 7 (contenant à présent les articles 25 à 32), l'endroit n'était pas nécessairement mal choisi. Tout en tenant compte des autres observations faites aux paragraphes 149 à 151 du même document, le Groupe de travail a décidé de conserver le projet de disposition afin de l'examiner

Article 27

~~7.3~~ Le chargeur fournit au transporteur les informations, instructions et documents qui sont raisonnablement nécessaires pour:

a) la manutention et le transport des marchandises, y compris les précautions devant être prises par le transporteur ou une partie exécutante;

b) le respect des règles, règlements et autres exigences des autorités concernant le transport prévu, y compris les déclarations, demandes et autorisations concernant les marchandises;

c) la compilation des données du contrat et l'émission des documents de transport ou des enregistrements électroniques, y compris les renseignements visés à l'article 34-1 ~~8.2.1~~ b) et c), le nom de la partie devant être identifiée comme le chargeur dans les données du contrat et le nom du destinataire ou l'ordre, à moins que le chargeur puisse raisonnablement supposer que cette information est déjà connue du transporteur[118].

Article 28

~~7.4~~ Les informations, instructions et documents que le chargeur et le transporteur se communiquent en vertu des articles 26 ~~7.2~~ et 27 ~~7.3~~ doivent être fournis en temps utile et être exacts et complets[119].

Article 29

Variante A[120]

[~~7.5~~ Le chargeur et le transporteur sont responsables[121] l'un envers l'autre et envers le destinataire et la partie contrôlante de toute perte ou tout dommage résultant du non-respect par l'un ou l'autre des obligations leur incombant respectivement en vertu des articles 26 ~~7.2~~, 27 ~~7.3~~ et 28 ~~7.4~~.][122]

---

en détail à une session ultérieure (par. 152 du document A/CN.9/510).

118 Comme indiqué au paragraphe 153 du document A/CN.9/510, le Groupe de travail a approuvé le libellé du projet d'article 7.3 (devenu l'article 27) comme une base solide pour la reprise ultérieure des discussions.

119 Comme indiqué au paragraphe 154 du document A/CN.9/510, le Groupe de travail est convenu de conserver le texte pour complément d'examen.

120 La variante A de l'article 29 se fonde sur le texte initial du projet d'instrument.

121 Comme indiqué au paragraphe 156 du document A/CN.9/510, on a craint que le type de responsabilité établie par l'article 7.5 (devenu le paragraphe 1) ne soit pas appropriée étant donné que les obligations énoncées dans les articles 7.2, 7.3 et 7.4 (devenus les articles 26, 27 et 28) n'étaient pas absolues et impliquaient un jugement de valeur. Certaines délégations ont jugé excessif que l'on impose une responsabilité de plein droit en cas d'inexécution de ce qu'elles considéraient comme des obligations souples et imprécises. Il a aussi été dit que la disposition, dans son libellé actuel, était ambiguë et qu'on ignorait quels en seraient les effets, s'agissant de la responsabilité envers un destinataire ou une partie contrôlante ou de la question de savoir si un transporteur serait responsable envers un destinataire au cas où le chargeur n'aurait pas communiqué les données nécessaires et vice-versa.

122 Une autre inquiétude exprimée au paragraphe 157 du document A/CN.9/510 avait trait au fait que la disposition ne prévoyait pas de responsabilité partagée dans les cas où le chargeur et le transporteur étaient concurremment responsables et au fait que la disposition était ambiguë car on ne voyait pas bien ce que signifiaient les mots "toute perte ou tout dommage" par rapport,

Variante B

[1. Le chargeur est responsable envers le transporteur, le destinataire et la partie contrôlante de toute perte ou tout préjudice matériel [ou corporel] résultant du non-respect des obligations lui incombant en vertu des articles 27 et 28.

2. Le transporteur est responsable envers le chargeur, le destinataire et la partie contrôlante de toute perte ou tout préjudice matériel [ou corporel] résultant du non-respect des obligations lui incombant en vertu des articles 26 et 28.

3. Lorsque la perte ou le préjudice matériel [ou corporel] résulte du non-respect à la fois par le chargeur et par le transporteur de leurs obligations respectives, le chargeur et le transporteur sont solidairement responsables envers le destinataire ou la partie contrôlante pour cette perte ou ce préjudice matériel [ou corporel].]

Article 30

Variante A[123]

~~7.6~~ Le chargeur est responsable envers le transporteur de toute perte ou tout préjudice matériel ou corporel causé par les marchandises et de tout manquement aux obligations lui incombant en vertu de l'article ~~7.1~~ 25, à moins qu'il ne prouve que cette perte ou ce préjudice a été causé par des événements ou à la suite de circonstances qu'un chargeur diligent n'aurait pas pu éviter ou dont il n'aurait pas pu empêcher les conséquences.

Variante B

Un chargeur n'est pas responsable d'une perte ou d'un dommage subi par le transporteur ou un navire résultant d'une cause quelconque en l'absence d'un acte, d'une faute ou d'une négligence de sa part [, ou de la part de ses mandataires ou préposés][124].

---

notamment, à l'expression "préjudice matériel ou corporel" employée à l'article 7.6 (devenu l'article 30). Le paragraphe 158 du document A/CN.9/510 indique que le Groupe de travail a finalement décidé de mettre l'article 7.5 (devenu l'article 29) entre crochets en attendant qu'il soit réexaminé à la lumière des préoccupations et propositions mentionnées dans les paragraphes 156 et 157. Le secrétariat a été prié d'élaborer une version révisée, assortie de variantes possibles tenant compte des suggestions faites. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est généralement convenu que, lors de la révision du projet d'article 7.5 (devenu l'article 29), il faudrait tenir dûment compte du fait que les informations qui y étaient visées pourraient être communiquées au moyen de messages électroniques, c'est-à-dire introduites dans un système de communication électronique et reproduites avec ou sans changement pendant la transmission. La variante B a été élaborée compte tenu de ces observations.

[123] La variante A de l'article 30 se fonde sur le texte initial du projet d'instrument.

[124] Comme indiqué aux paragraphes 161 et 170 du document A/CN.9/510, il a été convenu de faire figurer cette variante aux côtés du libellé initial de l'article 7.6 (variante A) de sorte que ces deux textes puissent être examinés à nouveau lors d'une session ultérieure du Groupe de travail. Le paragraphe 166 du même document indique en outre qu'il faudrait peut-être supprimer la mention des "mandataires ou préposés" du chargeur, étant donné que la question pourrait être traitée à l'article 7.8 (devenu l'article 32).

Variante C

Le chargeur est responsable envers le transporteur de toute perte ou tout préjudice matériel ou corporel causé par les marchandises et de tout manquement aux obligations lui incombant en vertu de l'article 25, à moins qu'il ne prouve qu'il n'a pas causé cette perte ou ce préjudice ou qu'il n'y a pas contribué[125].

Article 31

~~7.7~~ Si une personne identifiée comme "chargeur" dans les données du contrat, bien qu'elle ne soit pas le chargeur tel que défini à l'article ~~1.19~~ 1 d), accepte le document de transport ou l'enregistrement électronique, elle est alors a) soumise aux responsabilités et obligations qui incombent au chargeur en vertu du présent chapitre et de l'article ~~11.5~~ 57, et b) bénéficie des droits et exonérations dont bénéficie le chargeur en vertu du présent chapitre et du chapitre 13.

Article 32

~~7.8~~ Le chargeur répond des actes et omissions de toute personne à qui il a délégué l'exécution de l'une quelconque des obligations lui incombant en vertu du présent chapitre, y compris de ses sous-traitants, employés, agents et toutes autres personnes qui agissent, soit directement soit indirectement, à sa demande ou sous sa supervision ou son contrôle, comme s'il s'agissait de ses propres actes ou omissions. Le chargeur n'est tenu responsable en vertu de la présente disposition que lorsque la personne concernée a commis l'acte ou l'omission dans l'exercice de ses fonctions en tant que sous-traitant, employé ou agent[126].

CHAPITRE 8. DOCUMENTS DE TRANSPORT ET ENREGISTREMENTS ÉLECTRONIQUES

Article 33. ~~8.1~~ Émission du document de transport ou de l'enregistrement électronique

Lors de la remise des marchandises ~~à un~~ au transporteur ou ~~à une~~ la partie exécutante:

a) ~~i)~~ l'expéditeur est en droit d'obtenir un document de transport ou, si le transporteur y consent, un enregistrement électronique constatant la réception des marchandises par le transporteur ou la partie exécutante;

---

[125] Cette variante est censée refléter le texte de la variante C de l'article 14-1 et 2. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager un texte semblable pour cette disposition en fonction de la variante qu'il adoptera pour l'article 14-1 et 2.

[126] Comme indiqué aux paragraphes 169 et 170 du document A/CN.9/510, le Groupe de travail a convenu que l'article 7.8 (devenu l'article 32) constituait une base pour la poursuite des discussions, mais qu'il fallait tenir compte des diverses préoccupations qui avaient été exprimées en ce qui concerne son libellé actuel. À l'issue de la discussion, il a été proposé de réduire la portée de cet article de façon à ce qu'il ne vise que les obligations du chargeur susceptibles d'être déléguées. Il a été convenu de conserver le texte de l'article 7.8 (devenu l'article 32) ainsi que le texte proposé au paragraphe 161 du document A/CN.9/510 comme variante du libellé actuel de l'article 7.6 (devenu l'article 30) de sorte que ces deux textes puissent être de nouveau examinés lors d'une session ultérieure du Groupe de travail.

b) ~~ii)~~ le chargeur ou, si ce dernier l'indique au transporteur, la personne visée à l'article 31 ~~7.7~~ est en droit d'obtenir du transporteur un document de transport négociable approprié, sauf si le chargeur et le transporteur sont convenus, expressément ou tacitement, de ne pas utiliser un document de transport négociable, ou si la coutume, l'usage ou la pratique du commerce est de ne pas en utiliser. Si, conformément à l'article 3 ~~2.1~~, le transporteur et le chargeur sont convenus d'utiliser un enregistrement électronique, le chargeur est en droit d'obtenir du transporteur un enregistrement électronique négociable, sauf s'ils sont convenus de ne pas utiliser un tel enregistrement, ou si la coutume, l'usage ou la pratique du commerce est de ne pas en utiliser[127].

Article 34. ~~8.2~~ Données du contrat

1. ~~8.2.1~~ Les données du contrat figurant dans le document de transport ou l'enregistrement électronique visé à l'article 33 ~~8.1~~ doivent comprendre notamment:

a) une description des marchandises;

b) les marques principales nécessaires à l'identification des marchandises telles que fournies par le chargeur avant que le transporteur ou une partie exécutante ne reçoive lesdites marchandises;

c)

i) le nombre de colis, le nombre de pièces ou la quantité tels que fournis par le chargeur avant que le transporteur ou une partie exécutante ne reçoive les marchandises[128]; et

ii) le poids tel que[129] fourni par le chargeur avant que le transporteur ou une partie exécutante ne reçoive les marchandises;

---

[127] Comme indiqué au paragraphe 25 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail a jugé que l'article 8.1 (devenu l'article 33) était généralement acceptable quant au fond. En outre, pour ce qui est de l'alinéa i) (devenu l'alinéa a)), il a été suggéré de remplacer les mots "document de transport" par le mot "récépissé". Bien que l'on ait donné généralement la préférence au terme "document de transport" par souci de cohérence terminologique, il a été reconnu que, du fait que tous les documents de transport tels que définis à l'article 1.20 (devenu l'article 1 k)) ne remplissaient pas la fonction d'attestation de la réception des marchandises par le transporteur, il était important d'indiquer très clairement qu'en vertu de l'alinéa i) (devenu l'alinéa a)), le document de transport devrait remplir la fonction de récépissé. Par ailleurs, comme indiqué au paragraphe 26 du document A/CN.9/526, il a été demandé si l'article 8.1 (nouvel article 33) ne risquait pas d'interférer avec diverses pratiques existantes concernant l'utilisation de types particuliers de documents de transport, tels que les connaissements "reçus pour embarquement" et "à bord". Il a été répondu que l'article 8.1 (devenu l'article 33) avait été rédigé de manière très large pour englober tout type de document de transport susceptible d'être utilisé dans la pratique, y compris tout type particulier de connaissement ou même certains types de lettres de transport non négociables.

[128] Comme indiqué au paragraphe 27 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail est convenu d'ajouter ces mots. Comme indiqué au paragraphe 28 du même document, on a exprimé la crainte que cet ajout ne soit interprété comme imposant au chargeur une lourde responsabilité, en particulier si le chapitre 8 (nouveaux articles 33 à 40) devait être lu en conjonction avec l'article 7.4 (devenu l'article 28). On a répondu que l'article 8.2.1 (devenu le paragraphe 1) ne devait pas être interprété comme créant une responsabilité quelle qu'elle soit pour le chargeur en vertu du projet de chapitre 7.

[129] La crainte a été exprimée au paragraphe 28 du document A/CN.9/526 que les mots "tel que

d) une indication de l'état et du conditionnement apparents des marchandises au moment auquel le transporteur ou une partie exécutante les reçoit pour expédition;

e) le nom et l'adresse du transporteur; et

f) la date:

i) à laquelle le transporteur ou une partie exécutante a reçu les marchandises; ou

ii) à laquelle les marchandises ont été mises à bord du navire; ou

iii) à laquelle le document de transport ou l'enregistrement électronique a été émis[130].

2. ~~8.2.2~~ L'expression "état et conditionnement apparents des marchandises" employée ~~à l'article 8.2.1~~ au paragraphe 1 désigne l'état et le conditionnement des marchandises établis à partir:

a) d'une inspection externe raisonnable des marchandises telles qu'elles sont emballées au moment où le chargeur les remet au transporteur ou à une partie exécutante; et

b) de toute inspection supplémentaire que le transporteur ou une partie exécutante réalise effectivement avant d'émettre le document de transport ou l'enregistrement électronique[131].

Article 35 ~~8.2.3~~ Signature[132]

a) Un document de transport est signé par le transporteur ou par une personne ayant reçu pouvoir de ce dernier.

b) Un enregistrement électronique est authentifié par la signature électronique du transporteur ou d'une personne ayant reçu pouvoir de ce dernier. Aux fins de la présente disposition, une telle signature électronique désigne des données sous forme électronique contenues dans l'enregistrement électronique ou

---

fourni par le chargeur avant que le transporteur ou une partie exécutante ne reçoive les marchandises" ne soient interprétés comme imposant au chargeur une lourde responsabilité et on a répondu que cette disposition ne visait pas à créer une responsabilité quelle qu'elle soit pour le chargeur. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de remplacer la formule "tel que fourni par le chargeur" par la formule "s'il est fourni par le chargeur". Il faudrait être prudent en ce qui concerne l'emploi de ces formules dans chacune des dispositions pertinentes.

130 Comme indiqué au paragraphe 75 du document A/CN.9/526, il a été suggéré que le Groupe de travail envisage de modifier l'article 8.2.1 (devenu le paragraphe 1) de façon à inclure le nom et l'adresse du destinataire parmi les données du contrat devant figurer dans le document de transport. Voir également les propositions de modification de l'article 10.3.1 (devenu l'article 48) ci-dessous. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si le nom et l'adresse du destinataire doivent figurer sur une liste d'éléments obligatoires. Il voudra peut-être en outre examiner qu'elle serait la sanction en cas de non-communication des informations obligatoires. Cette sanction pourrait être différente selon qu'un document de transport est négociable ou non.

131 Le paragraphe 31 du document A/CN.9/526 indique que le Groupe de travail a jugé l'article 8.2.2 (devenu le paragraphe 2) généralement acceptable quant au fond.

132 Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le terme "signature" devrait être défini comme, par exemple, à l'article 14-3 des Règles de Hambourg, en particulier à la lumière de la pratique moderne.

logiquement associées d'une autre manière audit enregistrement, qui sont utilisées pour identifier le signataire dans le cadre de l'enregistrement électronique et pour indiquer que le transporteur approuve cet enregistrement[133].

Article 36 ~~8.4~~ Insuffisance des données du contrat[134]

1. ~~8.2.4~~ ~~Omission d'éléments devant figurer dans les données du contrat~~

Le défaut d'une ou de plusieurs des données du contrat visées à l'article 34-1 ~~8.2.1~~, ou l'inexactitude d'une ou de plusieurs de ces données, n'a pas en soi d'incidence sur la nature juridique ou la validité du document de transport ou de l'enregistrement électronique[135].

2. ~~8.4.1~~ ~~Date~~

Si les données du contrat comprennent la date, mais n'en indiquent pas la signification, la date est considérée être:

a) si les données du contrat indiquent que les marchandises ont été chargées sur un navire, la date à laquelle toutes les marchandises indiquées dans le document de transport ou l'enregistrement électronique ont été chargées sur le navire; ou

b) si les données du contrat n'indiquent pas que les marchandises ont été chargées sur un navire, la date à laquelle le transporteur ou une partie exécutante a reçu les marchandises[136].

[3. 8.4.2 Défaut d'identification du transporteur

Si les données du contrat n'identifient pas le transporteur, mais indiquent que les marchandises ont été chargées sur un navire désigné, le propriétaire inscrit du navire est présumé être le transporteur. Le propriétaire inscrit peut réfuter cette présomption en prouvant que le navire était l'objet, au moment du transport, d'un affrètement coque nue qui transfère la responsabilité contractuelle du transport des marchandises à un affréteur coque nue identifié. [Si le propriétaire inscrit réfute la présomption selon laquelle il est le transporteur en vertu du présent article,

---

133 Comme indiqué au paragraphe 32 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail est convenu que l'article 8.2.3 (devenu l'article 35) était généralement acceptable quant au fond, mais qu'il faudrait peut-être examiner plus en avant cette disposition à un stade ultérieur afin de vérifier sa cohérence avec la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001). Lors de la révision de cette disposition, il serait peut-être utile de garder à l'esprit les articles 14-2 et 3 des Règles de Hambourg.

134 Pour une plus grande cohérence, cette disposition a été déplacée de sa position initiale pour être insérée ici.

135 Comme indiqué au paragraphe 34 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail a jugé que l'article 8.2.4 (devenu le paragraphe 1) était généralement acceptable quant au fond.

136 Comme indiqué au paragraphe 55 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail a jugé que l'article 8.4.1 (devenu le paragraphe 2) était généralement acceptable quant au fond, tout en notant la question soulevée en ce qui concerne les enregistrements électroniques, en particulier que les mots "document de transport ou enregistrement électronique" apparaissaient souvent dans les dispositions du chapitre 8 du projet d'instrument et que leur répétition avait pour effet de souligner la distinction entre les documents de transport et les enregistrements électroniques au lieu de mettre l'accent sur la teneur du document, comme le prévoyait le mandat du Groupe de travail.

l'affréteur coque nue au moment du transport est présumé être le transporteur de la même manière que le propriétaire inscrit était présumé être le transporteur.]][137]

4. ~~8.4.3~~ ~~État et conditionnement apparents~~

Si les données du contrat n'indiquent pas l'état et le conditionnement apparents des marchandises au moment où le transporteur ou une partie exécutante les reçoit du chargeur, le document de transport ou l'enregistrement électronique constitue, selon le cas, une présomption, sauf preuve contraire, ou une preuve concluante en vertu de l'article 39 ~~8.3.3~~ que l'état et le conditionnement apparents des marchandises étaient bons au moment où le chargeur les a remises au transporteur ou à une partie exécutante[138].

Article 37. ~~8.3~~ Réserves concernant la description des marchandises dans les données du contrat

~~8.3.1~~ ~~Dans les cas énumérés ci-après, l~~ Le transporteur, s'il agit de bonne foi lorsqu'il émet un document de transport ou un enregistrement électronique, peut apporter des réserves aux informations mentionnées à l'article 34-1 a) ~~8.2.1 a)~~[139], 34-1 b) ~~8.2.1 b)~~ ou 34-1 c) ~~8.2.1 c)~~ ~~en y insérant une clause appropriée indiquant~~ dans les cas et de la manière décrits ci-dessous pour indiquer qu'il ne répond pas de l'exactitude des informations fournies par le chargeur:

a) S'agissant de marchandises non conteneurisées:

i) si le transporteur peut montrer qu'il n'avait pas de moyens raisonnables de vérifier les informations fournies par le chargeur, il peut ~~inclure une réserve appropriée~~ en faire état dans les données du contrat en indiquant les informations en question; ou

ii) si le transporteur a des raisons de considérer que les informations fournies par le chargeur sont inexactes, il peut inclure une clause indiquant ce qu'il considère raisonnablement comme des informations exactes.

b) S'agissant de marchandises qui ~~lui~~ sont remises au transporteur ou à une partie exécutante dans un conteneur fermé, sauf[140] si le transporteur ou une partie

---

137 Comme indiqué au paragraphe 60 du document A/CN.9/526, selon l'opinion qui a prévalu au sein du Groupe de travail, l'article 8.4.2 (devenu le paragraphe 3) identifiait un problème sérieux qui devait être traité dans le projet d'instrument, mais la question exigeait une étude plus approfondie des autres moyens qui permettraient de régler ce problème et la disposition telle qu'elle était rédigée n'était pas encore satisfaisante. Le Groupe de travail a décidé de maintenir l'article 8.4.2 (devenu le paragraphe 3) entre crochets dans le projet d'instrument et de l'examiner d'une façon plus détaillée à une date ultérieure.

138 Comme indiqué au paragraphe 61 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail a jugé que l'article 8.4.3 (devenu le paragraphe 4) était généralement acceptable quant au fond.

139 L'ajout d'une référence à l'article 8.2.1 a) (devenu l'article 34-1 a)) a été suggéré au paragraphe 36 du document A/CN.9/526.

140 Le membre de phrase "sauf si le transporteur ou une partie exécutante inspecte en fait les marchandises se trouvant à l'intérieur du conteneur ou a, d'une autre manière, effectivement connaissance du contenu du conteneur avant l'émission du document de transport, à condition, toutefois, que dans ce cas, le transporteur puisse inclure une telle clause s'il considère raisonnablement que les informations fournies par le chargeur concernant le contenu du conteneur sont inexactes" a été placé dans le chapeau, alors qu'il se trouvait initialement à la fin de l'alinéa, pour bien montrer qu'il est censé s'appliquer à l'ensemble de l'alinéa.

exécutante inspecte en fait les marchandises se trouvant à l'intérieur du conteneur ou a d'une autre manière effectivement connaissance du contenu du conteneur avant l'émission du document de transport, à condition, toutefois, que dans ce cas, le transporteur puisse inclure une telle clause s'il considère raisonnablement que les informations fournies par le chargeur concernant le contenu du conteneur sont inexactes[141], le transporteur peut inclure dans les données du contrat une réserve ~~appropriée~~ concernant:

i) les marques principales apposées sur les marchandises se trouvant à l'intérieur du conteneur; ou

ii) le nombre de colis, le nombre de pièces ou la quantité de marchandises se trouvant à l'intérieur du conteneur;

c) S'agissant de marchandises remises au transporteur ou à une partie exécutante dans un conteneur fermé, le transporteur peut apporter des réserves à toute mention du poids des marchandises ou du poids d'un conteneur et de son contenu en indiquant expressément qu'il n'a pas pesé le conteneur:

i) si le transporteur peut montrer que ni lui ni une partie exécutante n'ont pesé le conteneur; et

si le chargeur et le transporteur ne sont pas convenus avant l'embarquement de peser le conteneur et de mentionner le poids dans les données du contrat; ou

ii) si le transporteur peut montrer qu'il n'y avait pas de moyen commercialement raisonnable de vérifier le poids du conteneur[142].

Article 38 ~~8.3.2~~ Moyens raisonnables de vérification et bonne foi

Aux fins de l'article 37 ~~8.3.1~~:

a) un "moyen raisonnable de vérification" doit être non seulement matériellement praticable mais aussi commercialement raisonnable;

---

141 Comme indiqué au paragraphe 36 du document A/CN.9/526, une autre suggestion, était d'inclure également une disposition libellée comme l'article 8.3.1 a) ii) (devenu l'alinéa a) ii)) dans l'article 8.3.1 b) (devenu l'alinéa b)) pour traiter du cas où le transporteur avait des raisons de considérer que les informations fournies par le chargeur au sujet du contenu du conteneur étaient inexactes. Le Groupe de travail voudra peut-être en outre prendre note des suggestions faites au paragraphe 37 du même document. L'une d'elles était de faire obligation au transporteur qui décidait d'assortir de réserves les informations données dans le document de transport d'en consigner les raisons. Une autre tendait à ce que le projet d'instrument traite du cas où le transporteur acceptait de ne pas assortir de réserves la description des marchandises, par exemple pour ne pas gêner l'émission d'un crédit documentaire, mais obtenait une garantie du chargeur. On a aussi émis l'idée que si le transporteur, agissant de mauvaise foi, s'était abstenu de son plein gré de faire des réserves sur les informations dans les données du contrat, un tel comportement devrait être sanctionné et que le transporteur ne devrait pouvoir invoquer aucune limitation de responsabilité.

142 Comme indiqué au paragraphe 36 du document A/CN.9/526, il a été suggéré d'ajouter une disposition appropriée pour traiter du cas où il n'y avait pas de possibilité commercialement raisonnable de peser le conteneur. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que ce sous-alinéa est censé s'aligner sur la disposition relative aux moyens raisonnables de vérification, dans l'article 38.

b) ~~un~~ le transporteur agit de “bonne foi” lorsqu’il émet un document de transport ou un enregistrement électronique:

i) s’il ignore effectivement que l’une quelconque des indications essentielles figurant dans le document de transport ou l’enregistrement électronique est fausse ou trompeuse quant à son contenu; et

ii) s’il n’a pas intentionnellement omis de déterminer si une indication essentielle figurant dans le document de transport ou l’enregistrement électronique est fausse ou trompeuse quant à son contenu parce qu’il pense que cette indication est susceptible d’être fausse ou trompeuse;

c) il incombe à la partie alléguant que le transporteur n’a pas agi de bonne foi lorsqu’il a émis un document de transport ou un enregistrement électronique de prouver que tel a été le cas[143].

Article 39 ~~8.3.3~~ Présomption sauf preuve contraire et preuve concluante

Sauf disposition contraire de l’article 40 ~~8.3.4~~, un document de transport ou un enregistrement électronique qui atteste la réception des marchandises constitue:

a) une présomption, sauf preuve contraire, de la réception, par le transporteur, des marchandises décrites dans les données du contrat; et

b) une preuve concluante de la réception, par le transporteur, des marchandises décrites dans les données du contrat:

[i)] si un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable a été transféré à un tiers agissant de bonne foi; [ou

ii) variante A de l’alinéa b) ii)[144]

si une personne agissant de bonne foi a payé un prix ou a de toute autre manière modifié sa situation en se fiant à la description des marchandises figurant dans les données du contrat].

Variante B de l’alinéa b) ii)

si aucun document de transport négociable ou aucun enregistrement électronique négociable n’a été émis et le destinataire a acheté et payé les marchandises en se fiant à la description des marchandises figurant dans les données du contrat.][145]

Article 40 ~~8.3.4 Effet~~ Force probante des réserves

Si les données du contrat comprennent une réserve conforme aux prescriptions de l’article 37 ~~8.3.1~~, le document de transport ne constitue pas une présomption, sauf

---

143 Comme indiqué au paragraphe 43 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail a jugé l’article 8.3.2 (devenu l’article 38) généralement acceptable quant au fond.

144 La variante A de l’alinéa b) ii) se fonde sur le texte initial du projet d’instrument.

145 Comme indiqué au paragraphe 48 du document A/CN.9/526, l’opinion qui a prévalu au sein du Groupe de travail a été qu’il fallait conserver l’article 8.3.3 b) ii) (devenu l’alinéa b) ii)) entre crochets et prier le secrétariat d’y apporter les modifications nécessaires en tenant dûment compte des points de vue qui avaient été exprimés et des suggestions qui avaient été faites dans les paragraphes 45 à 47.

preuve contraire, ou une preuve concluante en vertu de l'article 39 ~~8.3.3~~ dans la mesure où cette réserve est apportée à la description des marchandises[146].

CHAPITRE 9. Fret[147]

Article 41

[1. ~~9.1 a)~~ Le fret est acquis à la livraison des marchandises au destinataire au moment et au lieu mentionnés à l'article 7-3 ~~4.1.3~~ [et est exigible lorsqu'il est acquis][148], à moins que les parties n'aient convenu que le fret est acquis, intégralement ou en partie, à un moment antérieur.

---

146 Comme indiqué aux paragraphes 50 à 52 du document A/CN.9/526, bien qu'un certain appui ait été exprimé en faveur du remaniement de l'article 8.3.4 (devenu l'article 40), l'opinion dominante a été favorable au maintien de cette disposition quant au fond en vue d'en poursuivre l'examen à une session ultérieure.

Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner la variante de l'article 8.3.4 (devenu l'article 40) suggérée aux paragraphes 153 et 154 du document A/CN.9/WG.III/WP.21:

40-1 "Si les données du contrat comprennent une réserve, le document de transport ne constitue pas une présomption, sauf preuve contraire, ou une preuve concluante en vertu de l'article 39 ~~8.3.3~~, dans la mesure où cette réserve est apportée à la description des marchandises, lorsque la réserve "produit des effets" en vertu ~~de l'article 8.3.5~~ du paragraphe 2."

Il serait alors nécessaire d'ajouter un nouvel article 8.3.5 (qui deviendrait peut-être le paragraphe 2) éventuellement libellé comme suit:

2. "Une réserve dans les données du contrat produit des effets aux fins ~~de l'article 8.3.4~~ du paragraphe 1 dans les circonstances suivantes:

a) Pour des marchandises non conteneurisées, une réserve conforme aux prescriptions de l'article 37 ~~8.3.1~~ produit des effets correspondant à son libellé;

b) Pour des marchandises expédiées en conteneur fermé, une réserve conforme aux prescriptions de l'article 37 ~~8.3.1~~ produit des effets correspondant à son libellé:

i) si le transporteur ou une partie exécutante livre le conteneur intact et non endommagé, hormis tout dommage au conteneur dépourvu de lien de causalité avec toute perte ou tout dommage subi par les marchandises; et

ii) s'il n'existe aucune preuve qu'après sa réception par le transporteur ou une partie exécutante, le conteneur a été ouvert avant la livraison, sauf si:

1) le conteneur a été ouvert à des fins d'inspection;

2) l'inspection a été réalisée en présence de témoins appropriés; et

3) le conteneur a été dûment refermé après l'inspection, et a été à nouveau scellé s'il avait été scellé avant l'inspection."

147 Au paragraphe 172 du document A/CN.9/510, à titre de commentaire général, on a dit que ni les Règles de La Haye ni les Règles de Hambourg ne contenaient de dispositions sur le fret et qu'il n'était pas certain que le projet d'instrument gagnerait à traiter de cette question. D'autres réserves ont été exprimées quant à l'insertion de dispositions sur le fret au motif que les pratiques variaient considérablement d'un secteur à l'autre. Le paragraphe 183 du même document indique que le projet de disposition devrait être restructuré comme suit: les articles 9.1 a) (devenu l'article 41-1) et 9.2 b) (devenu l'article 42-2) seraient fusionnés en une seule disposition, l'article 9.1 b) (devenu l'article 41-2) constituerait une disposition distincte et les alinéas b) et c) de l'article 9.2 (devenus les paragraphes 2 et 3 de l'article 42) seraient également fusionnés. Il a également été convenu à titre provisoire qu'une clarification appropriée devrait être apportée pour limiter l'application des alinéas b) et c) précités aux cas où un accord exprès avait été conclu par les parties.

148 Comme indiqué au paragraphe 174 du document A/CN.9/510, de l'avis général, les parties devraient être libres de déterminer par contrat à quel moment le fret était acquis et quand son paiement était exigible. Voir également le paragraphe 183 du même document.

2. ~~b)~~ Sauf convention contraire, aucun fret n'est dû pour des marchandises perdues avant que le fret correspondant à ces marchandises ne soit acquis.

Article 42

Variante A[149]

1. ~~9.2 a)~~ Le fret est exigible lorsqu'il est acquis, à moins que les parties n'aient convenu que le fret est exigible, intégralement ou en partie, à un moment antérieur ou ultérieur.

2. ~~b)~~ Si, postérieurement au moment auquel le fret a été acquis, les marchandises sont perdues ou endommagées ou ne sont pas pour une autre raison livrées au destinataire conformément aux dispositions du contrat de transport, le fret demeure exigible, quelle que soit la cause de cette perte, de ce dommage ou de ce défaut de livraison.

3. ~~c)~~ Sauf convention contraire, le règlement du fret n'est soumis à aucune compensation, déduction ou remise du fait d'une éventuelle demande reconventionnelle formée par le chargeur ou le destinataire contre le transporteur, [lorsque le montant de la dette ou de la créance n'a pas encore été convenu ou établi].

Variante B[150]

Si, postérieurement au moment auquel le fret a été acquis, les marchandises sont perdues ou endommagées ou ne sont pas pour une autre raison livrées au destinataire conformément aux dispositions du contrat de transport, sauf convention contraire, le fret demeure exigible, quelle que soit la cause de cette perte, de ce dommage ou de ce défaut de livraison, et le règlement du fret n'est soumis à aucune compensation, déduction ou remise du fait d'une éventuelle demande reconventionnelle opposée par le chargeur ou le destinataire au transporteur, ~~[~~lorsque le montant de la dette ou de la créance n'a pas encore été convenu ou établi~~]~~[151].

Article 43

1. ~~9.3 a)~~ Sauf convention contraire, le chargeur est tenu de payer le fret et autres frais accessoires au transport des marchandises.

2. ~~b)~~ Lorsque le contrat de transport prévoit que la responsabilité du chargeur ou de toute autre personne identifiée dans les données du contrat comme étant le chargeur cessera, intégralement ou en partie, lors d'un certain événement ou après un moment donné, cette cessation n'a aucun effet:

a) ~~i)~~ sur toute responsabilité incombant en vertu du chapitre 7 au chargeur ou à une personne visée à l'article 31 ~~7.7~~; ou

---

149 La variante A de l'article 42 se fonde sur le texte initial du projet d'instrument.

150 Voir *supra*, note 147, par. 183 du document A/CN.9/510.

151 Comme indiqué au paragraphe 182 du document A/CN.9/510, un large soutien a été exprimé en faveur de l'inclusion dans le projet de disposition des mots actuellement placés entre crochets ("lorsque le montant de la dette ou de la créance n'a pas encore été convenu ou établi").

b) ~~ii)~~ sur tout montant dû au transporteur en vertu du contrat de transport, sauf dans la mesure où le transporteur a, en vertu de l'article 45 ~~9.5~~ ou autrement, une garantie suffisante couvrant le règlement de ce montant;

c) ~~iii)~~ dans la mesure où elle est incompatible avec ~~les dispositions de~~ l'article 62 ~~12.4~~[152].

Article 44

1. ~~9.4 a)~~ Lorsque les données du contrat figurant dans un document de transport négociable[153] ou un enregistrement électronique négociable[154] contiennent la mention "fret payé d'avance" ou une mention similaire, ni le porteur ni le destinataire ne sont tenus de régler le fret. La présente disposition ne s'applique pas si le porteur ou le destinataire est également le chargeur.

[Lorsque les données du contrat figurant dans un document de transport non négociable ou un enregistrement électronique non négociable contiennent la mention "fret payé d'avance" ou une mention similaire, il est présumé que le chargeur est tenu de payer le fret.][155]

2. ~~b)~~ Variante A du paragraphe 2[156]

Lorsque les données du contrat figurant dans un document de transport ou un enregistrement électronique contiennent la mention "fret payable à destination" ou une mention similaire, [cette mention avertit le destinataire qu'il peut être tenu de payer le fret] [le droit du destinataire d'obtenir livraison des marchandises est subordonné au paiement du fret][157].

Variante B du paragraphe 2

Lorsque les données du contrat figurant dans un document de transport ou un enregistrement électronique contiennent la mention "fret payable à destination" ou une mention similaire, cette mention implique que, outre le chargeur, tout porteur ou destinataire prenant livraison des marchandises ou exerçant tout droit relatif à ces dernières devient responsable du fret[158].

---

[152] Comme indiqué au paragraphe 189 du document A/CN.9/510, le Groupe de travail a pris note des critiques (résumées aux paragraphes 185 à 188 du même document) concernant l'article 9.3 b) (devenu le paragraphe 2) et a décidé de ne pas prendre de décision à son sujet avant de l'avoir étudié de façon plus approfondie et notamment d'avoir examiné le contexte pratique dans lequel il devait s'appliquer.

[153] Comme indiqué au paragraphe 110 du document A/CN.9/525, selon une opinion, l'article 9.4 a) (devenu le paragraphe 1), qui libérait le porteur ou le destinataire de toute responsabilité pour ce qui est de payer le fret, allait trop loin, et il vaudrait mieux créer une présomption d'absence de dette de fret. Toutefois, on a aussi exprimé l'opinion que cet article 9.4 a) (devenu le paragraphe 1) ne devrait pas créer une présomption de paiement anticipé du fret. Pour répondre à la suggestion consignée au paragraphe 110, on pourrait établir une distinction entre documents de transport ou enregistrements électroniques négociables et non négociables.

[154] Ibid.

[155] Voir *supra*, note 153.

[156] La variante A du paragraphe 2 se fonde sur le texte initial du projet d'instrument.

[157] Voir *supra*, note 153.

[158] Comme indiqué au paragraphe 111 du document A/CN.9/525, on a fait observer que les projets d'articles 12.2.2 et 12.2.4 (devenus les articles 60-2 et 62) étant étroitement liés à l'alinéa b) de

Article 45

1. ~~9.5 a)~~ [Nonobstant toute convention contraire,] lorsque et dans la mesure où, en vertu de la loi nationale applicable au contrat de transport, le destinataire est tenu d'effectuer les paiements visés ci-après, le transporteur a le droit de retenir les marchandises jusqu'à ce que le paiement:

a) ~~i)~~ du fret, du faux-fret, des surestaries, des contrestaries et de toutes autres dépenses remboursables encourues par le transporteur en rapport avec les marchandises;

b) ~~ii)~~ de tous dommages-intérêts dus au transporteur en vertu du contrat de transport;

c) ~~iii)~~ de toute contribution à l'avarie commune due au transporteur en rapport avec les marchandises;

ait été effectué, ou qu'une garantie suffisante couvrant ce paiement ait été constituée.

2. ~~b)~~ Lorsque le paiement visé au paragraphe 1 ~~à l'alinéa a)~~ du présent article n'a pas été effectué, ou ne l'a pas été intégralement, le transporteur a le droit de vendre les marchandises (conformément à la procédure éventuellement prévue par la loi nationale applicable) et de prélever les montants qui lui sont dus (y compris les dépenses liées à ce recours) sur le produit de cette vente. Tout solde du produit de cette vente est mis à la disposition du destinataire[159].

CHAPITRE 10. LIVRAISON AU DESTINATAIRE

Article 46

~~10.1~~ Lorsque les marchandises sont parvenues à leur destination, le destinataire [qui exerce l'un quelconque de ses droits en vertu du contrat de transport][160] prend

---

l'article 9.4 (devenu le paragraphe 2), il conviendrait d'examiner toutes ces dispositions en même temps. On a fait valoir que si le destinataire prenait la responsabilité de la livraison des marchandises, il devrait également être responsable du fret. Mais on a aussi noté que l'alinéa b) de l'article 9.4 (devenu le paragraphe 2) pourrait servir à informer ou prévenir que le fret restait à payer. Toutefois, il a été dit que le paiement du fret devrait constituer une condition devant être remplie par le destinataire pour obtenir la livraison des marchandises et non une obligation. Il a été noté par ailleurs que l'alinéa b) (devenu le paragraphe 2) devrait être centré sur le paiement effectif du fret plutôt que sur la question de savoir à qui devrait incomber l'obligation d'acquitter le fret non payé. Comme indiqué au paragraphe 112 du document A/CN.9/525, pour régler le problème que semblait poser l'alinéa b), il a été proposé de remplacer les mots "cette mention avertit le destinataire qu'il peut être tenu de payer le fret" par les mots "l'exercice par le destinataire du droit de prendre livraison des marchandises est subordonné au paiement du fret". Le paragraphe 113 du document A/CN.9/525 contient l'autre proposition avancée pour régler les problèmes exposés aux paragraphes 111 et 112.

159 Bien que le texte de l'article 9.5 (devenu l'article 45) ait fait l'objet de sérieuses critiques, consignées aux paragraphes 115 à 122 du document A/CN.9/525, il ne semble pas que le secrétariat ait été prié de le remanier ou d'en établir une autre version. Il est noté au paragraphe 123 du même document que le Groupe de travail a décidé de conserver l'article 9.5 (devenu l'article 45) afin d'en poursuivre l'examen à un stade ultérieur.

160 Comme indiqué au paragraphe 67 du document A/CN.9/526, on a déclaré préférer que l'obligation de prendre livraison ne soit subordonnée à l'exercice d'aucun droit par le

livraison des marchandises au moment et au lieu visés à l'article 7-3 ~~4.1.3~~. [Si le destinataire, manquant à cette obligation, laisse les marchandises sous la garde du transporteur ou de la partie exécutante, le transporteur ou la partie exécutante agit vis-à-vis des marchandises comme un agent du destinataire, mais sans assumer aucune responsabilité concernant la perte ou le dommage subi par ces marchandises, à moins que cette perte ou ce dommage ne résulte d'un acte ou d'une omission du transporteur [ou de la partie exécutante][161] commis soit avec l'intention de provoquer cette perte ou ce dommage, soit témérairement, en sachant que cette perte ou ce dommage en résulterait probablement.][162]

Article 47

~~10.2~~ À la demande du transporteur ou de la partie exécutante qui livre les marchandises, le destinataire confirme la livraison des marchandises par le transporteur ou la partie exécutante de la manière qui est coutumière au lieu de destination[163].

Article 48

~~10.3.1~~ Lorsque aucun document de transport négociable ou enregistrement électronique négociable n'a été émis:

a) ~~i)~~ Si le nom et l'adresse du destinataire ne sont pas indiqués dans les données du contrat, la partie contrôlante en avise le transporteur, avant ou lors de l'arrivée des marchandises au lieu de destination~~, du nom du destinataire~~[164];

b) ~~ii)~~ Variante A de l'alinéa b)[165]

Le transporteur livre, au moment et au lieu mentionnés à l'article 7-3 ~~4.1.3~~, les marchandises au destinataire sur production, par ce dernier, d'un document d'identification approprié[166]~~:~~.

---

destinataire mais soit au contraire inconditionnelle.

161 Comme indiqué au paragraphe 70 du document A/CN.9/526, pour éliminer le risque que la responsabilité des parties exécutantes puisse être engagée, du fait de l'acte ou de l'omission du transporteur sur le fondement de la deuxième phrase de l'article 10.1 (devenu l'article 46), on a suggéré d'ajouter les mots "ou de la partie exécutante" après les mots "d'un acte ou d'une omission du transporteur".

162 Comme indiqué au paragraphe 67 du document A/CN.9/526, il a été suggéré de fusionner les articles 10.1 (devenu l'article 46) et 10.4 (devenu les articles 50, 51 et 52) ou, afin de réduire la confusion causée par l'interaction entre les articles 10.1 (devenu l'article 46) et 10.4 (devenu les articles 50, 51 et 52), de supprimer la deuxième phrase de l'article 10.1 (devenu l'article 46), l'article 10.4 (devenu les articles 50, 51 et 52) demeurant un article distinct. La seconde de ces solutions a été retenue et la dernière phrase a été placée entre crochets.

163 Comme indiqué au paragraphe 73 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail a jugé l'article 10.2 (devenu l'article 47) généralement acceptable sur le fond.

164 Comme indiqué au paragraphe 77 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail a jugé généralement acceptables les principes consacrés à l'article 10.3.1 (devenu l'article 48). Il a prié le secrétariat d'établir un projet révisé en tenant dûment compte des vues qui avaient été exprimées et des suggestions qui avaient été faites.
La proposition faite au paragraphe 75 du même document concernant l'identité du destinataire a été incorporée dans le texte. Voir également *supra*, la note 130 relative à l'article 8.2.1 (devenu l'article 34-1).

165 La variante A de l'alinéa b) se fonde sur le texte initial du projet d'instrument.

Variante B de l'alinéa b)

La production, par le destinataire, d'un document d'identification approprié est une condition préalable à la livraison;

Variante C de l'alinéa b)

Le transporteur peut refuser de livrer les marchandises si le destinataire ne produit pas de document d'identification approprié;

c) ~~iii)~~ Si le destinataire ne demande pas livraison des marchandises au transporteur lorsque celles-ci sont parvenues au lieu de destination, le transporteur avise en conséquence la partie contrôlante ou, si, après un effort raisonnable, il est dans l'incapacité d'identifier la partie contrôlante, le chargeur. Dans ce cas, la partie contrôlante ou le chargeur donne des instructions concernant la livraison des marchandises. Si le transporteur est dans l'incapacité, après un effort raisonnable, d'identifier et de trouver la partie contrôlante ou le chargeur, la personne mentionnée à l'article 31 ~~7.7~~ est réputée être le chargeur aux fins du présent alinéa[167].

Article 49

~~10.3.2~~ Lorsqu'un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable a été émis, les dispositions suivantes s'appliquent:

a) i) Sans préjudice ~~des dispositions~~ de l'article 46 ~~10.1~~, le porteur d'un document de transport négociable est en droit de demander livraison des marchandises au transporteur lorsque celles-ci sont parvenues au lieu de destination, auquel cas le transporteur livre les marchandises au moment et au lieu mentionnés à l'article 7-3 ~~4.1.3~~ à ce porteur contre remise du document de transport négociable. Au cas où plusieurs originaux du document de transport négociable ont été émis, la remise d'un original suffit et les autres originaux cessent d'avoir tout effet ou validité.

ii) Sans préjudice ~~des dispositions~~ de l'article 46 ~~10.1~~, le porteur d'un enregistrement électronique négociable est en droit de demander livraison des marchandises au transporteur lorsque celles-ci sont parvenues au lieu de destination, auquel cas le transporteur livre les marchandises au moment et au lieu mentionnés à l'article 7-3 ~~4.1.3~~ à ce porteur si celui-ci démontre conformément aux règles de procédure mentionnées à l'article 6 ~~2.4~~ qu'il est le porteur de l'enregistrement électronique. Dès cette livraison, l'enregistrement électronique cesse d'avoir tout effet ou validité[168].

---

166 La proposition faite au paragraphe 76 du document A/CN.9/526 de réviser l'article 10.3.1 ii) (devenu l'alinéa b)) de façon à indiquer que le transporteur avait le droit, mais non pas l'obligation, de refuser la livraison si un document d'identification approprié ne lui était pas présenté a été incorporé dans le texte de la variante B comme de la variante C.

167 Comme indiqué au paragraphe 82 du document A/CN.9/526, il a été dit, lors de l'examen de l'article 10.3.2 b) (devenu l'article 49 b)), que les principes exprimés dans cette disposition devraient également s'appliquer lorsque aucun instrument négociable n'a été émis. Une disposition dans ce sens a été incorporée en tant qu'article 10.3.1 iii) (devenu l'alinéa c)).

168 Sous réserve de la mise en garde consignée au paragraphe 80 du document A/CN.9/526, selon laquelle le Groupe de travail devrait soigneusement examiner l'équilibre entre les différents droits et obligations des parties, et leurs conséquences, afin de parvenir à une solution bien

b) Si le porteur ne demande pas livraison des marchandises au transporteur lorsque celles-ci sont parvenues au lieu de destination, le transporteur avise en conséquence la partie contrôlante ou, si, après un effort raisonnable, il est dans l'incapacité d'identifier ou de trouver la partie contrôlante, le chargeur. Dans ce cas, la partie contrôlante ou le chargeur donne au transporteur des instructions concernant la livraison des marchandises. Si le transporteur est dans l'incapacité, après un effort raisonnable, d'identifier et de trouver la partie contrôlante ou le chargeur, la personne mentionnée à l'article 31 ~~7.7~~ est réputée être le chargeur aux fins du présent alinéa[169].

c) [Nonobstant la disposition de l'alinéa d) du présent article,][170] ~~un~~ le transporteur qui livre les marchandises sur instruction de la partie contrôlante ou du chargeur conformément à l'alinéa b) du présent article est libéré de son obligation de livrer les marchandises en vertu du contrat de transport [au porteur], indépendamment du fait de savoir si le document de transport négociable lui a été remis, ou si la personne demandant livraison en vertu d'un enregistrement électronique négociable a démontré, conformément aux règles de procédure visées à l'article 6 ~~2.4~~, qu'elle est le porteur.

d) [Sous réserve des dispositions de l'alinéa c) ci-dessus][171] Lorsque la livraison des marchandises par le transporteur au lieu de destination est effectuée sans que le document de transport négociable soit remis au transporteur ou sans que soit faite la démonstration visée à l'alinéa a) ii) ci-dessus, une personne qui devient porteur après que le transporteur a livré les marchandises au destinataire ou à une personne ayant droit à ces marchandises en vertu de tout arrangement contractuel ou autre différent du contrat de transport n'acquiert des droits [opposables au transporteur][172] en vertu du contrat de transport que si la transmission du document

---

pesée et réaliste, comme indiqué au paragraphe 81 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail a jugé les sous-alinéas i) et ii) de l'alinéa a) de l'article 10.3.2 (devenus les sous-alinéas i) et ii) de l'alinéa a) de l'article 49) généralement acceptables quant au fond.

169 Selon la première suggestion consignée au paragraphe 82 du document A/CN.9/526, le transporteur devrait être tenu d'accepter le document de transport négociable et, si le porteur du document ne demandait pas livraison des marchandises, d'en aviser la partie contrôlante. Cette question semble être déjà traitée dans le texte de l'article 10.3.2 b) (devenu l'alinéa b)). La deuxième suggestion consignée au paragraphe 82 du document A/CN.9/526, selon laquelle cet alinéa devrait énoncer les conséquences qu'aurait pour le transporteur le fait de ne pas aviser la partie contrôlante ou le chargeur ou la partie réputée être le chargeur, a suscité des objections et n'a donc pas été incorporée dans le texte révisé.

170 Comme indiqué au paragraphe 83 du document A/CN.9/526, il a été estimé qu'on ne voyait pas bien l'interaction entre les alinéas c) et d) de l'article 10.3.2 (devenus les alinéas c) et d) de l'article 49), attendu qu'aux termes de cette dernière disposition, le porteur de bonne foi acquérait une certaine protection juridique, tandis que sa position juridique n'était pas claire. On a demandé que des précisions soient apportées au libellé à cet égard. Il est à noter qu'un lien existe déjà entre ces alinéas c) et d), car l'alinéa c) commence par les mots "Nonobstant la disposition de l'alinéa d) du présent article". Cette technique est utilisée pour d'autres dispositions du projet d'instrument, tels les articles 5.3 (devenu l'article 12) et 6.1.3 (devenu l'article 14-2). D'autres solutions sont possibles, par exemple, faire commencer l'alinéa d) par les mots "Sous réserve des dispositions" ou ajouter à la fin de cet alinéa une phrase libellée comme suit: "Les dispositions du présent alinéa ne s'appliquent pas lorsque le transporteur livre les marchandises conformément à l'alinéa c) du présent article." Ces diverses possibilités sont provisoirement placées entre crochets.

171 Comme indiqué au paragraphe 83 du document A/CN.9/526. Voir *supra*, note 170.

172 Les paragraphes 83 à 88 du document A/CN.9/526 consignent diverses observations et

de transport négociable ou de l'enregistrement électronique négociable s'est effectuée en vertu d'arrangements contractuels ou autres conclus avant cette livraison des marchandises, à moins que cette personne, au moment où elle est devenue porteur, n'ait pas eu ou n'ait pas pu raisonnablement avoir connaissance de cette livraison. [Le présent alinéa ne s'applique pas lorsque le transporteur livre les marchandises conformément à l'alinéa c) ci-dessus.][173]

e) Lorsque la partie contrôlante ou le chargeur ne donne pas au transporteur des instructions suffisantes quant à la livraison des marchandises, [ou dans les cas où la partie contrôlante ou le chargeur ne peuvent être trouvés][174] le transporteur est fondé, sans préjudice de tout autre recours qu'il peut opposer à cette partie contrôlante ou à ce chargeur, à exercer ses droits en vertu des articles 50, 51 et 52 ~~de l'article 10.4~~.

Article 50

1. ~~10.4.1 a)~~ Lorsque les marchandises sont parvenues au lieu de destination et:

a) ~~i)~~ qu'elles ne sont pas effectivement prises en charge par le destinataire au moment et au lieu mentionnés à l'article 7-3 ~~4.1.3~~ [et qu'il n'a été conclu entre le transporteur ou la partie exécutante et le destinataire aucun contrat explicite ou implicite succédant au contrat de transport][175]; ou

b) ~~ii)~~ que le transporteur n'est pas autorisé en vertu de la loi ou de la réglementation applicable à les livrer au destinataire;

le transporteur est fondé à exercer les droits et recours mentionnés au paragraphe 2 ~~à l'alinéa b)~~.

2. ~~b)~~ Dans les circonstances spécifiées au paragraphe 1 ~~à l'alinéa a)~~, le transporteur est fondé, aux risques et pour le compte et à la charge[176] de la personne

---

explications concernant l'article 10.3.2 d) (devenu l'alinéa d)). Le premier souci exposé au paragraphe 88 est qu'il faudrait énoncer plus clairement les droits du porteur en possession du document de transport négociable une fois la livraison effectuée. On pense qu'une solution pourrait être d'indiquer à l'alinéa d) que les droits acquis sont opposables au transporteur, indication qui a été incorporée dans la disposition. On pourrait aussi ajouter que ces droits découlent du non-respect, par le transporteur, de l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article 5.1 (devenu l'article 10), mais ce n'est peut-être pas souhaitable. Par ailleurs, l'attention est appelée sur la nouvelle disposition, de portée bien plus étendue, suggérée *infra*, pour l'article 13.1 (devenu l'article 59). L'on n'a pas spécifiquement répondu à la seconde préoccupation exprimée au paragraphe 88 du document A/CN.9/526, à savoir que le membre de phrase "n'ait pas pu raisonnablement avoir connaissance de cette livraison" était imprécis.

173 Comme indiqué au paragraphe 83 du document A/CN.9/526. Voir *supra*, note 170.

174 Cet ajout a été fait sur la base de la suggestion exposée au paragraphe 89 du document A/CN.9/526, selon laquelle il faudrait aligner l'article 10.3.2 e) (devenu l'alinéa e)) sur l'article 10.3.2 b) (devenu l'alinéa b)) en y ajoutant ce membre de phrase.

175 Comme indiqué au paragraphe 92 du document A/CN.9/526, on s'est déclaré préoccupé par le membre de phrase "il n'a été conclu entre le transporteur ou la partie exécutante et le destinataire aucun contrat explicite ou implicite succédant au contrat de transport", au motif qu'il était ambigu, car il pouvait être interprété comme concernant un contrat d'entreposage si un tel contrat succédait au contrat de transport; on a dit aussi que la notion d'"explicite ou implicite" était difficile à comprendre. Ce membre de phrase a donc été placé entre crochets pour être éventuellement supprimé.

176 Comme indiqué au paragraphe 97 du document A/CN.9/526, on a fait observer que, lorsque le

ayant droit aux marchandises, à exercer certains ou la totalité des droits et recours suivants:

a) ~~i)~~ stocker les marchandises en tout lieu approprié;

b) ~~ii)~~ déballer les marchandises si elles sont emballées dans des conteneurs, ou prendre vis-à-vis des marchandises les autres mesures que, de l'avis du transporteur, les circonstances peuvent raisonnablement exiger; ou

c) ~~iii)~~ faire vendre les marchandises conformément aux pratiques ou aux prescriptions légales ou réglementaires du lieu où les marchandises sont alors situées.

3. ~~c)~~ Lorsque les marchandises sont vendues en vertu ~~de l'alinéa b) iii)~~ du paragraphe 2 c), le transporteur peut déduire du produit de la vente le montant nécessaire pour:

a) ~~i)~~ payer ou rembourser toute dépense encourue en rapport avec les marchandises; et

b) ~~ii)~~ se payer ou se rembourser tout autre montant visé à l'article 45-1 ~~9.5 a)~~ qui lui est dû.

Sous réserve de ces déductions, le transporteur conserve le produit de la vente au profit de la personne ayant droit aux marchandises.

Article 51

~~10.4.2~~ Le transporteur n'est autorisé à exercer le droit visé à l'article 46 ~~10.4.1~~ qu'après avoir avisé suffisamment à l'avance[177] soit la personne éventuellement indiquée dans les données du contrat comme étant la personne à aviser de l'arrivée des marchandises au lieu de destination, soit le destinataire, soit encore la partie contrôlante ou le chargeur que les marchandises sont parvenues au lieu de destination.

Article 52

~~10.4.3~~ Lorsqu'ils exercent les droits visés à l'article 50-2 ~~10.4.1 b)~~, le transporteur ou la partie exécutante ~~agissent en tant qu'agent de l'ayant droit aux marchandises, mais sans assumer aucune responsabilité concernant~~ sont responsables de[178] la perte

---

transporteur exerçait ses droits en vertu de l'article 10.4.1 (devenu l'article 50), il pouvait en résulter des dépenses en plus des dépenses liées à la perte ou au dommage, et que la valeur des marchandises pourrait dans certains cas ne pas couvrir les dépenses encourues. L'ajout du membre de phrase "et à la charge" à l'article 10.4.1 b) (devenu le paragraphe 2) devrait répondre à ces préoccupations.

177 Comme indiqué au paragraphe 93 du document A/CN.9/526, on s'est demandé pourquoi seul un avis était nécessaire et pourquoi le transporteur n'avait pas à attendre une réponse ou une réaction de la personne avisée avant d'exercer son droit. L'ajout à l'article 10.4.2 (devenu l'article 51) du membre de phrase "suffisamment à l'avance" après le mot "avisé" devrait répondre à cette préoccupation.

178 Au paragraphe 94 du document A/CN.9/526, on s'est déclaré préoccupé par le fait que le libellé de l'article 10.4.3 (devenu l'article 52) pouvait être interprété comme laissant entendre que l'acte ou l'omission du transporteur pouvait entraîner la responsabilité de la partie exécutante. La suppression des mots " agissent en tant qu'agent de l'ayant droit aux marchandises, mais sans assumer aucune responsabilité concernant" et l'ajout des mots " sont responsables

ou ~~le~~ du dommage subi par ces marchandises, ~~à moins que~~ seulement si cette perte ou ce dommage ~~ne~~ résulte [d'un acte ou d'une omission du transporteur ou de la partie exécutante commis soit avec l'intention de provoquer cette perte ou ce dommage, soit témérairement en sachant que cette perte ou ce dommage en résulterait probablement][179].

CHAPITRE 11. DROIT DE CONTRÔLE

Article 53

~~11.1~~ [Le droit de contrôle ~~des marchandises~~ [désigne][inclut][comprend] le droit de convenir avec le transporteur d'une modification du contrat de transport et le droit,[180] en vertu du contrat de transport, de donner au transporteur des instructions concernant ~~ces~~ les marchandises pendant la durée de sa responsabilité telle qu'elle est indiquée à l'article 7-1 ~~4.1.1~~.][181] Ce droit de donner au transporteur des instructions comprend le droit:

a) ~~i)~~ de donner ou de modifier des instructions concernant les marchandises [qui ne constituent pas une modification du contrat de transport][182];

b) ~~ii)~~ d'exiger la livraison des marchandises avant leur arrivée au lieu de destination;

---

seulement si" devraient répondre à cette préoccupation.

179 Comme indiqué au paragraphe 94 du document A/CN.9/526, il a été proposé d'ajouter l'expression "ou de la partie exécutante" après les mots "d'un acte ou d'une omission du transporteur" et de supprimer, dans la version anglaise du texte, le mot "personal". Ces deux propositions ont été incorporées dans le texte. On a estimé que l'observation figurant au paragraphe 96 du document A/CN.9/526, à savoir qu'il y avait des similitudes dans le contenu des articles 10.4.3 (devenu l'article 52) et 10.4.1 (devenu l'article 50) et qu'il convenait d'harmoniser en conséquence la terminologie qui y était employée, n'a pas reçu un appui suffisant pour être incorporée dans le texte.

180 Comme indiqué au paragraphe 103 du document A/CN.9/526, on a proposé de supprimer l'alinéa iv) (devenu l'alinéa d)), pour préserver le caractère unilatéral de toute instruction qui pourrait être donnée au transporteur par la partie contrôlante, par opposition à toute modification des clauses du contrat de transport, qui exigerait l'accord mutuel des parties au contrat. On a répondu que cette disposition était utile pour définir le droit de contrôle puisqu'elle indiquait clairement que la partie contrôlante devait être considérée comme l'interlocuteur du transporteur pendant le voyage. Pour répondre à ces préoccupations, on pourrait placer l'alinéa iv) (devenu l'alinéa d)) entre crochets et ajouter un membre de phrase tel que celui figurant dans cet alinéa au chapeau de l'article 11.1 (devenu l'article 53). Il est à noter également que la première phrase du chapeau devra être remaniée si l'on incorpore dans l'alinéa g) de l'article premier une définition fondée sur cette phrase.

181 Le Groupe de travail pourrait déterminer s'il faudrait remanier quelque peu cette phrase et la déplacer à l'alinéa g) de l'article premier (définition du "droit de contrôle"). Si le Groupe de travail décidait de déplacer cette phrase, il faudrait repenser les modifications proposées pour le chapeau et l'alinéa d) (voir *supra*, note 180).

182 Au paragraphe 102 du document A/CN.9/526, on a exprimé la crainte que le membre de phrase "de donner ou de modifier des instructions … qui ne constituent pas une modification du contrat de transport" puisse être considéré comme contradictoire. On a répondu qu'il faudrait faire une distinction claire, quant au fond, entre ce qu'on considérait comme une modification mineure ou "normale" des instructions concernant les marchandises et une modification plus fondamentale du contrat de transport. Pour répondre à ces préoccupations, on pourrait supprimer les mots placés entre crochets, puisqu'ils sembleraient inutiles compte tenu du fait que les limites dans lesquelles ce droit peut être exercé sont définies à l'article 11.3 a) (devenu l'article 55-1).

c) ~~iii)~~ de remplacer le destinataire par toute autre personne, y compris la partie contrôlante;

[d) ~~iv)~~ de convenir avec le transporteur d'une modification du contrat de transport.][183]

Article 54

1. ~~11.2 a)~~ Lorsque aucun document de transport négociable ou enregistrement électronique négociable n'est émis, les règles suivantes s'appliquent:

a) ~~i)~~ Le chargeur est la partie contrôlante à moins que le chargeur [et le destinataire conviennent qu'une autre personne est la partie contrôlante et que le chargeur en avise le transporteur. Le chargeur et le destinataire peuvent convenir que le destinataire est la partie contrôlante] [désigne le destinataire ou une autre personne partie contrôlante][184];

b) ~~ii)~~ La partie contrôlante peut transférer le droit de contrôle à une autre personne, auquel cas l'auteur du transfert perd son droit de contrôle. L'auteur [ou le bénéficiaire][185] du transfert avise le transporteur de ce transfert;

c) ~~iii)~~ Lorsque la partie contrôlante exerce le droit de contrôle conformément à l'article 53 ~~11.1~~, elle produit un document d'identification approprié;

[d) ~~iv)~~ Le droit de contrôle [prend fin] [est transféré au destinataire] lorsque les marchandises sont arrivées à destination et que le destinataire en a demandé la livraison.][186]

---

183 Voir *supra*, note 180.

184 Au paragraphe 105 du document A/CN.9/526, on a demandé pourquoi l'accord du destinataire était nécessaire pour désigner une partie contrôlante autre que le chargeur, alors que le destinataire n'était pas partie au contrat de transport. Il a aussi été fait observer que si le contrat prévoyait que le chargeur était la partie contrôlante, le sous-alinéa ii) (devenu l'alinéa b) du paragraphe 1) lui conférait le pouvoir de transférer unilatéralement son droit de contrôle à une autre personne. Pour répondre à ces préoccupations, on a placé entre crochets les mots qui viennent après "à moins que le chargeur" en vue de leur éventuelle suppression et on a ajouté, à leur place et entre crochets, le membre de phrase "désigne le destinataire ou une autre personne partie contrôlante".

185 Au paragraphe 107 du document A/CN.9/526, on a exprimé la crainte que, dans certains pays, le transfert du droit de contrôle ne puisse s'effectuer par simple notification donnée au transporteur par le bénéficiaire du transfert. Pour répondre à cette préoccupation, on pourrait éliminer les mots "ou le bénéficiaire" de l'article 11.2 a) ii) (devenu le paragraphe 1 b)). Ces mots ont été placés entre crochets.

186 Comme indiqué au paragraphe 106 du document A/CN.9/526 et au paragraphe 188 du document A/CN.9/WG.III/WP.21, la partie contrôlante conserve le contrôle des marchandises jusqu'à leur livraison finale. Toutefois, l'article 11.2 (devenu l'article 54) ne dit rien du moment jusqu'auquel le droit de contrôle peut être exercé dans le cas où un document de transport non négociable ou un enregistrement électronique non négociable a été émis. On pense qu'une disposition pourrait être incorporée pour tenir compte de cette observation. L'article 11.2 a) iv) (devenu le paragraphe 1 d)) a donc été ajouté. Il est à noter toutefois que, comme indiqué également au paragraphe 106 du document A/CN.9/526, la crainte a été exprimée que l'instruction fréquemment donnée par le chargeur au transporteur, à savoir celle de ne pas livrer les marchandises avant qu'il n'ait reçu du chargeur confirmation du règlement des marchandises, puisse devenir inexécutable. Par ailleurs, comme l'article 53 dispose que le droit

2. ~~b)~~ Lorsqu'un document de transport négociable est émis, les règles suivantes s'appliquent:

a) ~~i)~~ Le porteur [187] ou, lorsque plusieurs originaux du document de transport négociable sont émis, le porteur de tous les originaux est la seule partie contrôlante;

b) ~~ii)~~ Le porteur peut transférer le droit de contrôle en transmettant le document de transport négociable à une autre personne conformément à l'article 59 ~~12.1~~, auquel cas l'auteur du transfert perd son droit de contrôle. Lorsque plusieurs originaux de ce document ont été émis, tous les originaux doivent être transmis pour que le droit de contrôle soit transféré;

c) ~~iii)~~ Pour exercer le droit de contrôle, le porteur présente le document de transport négociable au transporteur si celui-ci le demande. Lorsque plusieurs originaux du document ont été émis, tous les originaux [à l'exception de ceux que le transporteur détient déjà pour le compte de la personne qui cherche à exercer un droit de contrôle] sont présentés, faute de quoi le droit de contrôle ne peut être exercé[188];

d) ~~iv)~~ Toute instruction visée à l'article 53 b), c) et d) ~~11.1 ii), iii) et iv)~~ qui est donnée par le porteur est, lorsqu'elle prend effet conformément à l'article 55 ~~11.3~~, portée sur le document de transport négociable.

3. ~~c)~~ Lorsqu'un enregistrement électronique négociable est émis:

a) ~~i)~~ Le porteur est la seule partie contrôlante et peut transférer le droit de contrôle à une autre personne en transmettant l'enregistrement électronique négociable conformément aux règles de procédure visées à l'article 6 ~~2.4~~, auquel cas l'auteur du transfert perd son droit de contrôle;

b) ~~ii)~~ Pour exercer le droit de contrôle, le porteur, lorsque le transporteur le demande, démontre, conformément aux règles de procédure visées à l'article 6 ~~2.4~~, qu'il est le porteur;

---

de contrôle est le droit de donner au transporteur des instructions pendant la durée de sa responsabilité telle qu'elle est indiquée à l'article 7, il est peut-être inutile de préciser à quel moment le droit de contrôle prend fin.

187 Comme indiqué au paragraphe 109 du document A/CN.9/526, la préoccupation exprimée à propos de la référence au "porteur" ne semble pas justifiée compte tenu de la définition du terme "porteur" donnée dans l'article 1.12 (devenu l'article 1 f)).

188 Comme indiqué au paragraphe 110 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail s'est accordé à penser que l'article 11.2 b) iii) (devenu le paragraphe 2 c)) ne traitait pas de façon suffisante les conséquences de la situation où le porteur ne présentait pas tous les exemplaires du document négociable au transporteur et qu'en pareil cas, le transporteur devrait être libre de refuser d'exécuter les instructions données par la partie contrôlante. Le Groupe de travail a estimé d'une manière générale que si tous les exemplaires du connaissement n'avaient pas été présentés par la partie contrôlante, le droit de contrôle ne pouvait pas être exercé et qu'il faudrait prévoir une exception à la règle selon laquelle la partie contrôlante devait présenter tous les exemplaires du connaissement pour les cas où le transporteur détenait déjà un exemplaire du connaissement. Pour répondre à ces préoccupations, il est suggéré que les membres de phrase notés soient ajoutés à l'article 11.2 b) iii) (devenu le paragraphe 2 c)).

c) ~~iii)~~ Toute instruction visée à l'article 53 b), c) et d) ~~11.1 ii), iii) et iv)~~ qui est donnée par le porteur est, lorsqu'elle prend effet conformément à l'article 55 ~~11.3~~, portée dans l'enregistrement électronique[189].

4. ~~d)~~ Nonobstant ~~les dispositions de~~ l'article 62 ~~12.4~~, une personne qui n'est pas le chargeur ou la personne visée à l'article 31 ~~7.7~~ et qui a transféré le droit de contrôle sans avoir exercé ce droit est, lors de ce transfert, libérée des obligations imposées à la partie contrôlante par le contrat de transport ou par le présent instrument[190].

Article 55

1. ~~11.3 a)~~ Variante A du paragraphe 1[191]

Sous réserve des ~~dispositions des alinéas b) et c)~~ paragraphes 2 et 3 du présent article, toute instruction mentionnée à l'article 53 a), b) ou c) ~~11.1 i), ii) ou iii)~~ qui:

a) ~~i)~~ peut raisonnablement être exécutée selon ses termes au moment où elle parvient à la personne qui doit l'exécuter;

b) ~~ii)~~ ne gênera pas les activités normales du transporteur ou d'une partie exécutante; et

c) ~~iii)~~ n'entraînerait pas de dépense additionnelle, de perte ou de dommage pour le transporteur, la partie exécutante ou toute personne ayant des droits sur d'autres marchandises transportées pendant le même voyage;

est exécutée par le transporteur. Si l'on a des raisons de penser qu'une ou plusieurs des conditions mentionnées aux alinéas a), b) et c) ~~sous-alinéas i), ii) et iii)~~ du présent paragraphe ~~alinéa~~ ne sont pas satisfaites, le transporteur n'est nullement obligé d'exécuter l'instruction[192].

Variante B du paragraphe 1

Sous réserve des paragraphes 2 et 3 du présent article, le transporteur est tenu d'exécuter les instructions mentionnées à l'article 53 a), b) et c) ~~11.1 i), ii) et iii)~~ si:

a) ~~i)~~ la personne donnant ces instructions est fondée à exercer le droit de contrôle;

---

189 Comme indiqué au paragraphe 112 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail a décidé d'attendre pour examiner l'alinéa c) de l'article 11.2 (devenu le paragraphe 3) que l'on ait une idée plus précise de la façon dont les questions concernant le commerce électronique seraient traitées.

190 Comme indiqué au paragraphe 113 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail a jugé l'alinéa d) de l'article 11.2 (devenu le paragraphe 4) acceptable d'une manière générale quant au fond.

191 La variante A du paragraphe 1 se fonde sur le texte initial du projet d'instrument.

192 Comme indiqué au paragraphe 117 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail est convenu d'une manière générale que l'alinéa a) de l'article 11.3 (devenu le paragraphe 1) devrait être remanié pour tenir compte des vues et des suggestions des paragraphes 114 à 116 et que ce remaniement devrait traiter d'abord des circonstances dans lesquelles le transporteur devait suivre les instructions reçues de la partie contrôlante puis les conséquences de l'exécution ou de l'inexécution de ces instructions. Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée de cette disposition comprenant le cas échéant des variantes, en vue de la poursuite des discussions à une session ultérieure.

b) ~~ii)~~ les instructions peuvent raisonnablement être exécutées selon leurs termes au moment où elles parviennent au transporteur;

c) ~~iii)~~ les instructions ne gêneront pas les activités normales du transporteur ou d'une partie exécutante[193].

2. ~~b)~~ Dans tous les cas, la partie contrôlante ~~indemnise~~ rembourse[194] au ~~le~~ transporteur, aux ~~les~~ parties exécutantes et à toute personne ayant des droits sur d'autres marchandises transportées pendant le même voyage ~~de~~ toute dépense additionnelle qu'ils pourraient encourir et les indemnise de toute perte ou tout dommage ~~pouvant résulter~~ qu'ils pourraient subir du fait de l'exécution de toute instruction en vertu du présent article[195].

3. ~~c)~~ [~~Un~~ Le transporteur qui:

a) ~~i)~~ a des raisons de s'attendre que l'exécution d'une instruction en vertu du présent article entraînera une dépense additionnelle, une perte ou un dommage; et

b) ~~ii)~~ est néanmoins disposé à exécuter cette instruction;

est en droit d'obtenir de la partie contrôlante une garantie] Si le transporteur le lui demande, la partie contrôlante donne une garantie[196] correspondant au montant de la dépense additionnelle, de la perte ou du dommage auxquels il est raisonnable de s'attendre.

4. ~~d)~~ Le transporteur est responsable de la perte ou du dommage subi par les marchandises du fait de son non-respect des instructions de la partie contrôlante en

---

193 Comme indiqué au paragraphe 114 du document A/CN.9/526, pour éviter une contradiction entre l'article 11.3 a) iii) (devenu le paragraphe 1 c)) et l'article 11.1 iii) (devenu l'article 53 b)) concernant le droit de contrôle et les "dépenses additionnelles" qui pourraient résulter de l'instruction, il a été proposé soit que le transporteur ne soit pas obligé d'exécuter l'instruction reçue en application de l'article 11.1 ii) (devenu l'article 53 b)), soit que l'article 11.3 a) iii) (devenu le paragraphe 1 c)) limite l'obligation du transporteur d'exécuter cette instruction aux cas dans lesquels celle-ci n'entraînerait pas de dépenses additionnelles "importantes". Par ailleurs, comme indiqué au paragraphe 115 du même document, un large appui a été exprimé, au sein du Groupe de travail, en faveur de la suppression de l'article 11.3 a) iii) (devenu le paragraphe 1 c)). Compte tenu de ces suggestions, le libellé de l'article 11.3 a) (devenu le paragraphe 1) pourrait être remanié comme indiqué et le droit du transporteur en vertu de l'article 11.3 c) (devenu le paragraphe 3) pourrait être rendu plus rigoureux, comme indiqué *infra*, dans la note 196. En outre, l'article 11.3 a) iii) (devenu le paragraphe 1c)) a été supprimé.

194 Comme indiqué au paragraphe 56 du document A/CN.9/510 et au paragraphe 118 du document A/CN.9/526, la notion d'"indemnisation" laissait penser à tort que la partie contrôlante pouvait encourir une responsabilité et il a été suggéré de la remplacer par celle de "rémunération", qui cadrait davantage avec l'exercice légitime de son droit de contrôle par la partie contrôlante.

195 Les remaniements apportés à l'article 11.3 b) (devenu le paragraphe 2) tiennent compte de la proposition formulée au paragraphe 117 du document A/CN.9/526, selon laquelle cette disposition remaniée devrait traiter d'abord des circonstances dans lesquelles le transporteur devait suivre les instructions reçues de la partie contrôlante puis les conséquences de l'exécution ou de l'inexécution de ces instructions.

196 Bien que, comme noté au paragraphe 119 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail ait estimé "acceptable d'une manière générale" l'article 11.3 c) (devenu le paragraphe 3) quant au fond, les remaniements indiqués se fondent sur les observations relatives à l'article 11.3 a) (devenu l'article 51-1). Voir *supra*, note 193.

violation de l'obligation qui lui incombe en vertu du paragraphe 1 du présent article[197].

Article 56

~~11.4~~ Les marchandises livrées en application d'une instruction conformément à l'article 53 b) ~~11.1 ii)~~ sont réputées être livrées au lieu de destination et les dispositions relatives à cette livraison, telles qu'énoncées au chapitre ~~à l'article~~ 10, sont applicables à ces marchandises[198].

Article 57

~~11.5~~ Si, pendant la période où le transporteur ou une partie exécutante a la garde des marchandises, ~~celui-ci~~ l'un ou l'autre a raisonnablement besoin d'informations, d'instructions ou de documents en sus de ceux visés à l'article 27 a) ~~7.3 a)~~, ~~il demande ces informations, instructions ou documents à la partie contrôlante~~ la partie contrôlante, à la demande de l'un ou l'autre, fournit ces informations[199]. Si le transporteur, après un effort raisonnable, n'est pas en mesure d'identifier et de trouver la partie contrôlante, ou si la partie contrôlante n'est pas en mesure de lui fournir des informations, instructions ou documents satisfaisants, cette obligation incombe au chargeur ou à la personne visée à l'article 31 ~~7.7~~.

Article 58

~~11.6 Les dispositions des articles 11.1 ii) et iii) et 11.3~~ Les articles 53 b) et c) et 55 sont susceptibles de dérogation par convention entre les parties. Les parties peuvent aussi restreindre ou exclure la possibilité de transférer le droit de contrôle visé à

---

197 Comme indiqué au paragraphe 116 du document A/CN.9/526, une question a été posée au sujet de la nature de l'obligation incombant au transporteur en vertu de l'article 11.3 (devenu l'article 55) et l'on s'est demandé s'il s'agissait d'une obligation de résultat ou d'une obligation – moins stricte – de moyens, le transporteur faisant alors de son mieux pour exécuter les instructions reçues de la partie contrôlante. On a exprimé l'opinion qu'une obligation de résultat – plus stricte – serait préférable. Toutefois, le transporteur ne devrait pas assumer les conséquences de l'inexécution de son obligation de résultat s'il pouvait apporter la preuve qu'il avait déployé des efforts raisonnables pour s'acquitter de cette obligation ou que, compte tenu des circonstances, il aurait été déraisonnable de s'en acquitter. En ce qui concerne les conséquences de l'inexécution de l'obligation de résultat, il a été estimé que le projet d'instrument devrait être plus précis, par exemple en indiquant le type de responsabilité encourue par le transporteur et les conséquences de cette inexécution sur l'exécution ultérieure du contrat. Pour donner suite à ces observations, on a ajouté un nouvel alinéa d) à l'article 11.3 (devenu le paragraphe 4). S'agissant des conséquences de l'inexécution des instructions, lorsque évidemment elles auraient dû être exécutées, on part du principe que l'intention implicite était de prévoir que le transporteur serait tenu de dommages-intérêts. Si le Groupe de travail décide d'inclure une disposition à cet effet, il pourrait également déterminer s'il faudrait limiter cette responsabilité.

198 Comme indiqué au paragraphe 120 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail a estimé acceptable d'une manière générale l'article 11.4 (devenu l'article 56) quant au fond.

199 Comme indiqué au paragraphe 121 du document A/CN.9/526, la proposition selon laquelle l'article 11.5 (devenu l'article 57) devrait donner au transporteur la possibilité de demander des instructions "au chargeur ou à la partie contrôlante" n'a pas reçu d'appui. Comme indiqué au paragraphe 122 du document A/CN.9/526, la suggestion de mentionner, outre le transporteur, la partie exécutante a été appuyée d'une manière générale. Compte tenu également de la recommandation formulée au paragraphe 123 du document A/CN.9/526, des modifications ont été apportées afin que l'article 11.5 (devenu l'article 57) soit plus clair.

l'article 54-1 b) ~~11.2 a) ii)~~. Si un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable est émis, toute convention visée au présent article doit être indiquée ou incorporée[200] dans les données du contrat.

CHAPITRE 12. TRANSFERT DE DROITS

Article 59

1. ~~12.1.1~~ Lorsqu'un document de transport négociable est émis, le porteur peut transférer les droits conférés par ce document en le transmettant à une autre personne,

a) ~~i)~~ dûment endossé au profit de cette autre personne ou en blanc, s'il s'agit d'un document à ordre; ou

b) ~~ii)~~ sans endossement, s'il s'agit d'un document au porteur ou d'un document endossé en blanc; ou

c) ~~iii)~~ sans endossement, s'il s'agit d'un document établi à l'ordre d'une partie désignée qui est transféré entre le premier porteur et cette partie désignée[201].

2. ~~12.1.2~~ Lorsqu'un enregistrement électronique négociable est émis, son porteur peut transférer les droits conférés par cet enregistrement électronique, que celui-ci soit établi à ordre ou à l'ordre d'une partie désignée, en le transmettant conformément aux règles de procédure visées à l'article 6 ~~2.4~~ [202].

Article 60

1. ~~12.2.1~~ Sans préjudice ~~des dispositions~~ de l'article 57 ~~11.5~~, tout porteur qui n'est pas le chargeur et qui n'exerce aucun droit en vertu du contrat de transport n'assume aucune responsabilité en vertu du contrat de transport uniquement du fait qu'il devient porteur[203].

---

[200] Comme indiqué au paragraphe 126 du document A/CN.9/526, la proposition selon laquelle l'article 11.6 (devenu l'article 58) devait être remanié de manière à éviter de laisser penser que celui-ci apportait une restriction quelconque à la liberté des parties de déroger aux dispositions du chapitre 11 a été largement appuyée par le Groupe de travail. De plus, il semble sous-entendu que la dernière phrase de l'article 11.6 (devenu l'article 58) devrait s'appliquer uniquement si un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable est émis. Ceci a donc été indiqué dans le texte remanié, dans lequel les conventions incorporées par référence ont également été mentionnées comme proposé.

[201] Comme indiqué au paragraphe 133 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail s'est largement prononcé en faveur du maintien du texte de l'article 12.1.1 (devenu l'article 59-1) dans sa rédaction actuelle, afin de promouvoir l'harmonisation et de prendre en compte les enregistrements électroniques négociables. La préoccupation exprimée au paragraphe 132 de ce même document en ce qui concerne les documents négociables nominatifs dans certains droits nationaux a été notée.

[202] Comme indiqué au paragraphe 134 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail a noté que l'article 12.1.2 (devenu le paragraphe 2) serait examiné à une date ultérieure en même temps que les autres dispositions du projet d'instrument relatives aux enregistrements électroniques.

[203] Comme indiqué au paragraphe 136 du document A/CN.9/526, l'opinion selon laquelle le principe énoncé à l'article 12.2.1 (devenu le paragraphe 1) était superflu a bénéficié d'un certain soutien au sein du Groupe de travail. Il ne semble pas toutefois que cette opinion ait recueilli un appui suffisant.

2. ~~12.2.2~~ Tout porteur qui n'est pas le chargeur et qui exerce un droit quelconque en vertu du contrat de transport assume [les responsabilités qui lui incombent en vertu du contrat de transport dans la mesure où ces responsabilités sont incorporées ou déterminables dans le document de transport négociable ou l'enregistrement électronique négociable] [les responsabilités qui incombent à la partie contrôlante en vertu du chapitre 11 et celles qui incombent au chargeur pour le paiement du fret, du faux fret, des surestaries et des contrestaries dans la mesure où ces responsabilités sont incorporées dans le document de transport négociable ou l'enregistrement électronique négociable][204].

3. ~~12.2.3~~ Tout porteur qui n'est pas le chargeur et qui:

a) ~~i)~~ en vertu de l'article 4 ~~2.2~~ convient avec le transporteur de remplacer un document de transport négociable par un enregistrement électronique négociable ou de remplacer un enregistrement électronique négociable par un document de transport négociable, ou

b) ~~ii)~~ en vertu de l'article 59 ~~12.1~~ transfère ses droits,

n'exerce aucun droit en vertu du contrat de transport aux fins des paragraphes 1 et 2 ~~articles 12.2.1 et 12.2.2~~[205].

Article 61

[~~12.3~~ Le transfert de droits en vertu d'un contrat de transport au titre duquel aucun document de transport négociable ou aucun enregistrement électronique négociable n'est émis s'effectue conformément aux dispositions ~~relatives au transfert de droits de la loi nationale applicable au contrat de transport~~ de la loi applicable. Ce transfert de droits peut s'effectuer par des moyens de communication électronique. Un transfert du droit de contrôle ne peut s'effectuer sans que le transporteur en soit avisé [par l'auteur ou le bénéficiaire dudit transfert].][206]

---

[204] Comme indiqué au paragraphe 140 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir une version révisée de l'article 12.2.2 (devenu le paragraphe 2) en tenant dûment compte des opinions exprimées. Or, les vues présentées aux paragraphes 137 à 139 ne sont pas conciliables. Ceux qui étaient favorables à une modification du texte ont demandé que ce dernier précise les responsabilités que le porteur exerçant un droit quelconque au titre du contrat de transport assumerait en vertu dudit contrat. Bien que l'idée d'apporter une telle précision ait suscité une opposition, on a essayé de modifier le texte. À cet égard, il faudrait peut-être envisager un type particulier de responsabilité, à savoir la responsabilité en cas de perte ou de préjudice matériel ou corporel causé par les marchandises (à l'exclusion, en tout état de cause, de la responsabilité pour manquement aux obligations qui incombent au chargeur en vertu de l'article 7.1 (devenu l'article 25).

[205] Comme indiqué au paragraphe 141 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail a estimé que l'article 12.2.3 (devenu le paragraphe 3) était acceptable d'une manière générale quant au fond.

[206] Comme indiqué au paragraphe 142 du document A/CN.9/526, on a exprimé la crainte qu'un conflit ne survienne entre l'article 12.3 (devenu l'article 61) et le droit national dans les pays où un transfert de droits devait être notifié par l'auteur du transfert mais ne pouvait l'être par l'auteur ou le bénéficiaire de ce transfert comme prévu dans la disposition. Plusieurs propositions ont été faites au paragraphe 142 du document A/CN.9/526. Toutefois, la première d'entre elles, à savoir ajouter à la fin de la dernière phrase une référence à la loi nationale applicable au contrat de transport, risquait d'être incompatible avec la proposition, présentée au paragraphe 143 de ce même document, de se référer d'une manière générale dans la première phrase à la "loi applicable" plutôt qu'aux "dispositions relatives au transfert de droits de la loi

Article 62

[~~12.4~~ Lorsque le transfert de droits en vertu d'un contrat de transport au titre duquel aucun document de transport négociable ou aucun enregistrement électronique négociable n'a été émis inclut le transfert de responsabilités qui sont liées au droit transféré ou qui en découlent, l'auteur ~~et le bénéficiaire~~ du transfert ~~assument conjointement et solidairement ces responsabilités~~ n'est pas dégagé de responsabilité sauf si le transporteur y consent.][207]

CHAPITRE 13. DROITS D'ACTION

Article 63

Variante A[208]

~~13.1~~ Sous réserve des articles 64 ~~13.2~~ et 65 ~~13.3~~, les droits découlant du contrat de transport ne peuvent être opposés au transporteur ou à une partie exécutante que par:

a) ~~i)~~ le chargeur;

b) ~~ii)~~ le destinataire;

---

nationale applicable" afin d'éviter toute question de conflit de lois potentiellement complexe. Aussi, l'autre suggestion consistant à supprimer à la fin de la dernière phrase les mots "par l'auteur ou le bénéficiaire du transfert", était-elle préférable. Ces mots ont été mis entre crochets. De plus, la proposition de se référer à la loi applicable dans la première phrase a été adoptée et l'article a été placé entre crochets, comme cela a été suggéré.

[207] Comme indiqué au paragraphe 148 du document A/CN.9/526, à la lumière des discussions concernant le projet de chapitre 12 et en particulier l'article 12.4 (devenu l'article 62), le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir, en tenant dûment compte des vues exprimées, une version révisée de cet article et de la placer entre crochets. Selon ces vues, reflétées dans le paragraphe 147 du document A/CN.9/526, la responsabilité de l'auteur et du bénéficiaire du transfert ne devrait pas nécessairement être solidaire et conjointe. Il a été proposé, comme solution de rechange, que l'auteur du transfert ne puisse être dégagé de sa responsabilité sans le consentement du transporteur.

En outre, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le texte ci-après, qui pourrait remplacer les articles 61 et 62:

"Article 61 *bis*.

1. Lorsque aucun document de transport négociable et aucun enregistrement électronique négociable n'est émis, le transfert de droits en vertu d'un contrat de transport est soumis à la loi régissant le contrat en ce qui concerne ledit transfert ou, si les droits sont transférés autrement que par contrat, à la loi régissant le transfert. [Toutefois, la transférabilité des droits censés être transférés est régie par la loi applicable au contrat de transport.]

2. Quelle que soit la loi applicable conformément au paragraphe 1, le transfert peut s'effectuer par des moyens électroniques et doit, pour être valable, être notifié au transporteur [soit par l'auteur soit par le bénéficiaire du transfert].

3. Si le transfert inclut des responsabilités qui sont liées au droit transféré ou qui en découlent, l'auteur et le bénéficiaire du transfert assument conjointement et solidairement ces responsabilités."

[208] La variante A de l'article 63 est fondée sur le texte initial du projet d'instrument.

c) ~~iii)~~ tout tiers auquel le chargeur ou le destinataire qui a subi la perte ou le dommage résultant d'une violation du contrat de transport a ~~cédé~~ transféré[209] ses droits;

d) ~~iv)~~ tout tiers qui a acquis des droits au titre du contrat de transport par subrogation en vertu de la loi nationale applicable, tel un assureur.

En cas de transmission de droits d'action par cession ou subrogation comme indiqué ci-dessus, le transporteur et la partie exécutante peuvent opposer à ce tiers toutes les exonérations et limites de responsabilité qu'ils peuvent faire valoir en vertu du contrat de transport et du présent instrument[210].

Variante B

Tout droit découlant d'un contrat de transport ou lié à celui-ci peut être opposé par toute personne ayant un intérêt légitime dans l'exécution de toute obligation découlant de ce contrat ou liée à celui-ci, lorsqu'elle a subi une perte ou un dommage[211].

Article 64

~~13.2~~ Lorsqu'un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable est émis, le porteur peut opposer des droits en vertu du contrat de transport au transporteur ou à une partie exécutante, ~~sans avoir à prouver qu'il a lui-même~~ qu'il ait ou non lui-même subi une perte ou un dommage. ~~Si ce porteur n'a pas subi la perte ou le dommage lui-même, il est réputé agir au nom de la partie qui a subi cette perte ou ce dommage~~[212].

Article 65

~~13.3~~ Lorsqu'un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable est émis et que le demandeur ~~est l'une des personnes visées à l'article 13.1 sans être~~ n'est pas le porteur, ce demandeur doit, outre prouver qu'il a subi une perte ou un dommage résultant d'une violation du contrat de transport,

---

209 Cette modification est proposée dans le souci d'harmoniser le libellé de cet article avec celui des autres dispositions du présent chapitre.

210 Comme indiqué au paragraphe 157 du document A/CN.9/526, bien que l'idée de supprimer l'article 13.1 (devenu l'article 63) ait été largement appuyée, le Groupe de travail a décidé de ne pas se prononcer sur cette disposition avant d'avoir achevé la lecture des projets d'articles et examiné de façon plus approfondie la question du champ d'application du projet d'instrument.

211 Comme indiqué au paragraphe 157 du document A/CN.9/526, le secrétariat a été invité à établir une variante de cet article consistant en une déclaration générale reconnaissant le droit de toute personne ayant un intérêt légitime dans le contrat de transport d'exercer un droit d'action si elle a subi une perte ou un dommage. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le texte proposé traite de manière adéquate de la situation du transitaire.

212 Bien qu'aucune demande n'ait apparemment été adressée au secrétariat en ce qui concerne l'article 13.2 (devenu l'article 64) (voir paragraphes 160 et 161 du document A/CN.9/526), d'un point de vue rédactionnel, le libellé pourrait être amélioré comme proposé ici. Il n'est pas certain d'ailleurs que la dernière phrase soit nécessaire. En fait, si le droit du porteur est reconnu, que celui-ci ait ou non subi une perte ou un dommage, la relation entre ce porteur et la personne ayant subi la perte ou le dommage reste en dehors du champ d'application du projet d'instrument.

prouver que le porteur n'a pas subi ~~cette~~ la perte ou ~~ce~~ le dommage faisant l'objet de la demande[213].

CHAPITRE 14. DÉLAI POUR AGIR

Article 66

~~14.1~~

Variante A[214]

Le transporteur est dégagé de toute responsabilité à l'égard des marchandises si une procédure judiciaire ou arbitrale n'a pas été introduite dans un délai d'[un] an. Le chargeur est dégagé de toute responsabilité au titre du chapitre 7 du présent instrument si une procédure judiciaire ou arbitrale n'a pas été introduite dans un délai d'[un] an[215].

Variante B

[Tous les droits] [Toutes les actions] concernant le transport de marchandises en vertu du présent instrument sont [éteints] [prescrites] si une procédure judiciaire ou arbitrale n'a pas été introduite dans un délai d'[un] an.

Article 67

~~14.2~~ Le délai visé à l'article 66 ~~14.1~~ court à partir du jour où le transporteur a achevé la livraison au destinataire des marchandises concernées en vertu de

---

[213] Comme il ressort du débat sur cette disposition dont rend compte le paragraphe 162 du document A/CN.9/526, le secrétariat n'a pas été prié d'établir un nouveau texte. Toutefois, certaines modifications d'ordre rédactionnel sont proposées ici.

[214] La variante A de l'article 66 est fondée sur le texte initial du projet d'instrument.

[215] Comme indiqué au paragraphe 169 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail a prié le secrétariat de placer le mot "un" entre crochets et d'établir une version révisée de l'article 14.1 (devenu l'article 66) qui tienne dûment compte des opinions exprimées.

On a demandé, au paragraphe 166 de ce même document, pourquoi, dans le cas des chargeurs, l'article parlait de les dégager de toute responsabilité uniquement au titre du chapitre 7 du projet d'instrument et non pas aussi au titre d'autres chapitres, comme le chapitre 9. Il a également été déclaré que toutes les personnes susceptibles de devoir assumer une responsabilité en vertu du contrat de transport devraient être incluses dans l'article 14.1 (devenu l'article 66). L'idée pourrait être que, si le projet d'instrument ne régit pas toutes les responsabilités découlant du contrat de transport, par exemple la responsabilité du transporteur pour ne pas avoir chargé les marchandises, il serait peut-être bon que le chapitre 14 s'applique à toutes les responsabilités régies par le projet.

La suggestion, présentée au paragraphe 166 du document A/CN.9/526, d'indiquer simplement que toute action relative à des questions traitées dans le projet d'instrument est prescrite (ou tout droit éteint) pourrait être une bonne solution.

La question a également été posée, au paragraphe 167 de ce même document, de savoir si l'expiration du délai emporte l'extinction du droit ou la prescription de l'action. L'expiration du délai entraîne l'extinction du droit dans les Règles de La Haye-Visby (article 3-6), dans COTIF-CIM (article 47), la Convention de Varsovie (article 29) et probablement la CMR (article 32). Elle entraîne la prescription de l'action dans les Règles de Hambourg (article 20), la Convention multimodale de 1980 (article 25), la CMNI (article 24) et la Convention de Montréal (article 35). Il serait peut-être souhaitable que, pour l'heure, ces deux conséquences soient examinées. C'est pourquoi un texte prévoyant l'une ou l'autre a été proposé dans la variante B.

l'article 7-3 ou 7-4 ~~4.1.3 ou 4.1.4~~ ou, lorsque les marchandises n'ont pas été livrées, à partir du [dernier] jour où elles auraient dû l'être. Le jour indiqué comme point de départ du délai n'est pas compris dans le délai[216].

Article 68

~~14.3~~ La personne à qui une réclamation est adressée peut à tout moment pendant le délai de prescription prolonger ce délai par une déclaration adressée à l'auteur de la réclamation. Le délai peut être de nouveau prolongé par une ou plusieurs autres déclarations[217].

Article 69

~~14.4~~ Une action récursoire d'une personne tenue responsable en vertu du présent instrument peut être exercée même après l'expiration du délai visé à l'article 66 ~~14.1~~ si elle l'est:

a) dans le délai déterminé par la loi de l'État où la procédure est engagée; ou

b) Variante A[218]

dans les 90 jours à compter de la date à laquelle la personne qui exerce l'action récursoire a soit:

i) réglé la réclamation; soit

---

[216] Comme indiqué au paragraphe 174 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail a prié le secrétariat de conserver le texte de l'article 14.2 (devenu l'article 67) et d'envisager d'élaborer éventuellement des variantes reflétant les opinions exprimées.

On a dit, au paragraphe 170 de ce même document, que la date de livraison prévue "dans le contrat de transport" pouvant être bien antérieure à la date de la livraison effective, il valait mieux prendre cette dernière comme point de référence. Toutefois, on a fait observer que la livraison pouvait être retardée unilatéralement par le destinataire. Le texte fait référence au jour "où le transporteur a achevé la livraison", soit le jour de la livraison effective. Compte tenu du libellé de l'article 4.1.1 (devenu l'article 7-1), les mots "au destinataire" pourraient être insérés à des fins de cohérence.

Des réserves ont également été émises, au paragraphe 171 du document A/CN.9/526, au sujet du choix comme point de départ du délai pour agir, en cas de non-livraison des marchandises, du "dernier jour" où celles-ci auraient dû être livrées. Il sera peut-être difficile de trouver un autre libellé pour cette partie de la disposition. En tout état de cause, le "dernier jour" est d'autant plus difficile à déterminer que les marchandises n'ont pas été livrées. Il est proposé de supprimer ces mots.

On s'est inquiété en outre, au paragraphe 172 du même document, de ce que le demandeur pourrait attendre pour engager une action que le délai pour agir soit pratiquement expiré, de façon éventuellement à se prémunir contre toute demande reconventionnelle puisque celle-ci serait nécessairement tardive. Il serait possible de prévenir ce problème en incluant des demandes reconventionnelles soit à l'article 14.4 b) ii) (devenu l'article 69 b) ii)), comme cela est suggéré au paragraphe 172, soit dans une disposition distincte. Voir *infra*, le texte proposé pour l'article 14.5 (devenu l'article 71).

Il a aussi été suggéré, au paragraphe 173 du document A/CN.9/526, de prévoir une date de référence différente selon qu'il s'agit d'une action contre le transporteur ou d'une action contre le chargeur, mais cela créerait apparemment des complications inutiles.

[217] Comme indiqué au paragraphe 175 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail a jugé dans l'ensemble l'article 14.3 (devenu l'article 68) acceptable sur le fond.

[218] La variante A de l'article 69 est fondée sur le texte initial du projet d'instrument.

ii) elle-même reçu signification de l'assignation;

Variante B

dans les 90 jours à compter de la date à laquelle soit:

i) la personne qui exerce l'action récursoire a réglé la réclamation; soit

ii) un jugement définitif qui n'est pas susceptible d'autres recours a été rendu contre la personne qui exerce l'action récursoire[219];

le délai le plus long étant retenu.

Article 70

~~14.4 *bis*~~ Une demande reconventionnelle d'une personne tenue responsable en vertu du présent instrument peut être formée même après l'expiration du délai de prescription visé à l'article 66 ~~14.1~~ si elle l'est dans les 90 jours à compter de la date à laquelle la personne qui forme la demande reconventionnelle a elle-même reçu signification de l'assignation[220].

Article 71

[~~14.5~~ Lorsque le propriétaire inscrit d'un navire réfute la présomption selon laquelle il est le transporteur en vertu de l'article 36-3 ~~8.4.2~~, une action contre l'affréteur coque nue peut être exercée même après l'expiration du délai visé à l'article 66 ~~14.1~~ si elle l'est:

a) dans le délai déterminé par la loi de l'État où la procédure est engagée; ou

b) dans les 90 jours à compter de la date à laquelle le propriétaire inscrit [à la fois

i) prouve que le navire faisait l'objet d'un affrètement coque nue au moment du transport; et]

---

[219] Comme indiqué au paragraphe 178 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir une version révisée de l'article 14.4 (devenu l'article 69) qui tienne dûment compte des opinions exprimées.

Il a été noté, au paragraphe 176 de ce même document, que dans certains pays de tradition romano-germanique, il n'était pas possible d'engager une action récursoire tant qu'il n'avait pas été définitivement statué sur l'affaire, et il a été suggéré d'ajuster le délai de 90 jours de sorte qu'il commence à courir à la date de prise d'effet du jugement. Un libellé prévoyant que le délai de 90 jours devrait commencer à courir à la date à laquelle le jugement contre la personne exerçant l'action récursoire deviendrait définitif et insusceptible de recours a été proposé. Ces propositions sont reflétées dans la variante B.

[220] Il a été rappelé, au paragraphe 177 du document A/CN.9/526, que la possibilité de former des demandes reconventionnelles devrait être prévue soit à l'article 14.4 b) ii) (devenu l'article 69 b) ii)) soit dans un article distinct, auquel cas la solution retenue devrait toutefois être analogue à celle de l'article 14.4 b) ii). Les demandes reconventionnelles sont traitées dans une disposition distincte, à savoir l'article 14.4 *bis* (devenu l'article 70).

[ii)] identifie de façon appropriée l'affréteur coque nue;][221]

le délai le plus long étant retenu.

CHAPITRE 15. COMPÉTENCE[222]

Variante A

Article 72

Dans tout litige relatif au transport de marchandises en vertu du présent instrument, le demandeur peut, à son choix, intenter une action devant un tribunal qui est compétent au regard de la loi de l'État dans lequel ce tribunal est situé et dans le ressort duquel se trouve l'un des lieux ou ports ci-après:

a) L'établissement principal du défendeur ou, à défaut, sa résidence habituelle;

[b) Le lieu où le contrat a été conclu, à condition que le défendeur y ait un établissement, une succursale ou une agence par l'intermédiaire duquel le contrat a été conclu;][223]

c) Le lieu de réception ou le lieu de livraison;

d) Tout autre lieu désigné à cette fin dans le document de transport ou l'enregistrement électronique.

---

[221] Comme indiqué au paragraphe 182 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir une version révisée de l'article 14.5 (devenu l'article 71) qui tienne dûment compte des opinions exprimées. Il a également été noté que, ayant demandé au secrétariat de maintenir l'article 8.4.2 (devenu l'article 36-3) entre crochets, le Groupe de travail lui a également demandé de maintenir entre crochets l'article 14.5 (devenu l'article 71), étant donné que le sort de ce deuxième article était lié à celui du premier.

Le lien entre l'article 14.5 (devenu l'article 71) et l'article 8.4.2 (devenu l'article 36-3) a été noté au paragraphe 179 du document A/CN.9/526 et les crochets entourant le premier article ont été maintenus.

La crainte a été exprimée, au paragraphe 180 de ce même document, que le délai de 90 jours ne soit pas utile si l'ayant droit aux marchandises avait des difficultés à identifier le transporteur. On pense que ce problème est réglé par l'article 14.5 b) ii) (devenu l'alinéa b) ii)).

Il a également été suggéré de fusionner les sous-alinéas i) et ii) de l'alinéa b) de l'article 14.5 (formant à présent l'alinéa b)), car la condition posée au sous-alinéa ii) pouvait être considérée comme suffisamment rigoureuse pour englober celle posée au sous-alinéa i). Un texte révisé est proposé.

[222] Comme indiqué au paragraphe 159 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir, sur les questions de la compétence et de l'arbitrage, des projets de dispositions comprenant éventuellement des variantes qui reflètent les diverses opinions et suggestions présentées au cours de la discussion.

Deux dispositions comprenant chacune deux variantes ont été établies respectivement sur la compétence et l'arbitrage à partir des articles 21 et 22 des Règles de Hambourg, auxquelles ont été apportées les modifications d'ordre terminologique nécessaires. La variante A des chapitres 15 et 16 reproduit intégralement les dispositions des Règles de Hambourg, tandis que la variante B de ces mêmes chapitres omet les dispositions dont le Sous-Comité international du CMI sur l'uniformité du droit du transport maritime a proposé la suppression (voir Yearbook 1999, p. 113 et, pour plus de détails, Yearbook 1997, p. 350 à 356, du CMI).

[223] Voir *supra*, note 30.

Article 73

Nonobstant l'article 72, une action peut être intentée devant les tribunaux de tout port ou lieu d'un État Partie où le navire effectuant le transport [ou l'un quelconque des navires effectuant le transport] ou tout autre navire dont le transporteur est propriétaire a été saisi conformément aux règles applicables de la législation de cet État et du droit international.

Article 74

Aucune procédure judiciaire relative au transport de marchandises en vertu du présent instrument ne peut être engagée en un lieu non spécifié à l'article 72 ou 73. Le présent article ne fait pas obstacle à la compétence des tribunaux des États Parties en ce qui concerne les mesures provisoires ou conservatoires.

Article 75

1. Lorsqu'une action a été intentée devant un tribunal compétent en vertu de l'article 72 ou 73 ou lorsqu'un jugement a été rendu par un tel tribunal, il ne peut être engagé de nouvelle action entre les mêmes parties et fondée sur la même cause à moins que le jugement du tribunal devant lequel la première action a été intentée ne soit pas exécutoire dans le pays où la nouvelle procédure est engagée.

2. Aux fins du présent chapitre, les mesures ayant pour objet d'obtenir l'exécution d'un jugement ne sont pas considérées comme l'engagement d'une nouvelle action.

3. Aux fins du présent chapitre, le renvoi d'une action devant un autre tribunal dans le même pays, ou devant un tribunal d'un autre pays, conformément à l'article 73, n'est pas considéré comme l'engagement d'une nouvelle action.

Article 75 *bis*

Nonobstant les articles précédents du présent chapitre, tout accord d'élection de for conclu par les parties après qu'un litige est né du contrat de transport est valable.

Variante B

Article 72

Dans tout litige relatif au transport de marchandises en vertu du présent instrument, le demandeur peut, à son choix, intenter une action devant un tribunal qui est compétent au regard de la loi de l'État dans lequel ce tribunal est situé et dans le ressort duquel se trouve l'un des lieux ou ports ci-après:

a) L'établissement principal du défendeur ou, à défaut, sa résidence habituelle;

[b) Le lieu où le contrat a été conclu, à condition que le défendeur y ait un établissement, une succursale ou une agence par l'intermédiaire duquel le contrat a été conclu;][224]

c) Le lieu de réception ou le lieu de livraison;

---

[224] Voir *supra*, note 30.

d) Tout autre lieu désigné à cette fin dans le document de transport ou l'enregistrement électronique.

Article 73

Nonobstant l'article 72, une action peut être intentée devant les tribunaux de tout port ou lieu d'un État Partie où le navire effectuant le transport [ou l'un quelconque des navires effectuant le transport] ou tout autre navire dont le transporteur est propriétaire a été saisi conformément aux règles applicables de la législation de cet État et du droit international.

Article 74

Aucune procédure judiciaire relative au transport de marchandises en vertu du présent instrument ne peut être engagée en un lieu non spécifié à l'article 72 ou 73 du présent chapitre. Le présent article ne fait pas obstacle à la compétence des tribunaux des États Parties en ce qui concerne les mesures provisoires ou conservatoires.

Article 75

Nonobstant les articles précédents du présent chapitre, tout accord d'élection de for conclu par les parties après qu'un litige est né du contrat de transport est valable.

CHAPITRE 16. ARBITRAGE[225]

Variante A

Article 76

Sous réserve du présent chapitre, les parties peuvent prévoir, par un accord constaté par écrit, que tout litige relatif au contrat de transport auquel s'applique le présent instrument sera soumis à l'arbitrage.

Article 77

Si un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable a été émis, la clause ou le pacte compromissoire doivent figurer dans le document ou l'enregistrement ou y être expressément incorporés par référence. Lorsqu'un contrat d'affrètement contient une disposition prévoyant que les litiges découlant de son exécution seront soumis à l'arbitrage et qu'un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable émis conformément à ce contrat d'affrètement ne spécifie pas par une clause expresse que cette disposition lie le porteur, le transporteur ne peut pas opposer cette disposition à un détenteur de bonne foi du document de transport négociable ou de l'enregistrement électronique négociable.

[225] Voir *supra*, note 222. La variante A du chapitre 16 reproduit intégralement les dispositions des Règles de Hambourg, tandis que la variante B omet les dispositions dont le Sous-comité international du CMI sur l'uniformité du droit du transport maritime a proposé la suppression.

Article 78

La procédure d'arbitrage est engagée, au choix du demandeur:

a) Soit en un lieu sur le territoire d'un État dans lequel est situé:

i) L'établissement principal du défendeur ou, à défaut, sa résidence habituelle; ou

[ii) Le lieu où le contrat de transport a été conclu, à condition que le défendeur y ait un établissement, une succursale ou une agence par l'intermédiaire duquel le contrat a été conclu; ou][226]

iii) Le lieu où le transporteur ou une partie exécutante a reçu les marchandises à transporter ou le lieu de livraison;

b) Soit en tout autre lieu désigné à cette fin par la clause ou le pacte compromissoire.

Article 79

L'arbitre ou le tribunal arbitral applique les règles du présent instrument.

Article 80

Les articles 77 et 78 sont réputés inclus dans toute clause ou pacte compromissoire, et toute disposition de la clause ou du pacte qui y serait contraire est nulle.

Article 80 *bis*

Aucune disposition du présent chapitre n'affecte la validité d'un accord relatif à l'arbitrage conclu par les parties après qu'un litige est né du contrat de transport.

Variante B

Article 76

Sous réserve du présent chapitre, les parties peuvent prévoir, par un accord constaté par écrit, que tout litige relatif au contrat de transport auquel s'applique le présent instrument sera soumis à l'arbitrage.

Article 77

Si un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable a été émis, la clause ou le pacte compromissoire doivent figurer dans le document ou l'enregistrement ou y être expressément incorporés par référence. Lorsqu'un contrat d'affrètement contient une disposition prévoyant que les litiges découlant de son exécution seront soumis à l'arbitrage et qu'un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable émis conformément à ce contrat d'affrètement ne spécifie pas par une clause expresse que cette disposition lie le porteur, le transporteur ne peut pas opposer cette disposition

---

[226] Voir *supra*, note 30.

à un détenteur de bonne foi du document de transport négociable ou de l'enregistrement électronique négociable[227].

Article 78[228]

Article 79

L'arbitre ou le tribunal arbitral applique les règles du présent instrument.

Article 80

Aucune disposition du présent chapitre n'affecte la validité d'un accord relatif à l'arbitrage conclu par les parties après qu'un litige est né du contrat de transport.

CHAPITRE 17. ~~15~~ AVARIES COMMUNES

Article 81

~~15.1~~ Aucune disposition du présent instrument ne s'oppose à l'application des dispositions du contrat de transport ou de la législation nationale relatives au règlement des avaries communes[229].

Article 82

1. ~~15.2~~ [À l'exception de la disposition relative au délai pour agir], les dispositions du présent instrument qui régissent la responsabilité du transporteur pour pertes ou dommages subis par les marchandises déterminent aussi la question de savoir si le destinataire peut refuser de contribuer aux avaries communes et si le transporteur est tenu d'indemniser le destinataire de sa contribution éventuelle aux avaries communes ou aux frais de sauvetage.

2. [Toutes les actions en] [Tous les droits à] contribution aux avaries communes sont [prescrites] [éteints] si une procédure judiciaire ou arbitrale n'a pas été introduite dans un délai d'[un an] à compter de la date d'émission de la dispache[230].

---

227 Le texte modifié de l'article 77 sur l'arbitrage, tel qu'il figure dans la variante B, ne reproduit pas l'article 22-2 des Règles de Hambourg, jugé trop spécifique.

228 Afin que la variante B rende compte exactement des délibérations du Sous-Comité international du CMI sur l'uniformité du droit du transport maritime, cet article a été supprimé. Le CMI n'a pris aucune décision concernant une disposition de remplacement appropriée. (Voir Yearbook 1999, p. 113 et, pour plus de détails, Yearbook 1997, p. 350 à 356, du CMI).

229 Comme indiqué au paragraphe 186 du document A/CN.9/526, l'idée selon laquelle les Règles d'York et d'Anvers sur les avaries communes devraient continuer d'être incorporées au contrat de transport a bénéficié d'un large appui au sein du Groupe de travail. Ce dernier a jugé dans l'ensemble l'article 15.1 (devenu l'article 81) acceptable sur le fond.

230 Comme indiqué au paragraphe 188 du document A/CN.9/526, on a estimé qu'il fallait indiquer plus clairement que la disposition du projet d'instrument relative au délai pour agir ne s'applique pas aux avaries communes. Étant donné que l'article 15.2 (devenu le paragraphe 1) prévoit que les dispositions régissant la responsabilité du transporteur déterminent la question de savoir si le destinataire peut refuser de contribuer aux avaries communes et si le transporteur est tenu de l'indemniser, la référence à la disposition relative au délai pour agir prête à confusion. Il est proposé de la supprimer, en particulier si une disposition spécifique sur le délai pour agir est ajoutée.

CHAPITRE 18. ~~16.~~ AUTRES CONVENTIONS

Article 83

~~16.1 *bis*~~ Sous réserve de l'article 86 ~~16.2~~, aucune disposition du présent instrument n'interdit à un État contractant d'appliquer un autre instrument international qui est déjà en vigueur à la date du présent instrument et qui s'applique à titre obligatoire à des contrats de transport portant essentiellement sur un mode de transport autre que le transport par mer[231].

Article 84

~~16.2 *bis*~~ Dans les relations entre les parties au présent instrument, les dispositions de ce dernier l'emportent sur celles d'un traité antérieur auquel elles peuvent être parties [qui sont incompatibles avec celles du présent instrument][232].

Article 85

~~16.1~~ Le présent instrument n'affecte aucunement les droits ou obligations du transporteur ou de la partie exécutante résultant des conventions internationales ou des dispositions de droit interne régissant la limitation de la responsabilité liée à l'exploitation de navires [~~de mer~~][233].

Comme il est également suggéré au paragraphe 188 du document A/CN.9/526, une disposition distincte pourrait être consacrée au délai pour agir en cas de litige concernant la contribution aux avaries communes et prévoir, par exemple, que ce délai commencerait à courir à compter de l'émission de la dispache. Un texte a été élaboré et ajouté à la fin de l'article 15.2 (devenu le paragraphe 2). Cette disposition devrait probablement couvrir à la fois les demandes en contribution et les demandes d'indemnisation.

Au paragraphe 189 du document A/CN.9/526, il a été demandé si l'article 15.2 (devenu le paragraphe 1) devrait aussi inclure la responsabilité pour les pertes dues à un retard et les surestaries. Le Groupe de travail ne semble avoir pris aucune décision à ce sujet.

231 Comme déjà indiqué à propos de l'article 4.2.1 (devenu l'article 8) et des discussions sur la relation du projet d'instrument avec d'autres conventions régissant les transports et avec la législation interne (voir *supra*, note 42), le secrétariat a également reçu pour instruction, aux paragraphes 247 et 250 du document A/CN.9/526, d'établir une disposition sur les conflits de conventions qui pourrait être insérée au chapitre 16 (devenu le chapitre 18). Cette disposition ne devrait pas remettre en question la proposition mentionnée dans la note suivante mais devrait au contraire la compléter. Le libellé de ce nouvel article 16.1 *bis* (devenu l'article 83) est inspiré de l'article 25-5 des Règles de Hambourg.

232 L'avis, présenté au paragraphe 196 du document A/CN.9/526, selon lequel il serait utile de modifier l'article 16.1 (devenu l'article 85) pour y préciser que le projet d'instrument l'emporterait sur les autres conventions concernant les transports sauf à l'égard des États qui ne sont pas parties à l'instrument est conforme aux dispositions de l'article 30-4 de la Convention de Vienne. Il est proposé toutefois d'insérer cette nouvelle disposition dans un article distinct plutôt que dans l'article 16.1 (devenu l'article 85), qui aborde un autre problème plus spécifique et le règle d'une manière tout à fait différente. Cette nouvelle disposition figure à l'article 16.2 *bis* (devenu l'article 84).

233 Les mots "de mer" qui figuraient dans l'article 16.1 (devenu l'article 85) ont été supprimés, comme cela a été proposé au paragraphe 197 du document A/CN.9/526.

Article 86

~~16.2~~ Il n'y aura pas de responsabilité en vertu ~~des dispositions~~ du présent instrument à raison d'une perte, d'un dommage ou d'un retard à la livraison subi par des bagages pour lesquels le transporteur est responsable en vertu d'une convention ou des dispositions du droit interne relatives au transport [par mer][234] des passagers et de leurs bagages.

Article 87

~~16.3~~ Il n'y aura pas de responsabilité en vertu ~~des dispositions~~ du présent instrument à raison d'un dommage causé par un accident nucléaire si l'exploitant d'une installation nucléaire est responsable de ce dommage:

a) en application ~~soit~~ de la Convention de Paris ~~du 29 juillet 1960~~ sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire du 29 juillet 1960, telle qu'elle a été modifiée par son Protocole additionnel du 28 janvier 1964, ~~soit~~ de la Convention de Vienne ~~du 21 mai 1963~~ relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires du 21 mai 1963, telle qu'elle a été modifiée par le Protocole commun relatif à l'application de la Convention de Vienne et de la Convention de Paris du 21 septembre 1988 et telle qu'elle a été modifiée par le Protocole d'amendement de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires du 12 septembre 1997, ou de la Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires du 12 septembre 1997, ou

b) en vertu des dispositions de droit interne régissant la responsabilité de ces dommages, à condition toutefois que lesdites dispositions soient à tous égards aussi favorables pour les personnes pouvant être lésées par de tels dommages que la Convention de Paris ou la Convention de Vienne ou encore la Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires[235].

---

234 Comme cela était demandé au paragraphe 199 du document A/CN.9/526, les mots "par mer" ont été placés entre crochets.

235 Comme indiqué au paragraphe 202 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'actualiser la liste des conventions et instruments figurant dans l'article 16.3 (devenu l'article 87) et d'établir une version révisée de cet article qui tienne dûment compte des opinions exprimées.

Au paragraphe 200 de ce même document, on a expliqué que la liste des conventions figurant dans l'article 16.3 (devenu l'article 87) n'était pas complète. Le Protocole de 1998 portant modification de la Convention de Vienne de 1963 a été mentionné.

Comme indiqué au paragraphe 201 du même document, il a été déclaré que d'autres conventions traitant de la responsabilité pourraient être ajoutées à celles énumérées dans l'article 16.3 (devenu l'article 87), par exemple les conventions concernant la pollution et les accidents. Des objections ont toutefois été soulevées à ce propos. Il est donc suggéré que l'actualisation proposée au paragraphe 202 du document A/CN.9/526 ne concerne que les conventions portant sur les dommages nucléaires.

CHAPITRE 19. ~~17.~~ [LIMITES DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE] [CLAUSES CONTRACTUELLES][236]

Article 88

1. ~~17.1 a)~~ Sauf disposition contraire du présent instrument, toute stipulation contractuelle qui déroge ~~aux dispositions du~~ présent instrument est nulle dans la mesure où elle a pour objet ou pour effet, directement ou indirectement, d'exclure, [ou] de limiter [ou d'alourdir] la responsabilité pour violation de toute obligation du transporteur, d'une partie exécutante, du chargeur, de la partie contrôlante ou du destinataire en vertu ~~des dispositions~~ du présent instrument[237].

2. ~~b)~~ ~~[~~Nonobstant ~~l'alinéa a)~~ le paragraphe 1, le transporteur ou une partie exécutante peut assumer une responsabilité et des obligations plus lourdes que celles qui sont prévues dans le présent instrument~~]~~[238].

3. ~~c)~~ Une stipulation cédant au transporteur le bénéfice de l'assurance des marchandises est nulle[239].

Article 89

~~17.2~~ Nonobstant les ~~dispositions des~~ chapitres 4 ~~5~~ et 5 ~~6~~ du présent instrument, le transporteur et une partie exécutante peuvent, dans le contrat de transport: ~~exclure ou limiter leur responsabilité pour perte ou endommagement des marchandises lorsque:~~

a) exclure ou limiter leur responsabilité si les marchandises sont des animaux vivants sauf lorsqu'il est prouvé que la perte, le dommage ou le retard résulte d'un acte ou d'une omission que le transporteur ou ses préposés ou mandataires ont commis témérairement et en sachant que cette perte, ce dommage ou ce retard en résulterait probablement, ou

---

236 Comme indiqué au paragraphe 204 du document A/CN.9/526, il a été proposé de modifier l'intitulé du projet de chapitre afin qu'il rende compte plus exactement de la teneur des dispositions, qui ne traitaient pas des "limites de la liberté contractuelle" en général mais des clauses de limitation ou d'alourdissement de la responsabilité des diverses parties au contrat de transport. Une possibilité est de reprendre le titre de l'article 23 des Règles de Hambourg, à savoir "Clauses contractuelles". Une autre est d'indiquer éventuellement dans le titre le caractère fondamentalement impératif des dispositions de l'instrument.

237 Comme indiqué au paragraphe 213 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail a décidé de conserver l'article 17.1 a) (devenu le paragraphe 1) dans le projet d'instrument, y compris les mots "ou d'alourdir" placés entre crochets, en vue d'en poursuivre l'examen à une session ultérieure, le cas échéant sur la base d'une ou de plusieurs nouvelles propositions. Il a été dit, comme l'indique le paragraphe 212 du document A/CN.9/526, qu'un projet de disposition excluant les "contrats négociés avec mise en concurrence entre des parties évoluées" serait présenté au secrétariat avant la prochaine session du Groupe de travail et qu'il serait tenu compte des préoccupations mentionnées aux paragraphes 205 à 211 de ce même document lors de l'élaboration de cette disposition.

238 Comme indiqué au paragraphe 214 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail a estimé d'une manière générale que l'article 17.1 b) (devenu le paragraphe 2) était acceptable quant au fond. Il a été décidé de supprimer les crochets entourant cette disposition.

239 Comme indiqué au paragraphe 215 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail a estimé d'une manière générale que l'article 17.1 c) (devenu le paragraphe 3) était acceptable quant au fond.

b) exclure ou limiter leur responsabilité pour une perte ou un endommagement subi par les marchandises si le caractère ou la condition des marchandises ou les circonstances et les termes et conditions auxquels le transport doit se faire sont de nature à justifier une convention spéciale, pourvu que des expéditions commerciales ordinaires faites au cours d'opérations commerciales ordinaires ne soient pas concernées et qu'aucun document de transport négociable ou enregistrement électronique négociable ne soit ou ne doive être émis pour le transport des marchandises[240].

[240] Comme indiqué au paragraphe 217 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail a décidé de conserver dans le projet d'instrument l'article 17.2 a) (devenu l'alinéa a)) en vue d'en poursuivre l'examen à une session ultérieure. Le secrétariat a été prié d'établir une variante visant à limiter la possibilité qu'auraient le transporteur et la partie exécutante transportant des animaux vivants de s'exonérer de leur responsabilité en cas de faute grave. Il a en outre été noté, au paragraphe 218 de ce même document, que le Groupe de travail a estimé d'une manière générale que l'article 17.2 b) (devenu l'alinéa b)) était acceptable quant au fond. Des solutions différentes ayant été proposées pour les alinéas a) et b) de l'article 17.2 (devenus les alinéas a) et b) de l'article 89), le chapeau doit être modifié. En ce qui concerne les animaux vivants, il est proposé d'utiliser un libellé similaire à la disposition sur la déchéance du droit de limiter sa responsabilité, en appliquant toutefois la notion de comportement téméraire également aux préposés ou mandataires.

D. Document de travail sur l'élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [par mer]: proposition des Pays-Bas sur l'application de l'instrument au transport de porte à porte, présentée au Groupe de travail sur le droit des transports à sa douzième session (A/CN.9/WG.III/WP.33) [Original: Anglais]

Le Gouvernement néerlandais a présenté le texte d'une proposition concernant le champ d'application et la structure du projet d'instrument en vue de la douzième session du Groupe de travail III (Droit des transports), afin que ce dernier l'examine à cette session. On trouvera en annexe à la présente note la traduction de ce texte tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

1. Résumé de la position . . . . . a)-i)
2. Champ d'application général du projet de la CNUDCI 1-3
3. Champ d'application des autres conventions relatives au transport 4-9
4. L'approche contractuelle peut créer des problèmes d'interprétation 10-15
5. Y a-t-il une solution au problème multimodal? 16-29
   - Le système de réseau 16-17
   - Le système uniforme. 18-21
   - Le système "unimodal plus" 22-29

Annexe 1. Caractéristiques d'autres conventions 30-38

Annexe 2. Variante possible des articles 1.1 et 2 de la CMR 39-41

Annexe

1. Résumé de la position

a) L'extension du champ d'application du projet de la CNUDCI au transport précédant et/ou suivant un transport maritime est conforme à une pratique actuelle: la majorité des contrats maritimes couvre aujourd'hui le transport de porte à porte. Aussi l'élaboration d'une nouvelle convention maritime régissant uniquement le transport de port à port n'aurait-elle pas beaucoup de sens. Cette convention viendrait simplement s'ajouter aux instruments existants.

b) On constate que la pratique du porte à porte existe également dans d'autres modes de transport. De plus, les conventions régissant ces derniers, en particulier les plus récentes, reposent sur une certaine approche "unimodale plus", à savoir que leur champ d'application ne se limite pas à un unique mode de transport.

c) L'approche "maritime plus" – consistant à ne pas limiter le champ d'application au transport maritime, – qui est proposée dans le projet à l'étude, peut créer des problèmes de conflit de conventions, car les dispositions relatives au champ d'application des conventions non maritimes existantes ne sont en général pas suffisamment claires: ces conventions portent-elles sur un certain type de contrat ou sur un certain mode de transport? Si elles portent sur un certain type de contrat, par exemple le contrat de transport routier, on peut soutenir qu'elles ne s'appliquent pas à l'étape non maritime d'un transport maritime de porte à porte.

Si elles portent sur un certain mode de transport, on peut soutenir qu'elles s'appliquent bien à l'étape non maritime d'un tel transport.

Ce problème se pose en particulier avec la CMR.

d) Les Pays-Bas jugent acceptable la solution retenue dans le projet de la CNUDCI pour éviter les conflits de conventions, à savoir l'insertion des articles 4.2.1 et 4.2.2. Cette solution, qui repose sur un système de réseau limité, permet d'éviter, dans la mesure la plus large possible, les conflits avec d'autres conventions. Toutefois, pour les questions n'ayant pas trait à la responsabilité, un risque de conflit subsiste.

e) Les autres solutions pour le transport multimodal sont i) une convention multimodale reposant sur un système uniforme ou ii) une convention multimodale reposant sur un système de réseau intégral (c'est-à-dire régissant aussi les questions autres que la responsabilité). De l'avis des Pays-Bas, ces deux solutions présentent de gros inconvénients. De plus, si le champ d'application des conventions unimodales existantes n'est pas défini plus clairement, le problème de conflit entre conventions, dans un cas comme dans l'autre, subsistera.

f) Si l'on admet la nécessité d'harmoniser les dispositions relatives au champ d'application des conventions unimodales existantes pour chacune des solutions à long terme proposées ci-dessus pour le transport multimodal, une autre solution, elle aussi à long terme, peut être envisagée: modifier toutes les conventions unimodales existantes en étendant leur champ d'application aux autres modes de transport précédant ou suivant le mode de transport qu'elles régissent et insérer dans chacune des conventions ainsi modifiées une disposition identique relative au conflit de conventions (voir par. 133 à 137 du document WP.29).

g) Cette approche générale "unimodale plus" mérite d'être étudiée plus attentivement, car elle permettra peut-être de sortir de l'impasse où conduisent actuellement les différentes solutions proposées au problème du transport multimodal. Il ressortira sans doute de cette étude qu'un système fondé sur une telle approche cadre parfaitement avec la pratique actuelle des chargeurs et des transporteurs et qu'il peut en outre résoudre le problème du cabotage maritime en Europe.

h) Si cette approche générale "unimodale plus" rallie suffisamment de suffrages, la disposition relative au conflit de conventions devant être insérée dans chacune des conventions pourrait prévoir la possibilité pour les parties commerciales de

choisir entre les conventions lorsque plusieurs d'entre elles pourraient être applicables à un transport multimodal unique de porte à porte.

i) Étant donné que l'idée d'un système fondé sur une approche "unimodale plus" comme solution générale au problème du transport multimodal doit être étudiée plus avant, ce système ne peut au stade actuel se substituer aux articles 4.2.1 et 4.2.2. Il n'exclut non plus, selon les Pays-Bas, aucune des propositions mentionnées aux paragraphes 138 à 185 du document WP.29. Dès lors, si l'une de ces propositions est adoptée, le projet de la CNUDCI, dans le cas où il serait finalement souhaitable d'instaurer un système fondé sur une approche générale "unimodale plus", pourrait être modifié ultérieurement (par exemple par un protocole additionnel) sans que la proposition adoptée ne soit remise en question.

2. Champ d'application général du projet de la CNUDCI

1. Le projet de la CNUDCI s'applique aux "contrats de transport" dans lesquels le lieu de réception et le lieu de livraison se situent dans des États différents (voir art. 3.1). Le "contrat de transport" est défini comme "un contrat par lequel un transporteur s'engage ... à transporter des marchandises entièrement ou partiellement par mer" (art. 1.5). Le "transporteur" est défini comme un contractant (voir art. 1.1).

2. On peut donc en conclure que le projet de la CNUDCI suit une approche contractuelle. Il s'applique à un certain type de contrat aux caractéristiques économiques et opérationnelles bien définies, à savoir le contrat de transport maritime, qui dans de nombreux cas, sinon dans la plupart, couvre aujourd'hui un transport de porte à porte. Cela signifie que les marchandises sont transportées non seulement par des navires de mer, mais également par d'autres modes de transport, avant ou après le transport par mer. Il s'agit ici d'un champ d'application non limité au transport maritime (approche "maritime plus").

3. On notera en outre que le projet de la CNUDCI ne traite pas seulement de la responsabilité, mais aborde également les droits et obligations des parties découlant des "contrats de transport" mentionnés plus haut et déborde donc largement la question de la responsabilité en cas de perte, dommage ou retard subis par les marchandises.

3. Champ d'application des autres conventions relatives au transport[1]

4. L'annexe 1 contient une rapide comparaison avec d'autres conventions. On trouvera ci-après, aux paragraphes 5 à 9, un résumé de cette comparaison.

5. Toutes les conventions relatives au transport mentionnées à l'annexe 1 s'appliquent à un certain type de contrat de transport. Tout comme le projet de la CNUDCI, elles se fondent sur une approche contractuelle. Cependant, leurs dispositions concernant le champ d'application risquent de donner lieu, dans la pratique, à des problèmes d'interprétation (voir par. 10).

6. Les conventions unimodales définissent toutes le contrat de transport par référence à un seul mode de transport. Toutefois, à l'exception des conventions

[1] Les instruments internationaux mentionnés dans le présent document sont les mêmes que ceux qui sont énumérés au paragraphe 5 du document WP.29.

régissant les transports maritime et routier, elles peuvent, de façon limitée, s'appliquer également à d'autres modes de transport. Les exemples les plus clairs sont les suivants:

– La Convention de Montréal s'applique aux services d'enlèvement et de livraison (qui, géographiquement, ne sont pas expressément limités) ainsi qu'à certains transports routiers sous certaines conditions, que ceux-ci soient nationaux ou internationaux;

– La COTIF-CIM de 1999 s'applique aux transports par voie maritime et par voie de navigation intérieure effectués sur des lignes "inscrites sur la liste", qu'ils soient nationaux ou internationaux, ainsi qu'aux transports nationaux par route et par voie de navigation intérieure sur des lignes non inscrites.

7. Les Règles de Hambourg autorisent l'application d'autres conventions au transport maritime lorsque celui-ci n'est pas le mode de transport principal. On notera que cette disposition relative au conflit de conventions n'est pas reprise dans d'autres conventions plus récentes.

8. Les conventions régissant les transports routier, ferroviaire et aérien traitent également de questions contractuelles autres que la responsabilité du transporteur en cas de perte, de dommage ou de retard subis par les marchandises.

9. On peut conclure de la comparaison faite à l'annexe 1 que les principales caractéristiques du champ d'application général du projet de la CNUDCI, à savoir l'"approche contractuelle", le système "unimodal plus" et le traitement de questions contractuelles autres que la seule responsabilité du transporteur, figurent déjà, dans une certaine mesure, dans les conventions régissant le transport non maritime.

La principale différence étant que le projet de la CNUDCI va plus loin.

4. L'approche contractuelle peut créer des problèmes d'interprétation

10. Il faut reconnaître que les dispositions relatives au champ d'application des conventions *unimodales* peuvent être interprétées comme si ces conventions s'appliquaient également à un transport international effectué avec un mode de transport régi par elles dans le cadre d'un contrat de transport *multimodal*. Un transport international routier qui précède ou qui suit un transport aérien ou maritime est l'exemple parfait. L'article 1.1 de la CMR peut être interprété de manière que cette convention soit applicable au transport routier en question. Les paragraphes 62 et 63 du document WP.29 mentionnent *in fine* les "solides" arguments en faveur de cette interprétation, reprise aux paragraphes 115 et 116 de ce document, et dont il résulte que plusieurs conventions peuvent être appliquées à un contrat unique de transport multimodal.

11. La question n'est pas de savoir si cette interprétation est correcte ou non. Elle existe et a pour effet un risque de chevauchement entre le champ d'application du projet de la CNUDCI et celui d'autres conventions unimodales. Autrement dit, le problème de conflits entre conventions pourrait se poser. Afin d'éviter de tels conflits (dus au fait que le champ d'application d'autres conventions relatives au transport n'est pas clairement défini), on a inséré dans le projet de la CNUDCI un article 4.2, qui donne préséance aux dispositions sur la responsabilité du transporteur prévues dans les autres conventions relatives au transport.

12. Cet article 4.2 est toutefois délibérément limité aux questions ayant trait à la seule responsabilité du transporteur. Il ne traite pas des conflits éventuels entre les dispositions des différentes conventions à propos d'autres questions. À propos de ces dernières, il est inconcevable que différentes parties d'un transport unique soient régies par des dispositions contradictoires. Par exemple, si un document négociable est émis pour un transport de porte à porte, devient-il non négociable dès que commence l'étape routière du transport? Si tel était le cas, il déconcerterait les acheteurs et les vendeurs dans le cadre d'un contrat de vente internationale. Autre exemple: dans la CMR, le droit de l'expéditeur et du destinataire de donner des instructions est lié à un certain exemplaire du document émis, système qui diffère considérablement des dispositions correspondantes proposées dans le projet de la CNUDCI.

Pour ce qui est des autres questions contractuelles, le projet de la CNUDCI reflète la loi, les coutumes et les pratiques en matière de contrat de transport maritime. Celles-ci peuvent être différentes, et le sont du reste souvent, de celles prises en compte par d'autres conventions unimodales. En fait, chaque convention unimodale reflète les coutumes et pratiques inhérentes au mode de transport qu'elle régit.

13. En conséquence, si l'article 4.2 avait eu une portée plus large et s'il avait donné préséance absolue à *toutes* les dispositions de la convention relative au transport intérieur pour l'étape intérieure d'un transport maritime, il aurait créé beaucoup d'ambiguïté en ce qui concerne les droits et obligations des parties autres que la responsabilité d'un transporteur en cas de perte, dommage ou retard subis par les marchandises. Pour les seules dispositions relatives à la responsabilité du transporteur, un système de réseau est possible. En revanche, pour les dispositions traitant d'autres questions contractuelles, il faut choisir: d'appliquer au contrat multimodal dans l'ensemble, les dispositions soit de l'une, soit de l'autre convention.

14. Parce qu'il traite du contrat de transport maritime et que ses dispositions sur les questions autres que la responsabilité du transporteur reflètent la loi, les coutumes et les pratiques du commerce maritime, le projet de la CNUDCI ne peut que donner préséance à ses propres dispositions régissant ces questions sur les dispositions correspondantes de toute autre convention relative au transport dont on pourrait penser, d'après ses termes, qu'elle pourrait s'appliquer aux activités terrestres du transporteur maritime.

15. Dès lors, constatant que d'après l'interprétation mentionnée aux paragraphes 115 et 116 du document WP.29, un conflit de conventions ne peut être totalement exclu, les Pays-Bas considèrent que ce conflit possible est inévitable et, compte tenu du fait que toute convention relative au transport doit prendre en considération les coutumes et pratiques du mode de transport qu'elle régit pour être suffisamment acceptée dans les milieux commerciaux, qu'il est acceptable. Cela dit, l'objectif politique ultime devrait être de trouver une solution durable pour le contrat de transport multimodal sans risque de conflit entre conventions.

5. Y a-t-il une solution au problème multimodal?

16. Jusqu'ici, la recherche d'une solution au problème multimodal s'est concentrée sur le système de réseau et/ou le système uniforme.

Le principal avantage du système de réseau est qu'en s'adaptant automatiquement aux spécificités du mode de transport considéré, il n'empiète, dit-on, sur aucun des régimes unimodaux existants. Mais il a aussi des inconvénients: i) c'est un système composite et constitue donc une source d'imprévisibilité pour le chargeur; ii) l'attribution de la responsabilité à un mode de transport donné n'est pas toujours possible, si bien qu'un système de responsabilité résiduelle est également nécessaire; et iii) il risque d'y avoir des vides entre les différents modes de transport.

17. Il faut noter que dans le système de réseau, les "autres questions contractuelles" mentionnées plus haut n'ont guère été prises en compte, l'accent ayant toujours été mis sur la responsabilité du transporteur pour les dommages causés aux marchandises. De l'avis des Pays-Bas, deux conditions juridiques (au moins) doivent absolument être remplies pour qu'un système de réseau intégral puisse être appliqué de manière appropriée à un contrat de transport multimodal:

a) les dispositions relatives au champ d'application de chaque convention unimodale doivent être modifiées de manière à indiquer clairement que la convention en question s'applique à un certain mode de transport et non à un certain type de contrat; et

b) des dispositions appropriées relatives au conflit de conventions doivent être insérées dans chaque convention unimodale (ce qui peut être compliqué) afin d'éviter les conflits entre les différentes dispositions des conventions unimodales traitant de questions autres que la responsabilité du transporteur.

18. L'alternative actuelle au système de réseau est le système uniforme. Un tel système est prévu dans la Convention multimodale de 1980. Ses principaux avantages sont sa facilité d'application et la prévisibilité de ses résultats. Toutefois, la Convention multimodale de 1980 n'est pas entrée en vigueur, sans doute parce que ses dispositions s'écartent trop des pratiques suivies par les parties commerciales concernées.

19. Le problème du conflit de conventions se pose aussi avec la Convention multimodale de 1980. L'interprétation des dispositions relatives au champ d'application des conventions unimodales, mentionnée aux paragraphes 115 et 116 du document WP.29, crée également des conflits avec l'approche contractuelle prévue dans la Convention multimodale. Pour que cette dernière coexiste avec les conventions unimodales de façon appropriée, les dispositions en question doivent également être modifiées. Il faut indiquer clairement que ces conventions s'appliquent uniquement à un contrat pour un certain transport unimodal et non au mode de transport qu'elles régissent lorsque celui-ci est utilisé dans un transport effectué conformément à un contrat de transport multimodal.

20. On peut conclure des paragraphes 17 et 19 que le problème multimodal ne peut être résolu sans une modification globale, et de préférence coordonnée, des dispositions relatives au champ d'application de toutes les conventions unimodales.

21. Une fois admise la nécessité de modifier (de manière coordonnée) les conventions unimodales pour régler le problème multimodal des solutions autres qu'un système de réseau ou un système de responsabilité uniforme peuvent être envisagées.

22. Une de ces solutions est l'approche générale "unimodale plus", mentionnée aux paragraphes 133 à 137 du document WP.29. Cette approche s'inspire, en la développant, de la tendance des conventions relatives au transport les plus récentes à faire entrer dans leur champ d'application les transports complémentaires effectués par d'autres modes (voir par. 6 ci-dessus). Le champ d'application ne devrait pas être étendu seulement au transport national par d'autres modes ou à un transport unimodal remplissant certaines conditions, mais également à tout autre type de transport qui précède ou qui suit le mode de transport régi par la convention considérée.

Par exemple, la CMR devrait pouvoir non seulement s'appliquer au transport international de marchandises par route mais également continuer de s'appliquer lorsque ces marchandises sont ensuite transportées par rail, même si elles franchissent une frontière. Il devrait en être de même pour la COTIF-CIM de 1999: cette convention devrait également s'appliquer au transport international complémentaire par route. Ainsi, deux conventions seraient également applicables au même transport. La question de savoir laquelle devrait effectivement s'appliquer en l'espèce doit être résolue par une règle de conflit qui devra être insérée dans les deux conventions. Cette règle devrait en principe être identique pour les deux conventions.

23. Cette solution au problème multimodal correspond également à la tendance actuelle chez presque tous les transporteurs unimodaux à proposer des destinations qu'ils ne desservent pas avec leurs propres moyens de transport, simplement parce que leurs clients le leur demandent. La plupart de ces transporteurs préfèrent proposer ces destinations aux conditions qu'ils appliquent habituellement et que leurs assureurs et eux-mêmes connaissent bien. Par conséquent, on privilégiera peut-être une disposition relative au conflit de conventions qui laisse le choix aux parties au contrat de transport lorsque plusieurs conventions pourraient s'appliquer. Si les parties commerciales étaient autorisées à choisir, on peut s'attendre que, dans la pratique, ce choix ne soit presque jamais fait explicitement. Par exemple, si l'expéditeur demande un devis à un transporteur ferroviaire européen, il recevra une offre soumise aux conditions auxquelles ce transporteur (et ses assureurs) est habitué, c'est-à-dire conformément à la COTIF-CIM. S'il demande un devis à un transporteur routier européen, il recevra une offre soumise aux conditions que ce transporteur applique habituellement à ses contrats, à savoir les conditions prévues par la CMR. Dans les deux cas, un seul contrat et une seule série de conditions s'appliquent, ce qui est l'objectif ultime de tout système multimodal. De plus, les transitaires pourraient proposer les deux séries de règles, en théorie même à des prix différents.

24. Cette approche "unimodale plus" combine les avantages du système de réseau et ceux du système uniforme, car elle permet l'application de séries de règles qui sont déjà largement acceptées. De plus, elle évite les inconvénients du système de réseau, à savoir les complications inhérentes à un système composite, la question de la responsabilité résiduelle et les éventuels "vides" entre les différents modes de transport. Elle présente un désavantage: les conventions unimodales existantes doivent être modifiées, de préférence de manière coordonnée. Toutefois, le problème se pose aussi avec le système uniforme et le système de réseau.

25. Il est évident que, si le champ d'application de chacune des conventions unimodales est étendu comme cela est proposé aux paragraphes 22 et 23, chacune

d'entre elles devra prévoir une disposition relative au conflit de conventions qui obligerait à respecter le choix des parties. En d'autres termes, chaque convention unimodale devrait prévoir qu'elle ne s'applique pas à un contrat de transport si les parties optent pour une autre convention qui, d'après ses termes, peut être applicable.

26. À titre d'exemple, un projet de disposition relative au conflit de conventions est proposé au paragraphe 40 de l'annexe 2. (À cet égard, on notera que l'article 25-4 des Règles de Hambourg prend déjà en compte une situation dans laquelle une autre convention peut être applicable à l'étape maritime d'un transport multimodal.)

27. Si on autorise le marché, dans certaines limites, à décider du régime conventionnel qui devrait s'appliquer à un transport multimodal donné, on pourrait s'attendre à terme que leur choix se porte:

– pour le transport aérien intercontinental (y compris le transport intérieur qui précède et/ou qui suit), sur la Convention de Montréal;

– pour le transport maritime intercontinental (y compris le transport intérieur qui précède et/ou qui suit), sur le projet de la CNUDCI (lorsqu'il sera entré en vigueur);

– pour le transport en Europe (y compris le cabotage maritime, tel que le transport par des transbordeurs effectuant la traversée de la mer du Nord ou de la mer Baltique, le transport international vers les îles etc.), sur la CMR ou la COTIF-CIM de 1999;

– pour d'autres transports régionaux, sur d'éventuelles conventions régionales qui correspondent aux circonstances particulières de la région concernée.

28. De l'avis des Pays-Bas, l'approche générale "unimodale plus", telle que décrite ci-dessus, mérite d'être étudiée plus attentivement en tant qu'alternative au problème multimodal.

S'il ressort de cette étude qu'un système fondé sur l'approche "unimodale plus" bénéficie d'un appui suffisant, l'article 4.2 du projet de la CNUDCI devrait par la suite être remplacé par une disposition relative au conflit de conventions prévoyant que d'autres conventions, au choix des parties, peuvent s'appliquer à l'étape maritime d'un transport international.

29. Le processus éventuel de mise en place d'un tel système sera nécessairement long, ce qui peut être incompatible avec le caractère urgent du projet de la CNUDCI. C'est pourquoi une approche générale "unimodale plus" ne semble pas à l'heure actuelle pouvoir se substituer aux articles 4.2.1 et 4.2.2 du projet. Pour les Pays-Bas, toutefois, cette approche n'est pas non plus en contradiction avec les propositions mentionnées aux paragraphes 138 à 185 du document WP.29. Par conséquent, l'adoption de l'une de ces propositions pour le projet de la CNUDCI n'exclut pas qu'un système fondé sur cette approche, une fois qu'il aura recueilli un appui suffisant en tant que solution pour le transport multimodal dans son ensemble, puisse être intégré ultérieurement au projet, au moyen, par exemple, d'un protocole additionnel. Les Pays-Bas estiment que le contenu d'un tel protocole ne devrait pas nécessairement avoir d'incidence sur l'une quelconque des propositions susmentionnées si elle était adoptée.

Annexe 1

Caractéristiques d'autres conventions

30. Convention de Varsovie

En vertu de son article 1.1, cette convention ne s'applique pas à un contrat mais à un mode de transport: "tout transport international de … marchandises, effectué par aéronef …". Cependant, dès le paragraphe suivant, (art. 1.2), le transport international est défini comme "tout transport dans lequel, d'après les stipulations des Parties, le point de départ et le point de destination … sont situés sur le territoire de deux Hautes Parties Contractantes". Et à l'article 5.2, il est dit que "l'absence … de [lettre de transport aérien] n'affecte ni l'existence, ni la validité du contrat de transport qui n'en sera pas moins soumis aux règles de la présente Convention".

Il en résulte que la Convention de Varsovie s'applique aussi aux contrats de transport aérien. En ce qui concerne les aspects multimodaux, les dispositions de la Convention de Varsovie, d'après l'article 31, ne s'appliquent qu'à la partie aérienne d'un transport, mais il est expressément autorisé d'insérer dans le titre de transport aérien des conditions relatives à d'autres modes de transport.

La période de responsabilité du transporteur est celle pendant laquelle les marchandises se trouvent sous sa garde. Cette période est, dans une mesure limitée, expressément étendue au transport terrestre: l'article 18.3 dispose qu'en cas de transport effectué en dehors d'un aérodrome en vue du chargement, de la livraison ou du transbordement, tout dommage est présumé résulter d'un événement survenu pendant le transport aérien. La Convention ne fixe pas de limite géographique à ces "opérations de ramassage et de livraison".

S'agissant des questions autres que celles relatives à la responsabilité, les articles 12 à 14 de la Convention de Varsovie traitent du droit de l'expéditeur et du destinataire de disposer de la marchandise pendant le transport, y compris du droit de livraison.

31. Convention de Montréal

Cette convention ne modifie pas sensiblement le système de la Convention de Varsovie. Il y a, cependant, un élément nouveau, à savoir la fiction juridique qui doit sanctionner la pratique existante selon laquelle, du moins en Europe, de nombreux "transports aériens de marchandises" (dans l'entente conclue entre les parties comme étant le transport aérien) sont en réalité effectués par route. L'article 18.4 prévoit que s'il est fait sans le consentement de l'expéditeur, un tel transport est considéré comme faisant partie de la période du transport aérien.

En outre, la Convention de Montréal traite de questions contractuelles autres que celles relatives à la responsabilité de manière un peu plus approfondie que la Convention de Varsovie.

32. Règles de La Haye-Visby

Le champ d'application de cette convention se limite aux contrats de transport maritime, et ce, à condition que le contrat soit constaté par un connaissement. Cette convention ne traite que de manière limitée de questions autres que celles relatives à la responsabilité.

33. Règles de Hambourg

Cette convention s'applique aux contrats de transport par mer. Si un contrat prévoit un transport par mer et par d'autres modes de transport, la Convention ne s'applique qu'à l'étape maritime du transport.

Les questions autres que celles relatives à la responsabilité reçoivent un peu plus d'attention que dans les Règles de La Haye-Visby.

Il convient de noter que les Règles de Hambourg contiennent à l'article 25.4 une disposition relative au conflit de conventions:

> "Aucune disposition de la présente Convention n'interdit à un État contractant d'appliquer une autre convention internationale qui est déjà en vigueur à la date de la présente Convention et qui s'applique à titre obligatoire à des contrats de transport portant essentiellement sur un mode de transport autre que le transport par mer. Cette disposition s'applique également à toute révision ou modification ultérieure de ladite convention internationale."

En d'autres termes, si un contrat auquel s'applique une autre convention de transport comprend une étape maritime et que le transport par mer n'est pas le mode principal de cette convention, l'application de cette dernière à l'étape maritime, à la place des Règles de Hambourg est autorisée.

34. CMR

Cette convention s'applique expressément "à tout contrat de transport de marchandises par route … au moyen de véhicules, lorsque le lieu de la prise en charge de la marchandise et le lieu prévu pour la livraison, tels qu'ils sont indiqués au contrat, sont situés dans deux pays différents …".

Si le véhicule routier pour transporter les marchandises qu'il contient n'emprunte pas son infrastructure normale, à savoir la route, mais utilise un autre type d'infrastructure, tel qu'un navire pour traverser une mer ou un train pour franchir un tunnel, la CMR reste applicable. L'article 2 prévoit cependant une règle particulière pour l'étape du transport que le véhicule effectue en empruntant une autre infrastructure.

Pas plus que les Règles de La Haye-Visby la CMR ne fait pas référence à un transport précédant ou suivant l'étape effectuée par le véhicule routier. Au lieu de cela, le Protocole de signature dispose, à propos de l'article 1.4 (qui énonce les types de transport routier exclus de la Convention), que "les soussignés s'engagent à négocier les conventions sur le contrat de … et le contrat de transport combiné".

En outre, la CMR contient plusieurs dispositions relatives à des questions contractuelles autres que la responsabilité pour perte, avarie ou retard à la livraison de la marchandise.

35. COTIF-CIM 1980

D'après l'article 1.1 de cette convention, les 'Règles uniformes' (c'est-à-dire les dispositions de la CIM) s'appliquent à tous les envois de marchandises remis au transport avec une lettre de voiture directe établie pour un parcours empruntant les territoires d'au moins deux États et comprenant exclusivement des lignes inscrites sur la liste de la CIM, tenue par l'Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires (OTIF). L'existence d'une lettre de voiture,

qui contient toute sorte de détails contractuels, est une condition de l'applicabilité des dispositions de la CIM.

Conformément à l'article 2.2 de la Convention COTIF de 1980, les dispositions de la CIM "peuvent aussi s'appliquer au trafic international en transit qui inclut, en complément du transport ferroviaire, des services par route, par mer et par voie de navigation intérieure", ce qui signifie que les États parties à la COTIF de 1980 peuvent décider que les dispositions de la CIM s'appliquent à d'autres modes de transport qui précédent ou suivent l'étape ferroviaire du transport de marchandises.

En outre, il ressort des articles 1.2 et 48.1 de la CIM que les États peuvent aussi inscrire les lignes de navigation sur la liste CIM susmentionnée. Ces lignes sont donc elles aussi régies par la convention, mais on peut demander que leur soit appliqué un régime particulier, qui comprend les principales exonérations des Règles de La Haye-Visby. Certaines lignes de navigation ont tiré parti de cette possibilité de s'inscrire sur la liste de la CIM.

On peut en conclure que la COTIF-CIM de 1980 suit une approche strictement contractuelle et prévoit la possibilité d'étendre les dispositions de la CIM à un transport autre que ferroviaire ("rail plus").

En outre, la COTIF-CIM de 1980 contient de nombreuses dispositions autres que celles relatives à la responsabilité du transporteur en cas de perte, d'avarie ou de retard à la livraison de la marchandise.

36. COTIF-CIM 1999

Cette convention présente quelques différences frappantes par rapport à la COTIF-CIM de 1980. Premièrement, elle s'applique aussi expressément aux contrats de transport international ferroviaire, mais son applicabilité n'est plus subordonnée à l'existence d'une lettre de voiture. Si le système de liste est maintenu, il ne l'est plus pour les compagnies ferroviaires, mais uniquement pour les services de transport maritime et de transport par voie de navigation intérieure internationale précédant ou suivant le transport ferroviaire, qui devraient être soumis à ces dispositions de la convention. En ce qui concerne ces services maritimes, de nouveau, un régime spécial peut s'appliquer, mais le nombre d'exonérations pour le transporteur maritime est sensiblement réduit.

La convention, cependant, s'applique directement au transport multimodal. L'article 1.2 dispose: "Lorsqu'un transport international faisant l'objet d'un contrat unique inclut, en complément au transport transfrontalier ferroviaire, un transport par route ou par voie de navigation intérieure en trafic intérieur d'un État membre, les présentes Règles uniformes s'appliquent."

Cela signifie que la COTIF-CIM de 1999 applique même de façon impérative, le principe "rail plus", mais uniquement pour le transport national par route ou par voie de navigation intérieure. Enfin, la COTIF-CIM de 1999 contient encore de nombreuses dispositions autres que celles relatives à la responsabilité du transporteur.

37. Convention de Budapest (CMNI)

Cette convention s'applique aux contrats de transport international de marchandises en navigation intérieure. Elle ne contient pas de dispositions relatives au transport par d'autres modes.

De par sa nature, le transport doit être effectué à bord d'un bateau, mais la convention s'applique indifféremment aux bateaux destinés à la navigation maritime ou à la navigation intérieure. Cette absence de distinction entre les types de bateaux rend nécessaire une disposition relative au conflit de conventions. L'article 2.2 prévoit que si un transport international de marchandises, sans transbordement d'un bateau destiné à la navigation intérieure à un bateau destiné à la navigation maritime (ou vice-versa), est effectué à la fois sur des voies d'eau intérieures et "sur des eaux soumises à une réglementation maritime", la Convention de Budapest s'applique, sauf si "a) un connaissement maritime a été établi conformément au droit maritime applicable, ou si b) la distance à parcourir sur les eaux soumises à une réglementation maritime est la plus longue".

La convention contient aussi des dispositions traitant d'aspects contractuels autres que la responsabilité du transporteur en cas de perte, d'avarie ou de retard à la livraison de la marchandise.

38. Convention multimodale de 1980

Cette convention s'applique clairement à certains contrats: le transport doit être international et effectué par au moins deux modes de transport différents en vertu d'un contrat multimodal unique. Sont expressément exclus de la définition du transport multimodal, à l'article 1.1, les opérations de ramassage et de livraison des marchandises effectuées en exécution d'un contrat de transport unimodal.

En outre, l'article 30.4 dispose que le transport auquel s'applique l'article 2 de la CMR (véhicule routier transporté par mer ou chemin de fer) ou l'article 2 de la Convention de Berne du 17 février 1970, concernant le transport de marchandises par chemins de fer (à savoir les lignes de transport routier ou par bateau complémentaire d'un transport ferroviaire inscrites sur les listes) n'est pas considéré comme un transport multimodal au sens de la Convention multimodale.

Cette convention ne contient que dans une mesure limitée des dispositions autres que celles relatives à la responsabilité du transporteur.

Annexe 2

Variante possible des articles 1.1 et 2 de la CMR, simplement pour illustrer comment pourrait fonctionner le système "unimodal plus". Il faudrait modifier de la même façon toute autre convention unimodale pour harmoniser les dispositions relatives au champ d'application et inclure une disposition identique sur le conflit de conventions.

Disposition relative aux définitions

39. Le terme "contrat de transport" désigne un contrat par lequel un transporteur s'engage, contre paiement d'un fret, à transporter des marchandises par [route] [véhicule routier] d'un lieu situé dans un État à un lieu situé dans un autre État et peut comporter un transport par d'autres [modes] [moyens] de transport avant et/ou après l'étape routière du transport. Si le véhicule contenant les marchandises est transporté par mer, chemin de fer, voie navigable intérieure ou air sur une partie du parcours, sans rupture de charge, cette partie est considérée comme un transport par [route] [véhicule routier] aux fins de la présente convention".

Le point essentiel de cette disposition est que l'étape routière du transport (qui peut comporter une étape pendant laquelle le véhicule routier est transporté par un autre mode de transport) est internationale. La partie du transport effectuée avant et/ou après par d'autres moyens de transport peut être nationale ou internationale.

Disposition relative au champ d'application

40. "La présente Convention s'applique à tous les contrats de transport lorsque

a) le lieu de réception des marchandises spécifié dans le contrat de transport est situé dans un État contractant, ou

b) [le lieu où commence ou s'achève l'étape routière du transport est situé dans un État contractant, ou]

c) le lieu de livraison des marchandises spécifié dans le contrat de transport est situé dans un État contractant, [quels que soient le lieu de résidence et la nationalité des parties au contrat de transport.]"

Cette disposition suit la disposition relative au champ d'application que l'on trouve généralement dans les conventions de transport.

Disposition relative au conflit de conventions

41. "Si, en application des dispositions qui précèdent et des dispositions correspondantes d'une autre convention régissant la relation entre les parties à un contrat de transport, plusieurs conventions peuvent être applicables à ce contrat, les parties doivent indiquer dans ce dernier quelle convention s'applique. Elles ne sont pas autorisées à indiquer que plusieurs conventions s'appliquent en totalité ou en partie.

Si les parties ont indiqué dans leur contrat de transport quelle convention s'applique à ce dernier, aucune autre convention qui, selon ses termes, aurait pu s'appliquer, ne s'applique audit contrat.

Si les parties n'indiquent pas dans leur contrat de transport quelle convention s'applique à ce dernier, la convention qui, selon ses termes, s'y applique et qui couvre l'étape du voyage géographiquement la plus longue, s'applique audit contrat. Dans ce cas, cependant, toute disposition d'une telle convention qui limite la responsabilité du transporteur à un certain montant monétaire par kilogramme ou par colis ne s'applique pas et toute clause contractuelle prévoyant une telle limitation est nulle et non avenue."

Si le transport précédent ou suivant est un transport international, il est possible que plusieurs conventions soient, de par leurs termes, applicables. Il appartient alors aux parties de choisir celle qui s'applique. La sanction du transporteur perdant son droit de limiter sa responsabilité est considérée comme une incitation suffisante pour faire un tel choix.

Naturellement, ce système d'acceptation expresse ne fonctionnera que si toutes les conventions unimodales susceptibles d'être applicables contiennent cette disposition.

E. Document de travail sur l'élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [par mer]: proposition des États-Unis d'Amérique, présentée au Groupe de travail sur le droit des transports à sa douzième session

(A/CN.9/WG.III/WP.34) [Original: Anglais]

En vue de la douzième session du Groupe de travail III (Droit des transports), durant laquelle ce dernier devrait entamer sa deuxième lecture d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [par mer] en se fondant sur une note du Secrétariat (A/CN.9/WG.III/WP.32), le Gouvernement des États-Unis d'Amérique a présenté, le 11 juillet 2003, le texte d'une proposition concernant 10 aspects de ce projet d'instrument afin que le Groupe de travail l'examine. On trouvera en annexe à la présente note la traduction de ce texte tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.

Annexe. Proposition des États-Unis d'Amérique

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
	Introduction	1-4
I.	Champ d'application et parties exécutantes	5-9
II.	Limites de responsabilité prévues dans les Règles de La Haye-Visby/procédure de modification	10-12
III.	Exonérations de responsabilité, faute nautique et charge de la preuve	13-17
IV.	Accords de services réguliers de transport maritime	18-29
	A. Qu'est-ce qu'un accord de services réguliers de transport maritime?	19-22
	B. Traitement au chapitre 17 plutôt qu'au chapitre 3 du projet d'instrument	23-28
	C. Recommandation	29
V.	Élection du for	30-35
	A. Règle générale	30-33
	B. Exceptions à la règle générale dans les cas où entrent en jeu des accords de services réguliers de transport maritime	34-35
VI.	Réserves	36
VII.	Déroutement	37-38
VIII.	Retard	39-40
IX.	Contrats mixtes et arrangements conclus par l'agent du chargeur	41
X.	Fausse déclaration du chargeur	42-43

Introduction

1. Les États-Unis d'Amérique se félicitent de la nouvelle initiative de la CNUDCI visant à promouvoir la cause de l'harmonisation du droit international des transports. Nous remercions également le Comité maritime international (CMI) pour sa contribution dans ce domaine.

2. Aux neuvième, dixième et onzième sessions du Groupe de travail III, les représentants et les observateurs ont examiné, une à une, les dispositions du projet d'instrument[1]. Cet examen a été très utile et les États-Unis accueillent avec intérêt toutes les vues constructives que les participants ont exprimées à cette occasion afin de faire avancer le projet. Nous pensons que le moment est maintenant venu, toutefois, de reconnaître que les questions controversées ne peuvent être résolues séparément. Pour achever le présent projet avec succès, il faudra trouver des compromis commerciaux dans lesquels les différents secteurs concernés ne pourront chacun atteindre qu'une partie de leurs objectifs généraux.

3. Aux États-Unis, nous avons consulté des représentants des principaux secteurs concernés. Ceux-ci ont participé activement au processus de négociation afin de parvenir à un compromis commercial qui puisse être généralement acceptable pour toutes les parties intéressées. La présente proposition, qui se fonde sur les résultats de ce processus, a pour but de régler les principaux points contestés de manière globale. Nous sommes d'avis qu'une convention inspirée de cette proposition globale favorisera l'efficacité et l'uniformité dans le commerce international.

4. La proposition porte sur 10 questions importantes qu'il faudrait aborder dans toute convention future. Elle devrait toutefois être considérée comme un tout indissociable. Elle constitue un équilibre délicat entre différents droits et intérêts. Cela ne signifie pas que les États-Unis ne souhaitent pas débattre de tel ou tel aspect de la proposition mais simplement qu'en changeant un de ses aspects, on devra peut-être en reconsidérer et modifier d'autres pour préserver cet équilibre qui, selon nous, est nécessaire pour mener à bonne fin une réforme bien nécessaire. Chacun des principaux secteurs commerciaux intéressés a déjà fait d'énormes concessions pour parvenir à la position de compromis décrite ici.

I. Champ d'application et parties exécutantes

5. Dans leur proposition globale, les États-Unis sont favorables à un régime porte à porte s'appuyant sur un système de responsabilité uniforme entre cocontractants, sauf dans certains cas où serait appliqué un système de réseau limité. Ainsi, la responsabilité du transporteur contractant envers les chargeurs serait toujours déterminée conformément aux dispositions de droit matériel sur la responsabilité prévues dans l'instrument (y compris les dispositions concernant les limitations et exonérations) sauf lorsque le principe du réseau s'applique en leur lieu et place. Pour assurer le plus haut degré d'uniformité possible, nous limiterions cette exception autant que faire se peut. Pour les États-Unis, l'exception entraînant l'application d'un système de réseau limité prévue à l'article 4.2.1 du projet d'instrument serait acceptable.

---

[1] Les mots "projet d'instrument" employés dans la présente proposition désignent le projet d'instrument sur le droit des transports figurant en annexe au document A/CN.9/WG.III/WP.21.

6. Outre qu'il établit le régime de responsabilité entre le transporteur contractant et les chargeurs, l'instrument devrait énoncer les règles de fond régissant la responsabilité des "parties exécutantes maritimes", en d'autres termes les parties qui exécutent ou s'engagent à exécuter les obligations du transporteur contractant pour l'étape du transport où les marchandises voyagent de port à port. Il s'agirait en l'occurrence, par exemple, des transporteurs maritimes, des transporteurs proposant des services feeder, des manutentionnaires portuaires et des exploitants de terminaux maritimes.

7. En ce qui concerne d'autres parties exécutantes, l'instrument ne devrait pas créer de nouveaux droits d'action ni supprimer de droits d'action existants. Par exemple, la responsabilité d'un transporteur intérieur (par exemple, un camionneur ou un transporteur ferroviaire) devrait se fonder sur le droit en vigueur. Dans certains pays, il peut s'agir d'une convention unimodale régionale telle que la CMR, dans d'autres, d'une législation interne impérative ou non sur le transport intérieur ou du droit généralement applicable en matière de responsabilité extracontractuelle. Dans certains pays, il se peut que les chargeurs ne soient pas autorisés à agir contre les parties exécutantes d'un transport intérieur. En maintenant le statu quo dans ce domaine, on préserverait évidemment tout droit qu'une partie exécutante d'un transport intérieur peut avoir, en vertu de la législation nationale applicable, d'invoquer une clause Himalaya pour se prévaloir des droits que l'instrument confère au transporteur contractant. L'instrument ne devrait ni renforcer ni affaiblir les droits existants.

8. Pour appliquer la présente proposition concernant les parties exécutantes, les États-Unis sont favorables à l'adoption de la définition de "partie exécutante" qui est proposée au paragraphe 16 du commentaire sur le projet d'instrument. La définition figurant à l'article 1.17, qui exige la manutention "physique" de la cargaison, est trop restrictive. Une définition un peu plus large faisant référence à une partie qui "s'acquitte ou s'engage à s'acquitter" des obligations du transporteur contractant conviendrait mieux. Une partie qui s'engage à exécuter une portion du transport mais qui, par la suite, ne remplit pas du tout son engagement, ne devrait pas être favorisée par rapport à une partie dans une situation similaire qui tente de s'acquitter de ses obligations de bonne foi mais échoue par négligence. De plus, étant donné que le caractère restrictif de la définition s'explique par le souci de ne pas imposer de responsabilité aux parties exécutantes d'un transport intérieur qui ne manutentionnent pas physiquement les marchandises, nous proposons pour répondre à ce souci d'exclure toutes les parties exécutantes d'un transport intérieur du champ d'application des dispositions sur la responsabilité prévues dans l'instrument.

9. *Recommandations*: Pour appliquer cet aspect de la proposition, il faudrait modifier l'article 1.17 du projet d'instrument dans le sens proposé au paragraphe 16 du commentaire. Une définition supplémentaire indiquant qui sont les parties exécutantes "maritimes" devrait être ajoutée. Les articles 6.3.1 et 6.3.2 b) du projet d'instrument devraient être revus de sorte que l'instrument crée un droit d'action direct contre les parties exécutantes maritimes seulement. L'article 6.3.3 devrait être amendé de sorte que la protection automatique conférée par la clause Himalaya ne soit étendue qu'aux parties exécutantes maritimes assumant une responsabilité en vertu de l'instrument.

II. Limites de responsabilité prévues dans les Règles de La Haye-Visby/procédure de modification

10. Les limites de responsabilité seront un élément fondamental de tout nouvel instrument régissant la responsabilité dans le transport de marchandises. Pour l'instant, l'article 6.7.1 est incomplet: il n'indique pas les limites applicables, des blancs ayant été laissés pour les chiffres qui seront insérés ultérieurement. Dans leur proposition globale, les États-Unis sont favorables à ce que les limites par colis et par unité de poids fixées dans les Règles de La Haye-Visby (à savoir 666,67 DTS par colis ou 2 DTS par kilogramme) soient reprises dans l'article 6.7.1. Nous pensons que les limites actuellement prévues dans les Règles de La Haye-Visby constituent un juste équilibre entre les différents intérêts. Les chargeurs sont raisonnablement assurés de recouvrer leurs créances, car l'immense majorité d'entre elles entrent dans les limites fixées[2]. Les transporteurs bénéficient du degré de prévisibilité raisonnable dont ils ont besoin pour leurs calculs en matière d'assurance et de risque.

11. Afin que le nouvel instrument ne devienne pas obsolète au fil des années, toutefois, les États-Unis proposent qu'il comporte également une procédure pouvant être utilisée pour actualiser les limites de responsabilité prévues. Dans leur proposition globale, les États-Unis sont partisans d'une procédure dont les modalités seraient les suivantes: i) les limites ne pourraient être modifiées pendant une période de sept ans à compter de la date d'entrée en vigueur de l'instrument ou de la date de leur dernière modification; ii) avant que tout changement ne soit envisagé, une majorité des parties à l'instrument doit présenter une proposition de modification pour examen par toutes les parties; iii) un vote des deux tiers des parties serait exigé pour la modification des limites; iv) les limites en vigueur ne pourraient être relevées ou abaissées de plus de 21 % en une seule fois et, au total, ne pourraient être relevées de plus de 100 % cumulativement par rapport aux limites initialement fixées; et v) toute modification prendrait effet un an après la date à laquelle elle a été approuvée.

12. En prévoyant une procédure de modification comme celle décrite ci-dessus, on permettrait au nouvel instrument de rester un document "vivant" et on éviterait ainsi la difficulté d'avoir à renégocier un traité entièrement nouveau uniquement pour actualiser les limites de responsabilité dans l'avenir. La procédure proposée ne permettrait cependant pas l'ajustement automatique des limites. Elle garantirait en revanche la prévisibilité, car les limites fixées resteraient inchangées pendant au moins huit ans. Elle ne permettrait pas que quelques parties seulement présentent une proposition d'actualisation et exigerait un vote des deux tiers pour qu'une modification puisse être adoptée. En outre, elle fixe un plafond que ne doit pas dépasser la modification susceptible d'être adoptée. Nous pensons que cette procédure est un moyen équilibré de déterminer le montant de la responsabilité du transporteur à appliquer dans l'avenir.

---

[2] Non seulement l'immense majorité des créances entrent dans les limites fixées par les Règles de La Haye-Visby, mais leur montant moyen est également bien inférieur à ces limites. En 2001 (année la plus récente pour laquelle on dispose de données), la valeur moyenne des marchandises expédiées à destination ou à partir des États-Unis s'élevait à 0,44 DTS par kilogramme. En outre, la disposition sur les conteneurs (que reprend l'article 6.7.2 du projet d'instrument) a pour effet, dans la pratique, d'assurer que tous les "colis" transportés dans des conteneurs, à l'exception des plus exceptionnels, valent moins de 666,67 DTS.

III. Exonérations de responsabilité, faute nautique et charge de la preuve

13. Dans leur proposition globale, les États-Unis sont partisans de conserver tels quels pour l'essentiel la plupart des cas d'exonération de responsabilité du transporteur prévus à l'article 4-2 des Règles de La Haye et des Règles de La Haye-Visby. Le seul cas d'exonération qui devrait être supprimé est la faute nautique prévue à l'article 4-2 a) des Règles de La Haye et des Règles de La Haye-Visby (et à l'article 6.1.2 a) du projet d'instrument). Nous serions également favorables à ce que l'exception relative à l'incendie prévue à l'article 4-2 b) des Règles de La Haye et des Règles de La Haye-Visby soit reformulée de sorte que l'extension du champ d'application du nouvel instrument au transport de porte à porte (alors que les Règles de La Haye et les Règles de La Haye-Visby régissent le transport de palan à palan) n'élargisse pas la portée de cette exception.

14. Les exceptions énoncées dans l'instrument devraient exonérer un transporteur de responsabilité et non constituer une simple présomption d'absence de faute de la part de celui-ci. Ces deux approches ne diffèrent pas vraiment dans la pratique. Même dans le régime d'exonération prévu par les Règles de La Haye et les Règles de La Haye-Visby, un transporteur est déchu du droit d'invoquer une exception si les chargeurs peuvent prouver qu'il a commis une faute. Ce régime fonctionne donc, dans la pratique, comme un système de présomption. Nous préférons toutefois que les exceptions énumérées dans l'instrument constituent un régime d'exonération de responsabilité afin que leur application soit plus prévisible et plus uniforme, étant donné la jurisprudence importante à laquelle ont déjà donné lieu les traités existant en matière de responsabilité dans le transport de marchandises qui considèrent ces exceptions comme exonérant le transporteur de responsabilité.

15. Bien que les États-Unis soient favorables à la suppression de l'exception de la faute nautique, nous pensons que cette modification pose problème compte tenu de la répartition actuelle de la charge de la preuve. Si l'on adopte la répartition proposée dans la première variante de l'article 6.1.4 du projet d'instrument, qui est conforme à la législation en vigueur dans de nombreux pays (comme l'explique le paragraphe 89 du commentaire), la suppression de cette exception aura très probablement pour effet involontaire d'empêcher le transporteur de se prévaloir des exceptions prévues par la loi dans toute affaire où il pourrait exciper de la faute nautique de façon plausible. La deuxième variante de l'article 6.1.4, qui est expliquée plus en détail aux paragraphes 90 et 91 du commentaire, résout ce problème. Elle offre en outre un moyen plus équilibré et plus efficace de traiter les cas de faute partielle du transporteur ainsi que les situations où il est difficile de déterminer l'étendue de sa faute et les exonérations applicables.

16. *Recommandation*: Pour appliquer cet aspect de la proposition, il faudrait remplacer les articles 6.1.2 et 6.1.3 du projet d'instrument par un texte presque identique à celui de l'article 4-2 c) à q) des Règles de La Haye et des Règles de La Haye-Visby. On devrait en outre reformuler l'article 6.1.4 en s'inspirant de la deuxième variante. Enfin, l'exception relative à l'incendie devrait être libellée en gros de la manière suivante:

> "Ni un transporteur maritime ni un navire n'est responsable de la perte ou du dommage résultant d'un incendie à bord d'un navire, à moins qu'il n'ait été causé par le fait ou la faute du transporteur maritime, s'agissant d'un incendie à bord d'un navire qui est fourni. Le transporteur n'est pas responsable de la

perte ou du dommage résultant d'un incendie à bord d'un navire à moins qu'il n'ait été causé par le fait ou la faute du transporteur."

17. Cette disposition introduit le terme "transporteur maritime", qui pourrait être défini comme désignant "une partie exécutante qui est propriétaire, exploitant ou affréteur d'un navire utilisé dans le transport de marchandises par mer".

IV. Accords de services réguliers de transport maritime

18. Une question importante aux États-Unis (et, selon nous, dans d'autres pays aussi) est de savoir comment l'instrument devrait traiter certains accords spécialisés et adaptés qui sont négociés entre chargeurs et transporteurs pour des services de lignes maritimes. Dans leur proposition globale, les États-Unis pensent que l'instrument devrait régir ce type d'accord, que nous appellerons ici "accord de services réguliers de transport maritime", à moins que les cocontractants ne conviennent expressément de déroger à tout ou partie de ses dispositions. Une décision de dérogation ne lierait toutefois que ces mêmes cocontractants. Les avis diffèrent, aussi bien aux États-Unis qu'au niveau international, quant à la possibilité de déroger uniquement aux dispositions de l'instrument relatives aux limites de responsabilité. Le point de vue des États-Unis est néanmoins que les parties à un accord de services réguliers de transport maritime devraient être en mesure de déroger à n'importe quelle disposition de l'instrument.

A. Qu'est-ce qu'un accord de services réguliers de transport maritime?

19. Les accords de services réguliers de transport maritime sont de plus en plus utilisés dans de nombreux échanges internationaux depuis que les États-Unis ont modifié leur réglementation concernant le secteur des transports maritimes de ligne en 1984 et 1998 pour permettre la négociation de contrats de services de ligne avec mise en concurrence. De ce fait, un volume considérable de marchandises de ligne emprunte aujourd'hui, dans le cadre de ce type de contrat, de nombreuses routes commerciales internationales.

20. Les accords de services réguliers de transport maritime sont utilisés exclusivement pour des services de ligne et non pour le transport privé ou industriel utilisant des services de vraquier, de navire-citerne, de néovraquier ou d'autres services non réguliers. En tant que tels, ils se distinguent des chartes-parties et des contrats de transport au volume (mentionnés au chapitre 3 de l'instrument), qui sont utilisés pour des services non réguliers.

21. Le terme "service de ligne" est bien compris dans tous les secteurs. Il s'agit d'un service utilisé pour le transport de marchandises diverses dans le cadre d'échanges établis et réguliers entre plusieurs ports spécifiés. Contrairement au navire de transport privé, un navire de ligne assure la desserte de ports suivant un horaire publié en effectuant des escales régulières, qu'il ait ou non une cargaison à transporter. En règle générale, le service de ligne fait l'objet d'une publicité et peut être utilisé par tous les clients ayant une cargaison susceptible d'être transportée sur les navires et au moyen des services fournis par le transporteur.

22. Pour que des contrats soient considérés comme des accords de services réguliers de transport maritime dans l'instrument, ils devraient présenter les caractéristiques suivantes: 1) Ils sont conclus par écrit (ou par des moyens électroniques comparables), mais non sous la forme d'un connaissement ou d'un

document de transport émis au moment où le transporteur ou une partie exécutante reçoit les marchandises; 2) ils sont utilisés pour des services de ligne; 3) ils comportent une obligation de service de la part du transporteur, non imposée par ailleurs aux transporteurs dans l'instrument (par exemple, l'obligation d'assurer de façon appropriée la réception, le chargement, l'arrimage, le transport et la livraison de la cargaison); 4) le chargeur convient de remettre un volume de marchandises qui seront transportées par expéditions successives (en d'autres termes, le contrat couvre plusieurs expéditions); et 5) le chargeur et le transporteur négocient des taux et des tarifs sur la base du volume de marchandises et des services qu'ils se sont engagés à fournir respectivement.

B. Traitement au chapitre 17 plutôt qu'au chapitre 3 du projet d'instrument

23. Les États-Unis pensent que, d'une manière générale, toutes les expéditions effectuées dans le cadre d'accords de services réguliers de transport maritime devraient être régies par l'instrument, sauf si les parties conviennent expressément de déroger à toutes les dispositions dudit instrument ou à certaines d'entre elles. Ainsi, la majorité des marchandises transportées conformément à ces accords sera soumise à l'instrument, sauf volonté contraire expresse des cocontractants. Une décision de déroger aux dispositions de l'instrument ne liera que les parties aux accords de services réguliers de transport maritime. Ainsi, lorsqu'un connaissement ou un autre document de transport est émis pour une expédition effectuée conformément à ce type d'accord, toute personne qui est partie à ce connaissement ou à ce document de transport ou qui le détient, mais qui n'est pas également partie à l'accord, ne serait pas liée par une décision de déroger aux dispositions de l'instrument.

24. Le fait d'autoriser les parties à s'entendre sur des conditions spécialisées accroît l'efficacité et favorise l'offre de services mieux adaptés aux besoins des entreprises internationales. Près de 20 années d'expérience ont montré que ni les transporteurs ni les chargeurs ne sont dans une position particulièrement défavorable pour négocier les conditions de base du transport. En fait, les parties à un accord de services réguliers de transport maritime concluent souvent ce type de contrat pour mettre en place une relation de transport sur mesure qui tienne compte de leurs besoins commerciaux.

25. Si les accords de services réguliers de transport maritime sont traités au chapitre 3 et exclus du champ d'application de l'instrument par l'article 3.3.1, des milliers de navires de ligne et un volume considérable de marchandises échapperaient aux dispositions de l'instrument, sauf si les parties concluaient un contrat qui incorporerait ce dernier sous forme de stipulation contractuelle. Les États-Unis sont fermement opposés à cette solution. Nous pensons que l'instrument devrait être la norme qui s'applique automatiquement au transport de porte à porte dans les relations entre le chargeur et le transporteur pour les expéditions effectuées conformément à ces accords. Toutefois, pour les besoins du commerce, il devrait être loisible aux parties commerciales de modeler leurs accords de transport comme bon leur semble et, notamment, de convenir de déroger à l'instrument.

26. On a exprimé la crainte que cette disposition ne soit injuste pour les petits chargeurs. Dans la pratique, cela n'a pas été le cas en ce qui concerne la possibilité pour ceux-ci de conclure des contrats de services de ligne et d'en négocier les tarifs et les conditions. De plus, si un chargeur n'est pas satisfait du résultat d'une

négociation, il peut choisir de ne pas conclure le contrat et expédier sa cargaison aux tarifs ou aux prix standard habituellement pratiqués par les transporteurs de ligne ou bien faire appel à un transporteur concurrent. La disponibilité de ces prix et tarifs standard et l'offre constante d'autres services compétitifs distinguent également le transport de ligne des autres formes de transport maritime.

27. Il est intéressant de constater que, contrairement aux traités sur le transport de passagers et de bagages, qui concernent avant tout les transporteurs et les consommateurs, l'instrument traitera presque exclusivement d'entreprises qui connaissent bien les règles des échanges internationaux. Les acheteurs et les vendeurs de marchandises doivent avoir des connaissances de base en matière commerciale pour s'occuper de commandes et de conventions de vente, de logistique, de transferts de propriété, d'emballage, de droits de douane, de sécurité, de lettres de crédit et d'autres documents financiers, de garanties et d'assurance. Ces parties devraient aussi être en mesure de négocier des clauses de responsabilité spéciales dans le cadre d'un arrangement contractuel particulier de transport si elles le souhaitent.

28. Enfin, en raison d'un problème posé par la législation américaine, qui interdit effectivement aux transporteurs non exploitants de navires (NVOCC) de conclure avec leurs clients des accords de services réguliers de transport maritime, nous sommes disposés à répondre à certaines préoccupations exprimées par ces transporteurs pour éviter qu'ils ne soient indûment défavorisés. En particulier, il serait acceptable d'insérer une disposition interdisant aux transporteurs maritimes de conclure avec des NVOCC des accords de ce type qui fixeraient des limites de responsabilité inférieures au standard prévu dans l'instrument.

C. Recommandation

29. Pour appliquer cet aspect de la proposition, il faudrait amender l'article 17 afin de donner aux parties à un accord de services réguliers de transport maritime la liberté de modifier les dispositions de l'instrument relatives à la responsabilité comme cela est expliqué plus haut. De plus, il faudrait définir dans l'instrument le terme "accord de services réguliers de transport maritime " comme suit:

a) Le terme "accord de services réguliers de transport maritime " désigne un contrat écrit (ou sous forme électronique), autre qu'un connaissement ou un autre document de transport émis au moment où le transporteur ou une partie exécutante reçoit les marchandises, entre un ou plusieurs chargeurs et un ou plusieurs transporteurs, dans lequel le ou les transporteurs conviennent de s'acquitter d'un engagement significatif de service en vue du transport par mer (qui peut également comprendre un transport intérieur et des services connexes) d'un volume minimum de cargaison par expéditions successives sur des navires utilisés pour un service de ligne, le ou les chargeurs convenant en échange de payer un tarif négocié et de remettre un volume minimum de cargaison;

b) Aux fins du paragraphe a), le terme "engagement significatif de service" désigne un engagement ou une obligation de service dont un transporteur n'est pas déjà tenu impérativement de s'acquitter en vertu du présent instrument;

c) Aux fins du paragraphe a), le terme "service de ligne" désigne un service de transport maritime de marchandises faisant l'objet d'une publicité pour

lequel sont utilisés des navires transportant des cargaisons diverses dans le cadre d'échanges établis et réguliers entre plusieurs ports spécifiés;

d) Un "accord de services réguliers de transport maritime " n'inclut pas l'affrètement d'un navire ni l'affrètement d'espaces ou de capacité sur un navire de ligne.

V. Élection du for

A. Règle générale

30. Dans leur proposition globale, les États-Unis pensent que l'instrument devrait limiter le choix du for où pourra être engagée une procédure judiciaire ou arbitrale à certains lieux raisonnables. D'une manière générale, une approche s'inspirant pour l'essentiel de celle qui est suivie dans les Règles de Hambourg serait acceptable, mais deux modifications principales seraient nécessaires. Premièrement, les Règles de Hambourg donnent au "demandeur" le choix entre les différents fors spécifiés, laissant ainsi la possibilité à un transporteur (défendeur potentiel dans une action intentée pour dommage subi par les marchandises) d'agir en demande pour obtenir une déclaration de non-responsabilité et donc de devancer le demandeur lésé dans le choix du for qui revient à ce dernier à juste titre. Deuxièmement, la liste des fors raisonnables devrait être la suivante:

i) le lieu où les marchandises sont initialement reçues de l'expéditeur par le transporteur ou par une partie exécutante, ou le port dans lequel les marchandises sont initialement chargées sur un navire de mer;
ii) le lieu où les marchandises sont livrées par le transporteur ou par une partie exécutante conformément à l'article 4.1.3 ou 4.1.4, ou le port dont lequel les marchandises sont finalement déchargées d'un navire de mer;
iii) l'établissement principal ou la résidence habituelle du défendeur; ou
iv) le lieu spécifié dans le contrat de transport ou dans un autre accord.

31. Cette liste diffère de celle qui figure dans les Règles de Hambourg essentiellement à deux égards. D'une part, elle inclut les lieux de réception et de livraison, en plus des ports de chargement et de déchargement. Cette modification reconnaît simplement l'application possible de l'instrument au transport de porte à porte (alors que les Règles de Hambourg s'appliquent au transport de port à port). D'autre part, le lieu de la conclusion du contrat est omis de la liste. À une époque où les contrats sont conclus par voie électronique, ce lieu est souvent difficile à déterminer, et même lorsqu'il peut l'être, il n'a généralement pas d'importance pour l'opération. En outre, il peut aisément faire l'objet de manipulations si celles-ci procurent un quelconque avantage.

32. Le "lieu" constituant un for approprié pour les demandes afférentes à la cargaison pourrait être déterminé de plusieurs façons. L'approche suivie dans les Règles de Hambourg (qui consiste à voir quel tribunal a compétence dans le lieu physique précis mentionné) serait acceptable. Cette solution laisse évidemment beaucoup de latitude aux législations internes régissant la procédure judiciaire.

33. L'application de l'instrument au transport de porte à porte et le traitement qu'il accorde aux parties exécutantes exigent aussi que la disposition sur l'élection du for soit rédigée avec le plus grand soin. De notre point de vue, la liste des fors acceptables devrait s'appliquer uniquement aux actions entre le transporteur et les

chargeurs. Elle ne convient peut-être pas aux actions intentées contre une partie exécutante. Dans la mesure où l'instrument reconnaît à un ayant droit à la cargaison la possibilité d'agir contre une partie exécutante, le demandeur devrait être autorisé à engager une action devant toute juridiction ayant compétence sur le défendeur.

B. Exceptions à la règle générale dans les cas où entrent en jeu des accords de services réguliers de transport maritime

34. Bien qu'une approche s'inspirant pour l'essentiel de celle qui est adoptée dans les Règles de Hambourg soit acceptable en tant que règle générale, deux exceptions devraient être autorisées dans les cas où entrent en jeu des accords de services réguliers de transport maritime (voir partie IV ci-dessus). Premièrement, les parties à ce type d'accord devraient, dans leurs relations entre elles, avoir la possibilité (pour les raisons exposées plus haut) de convenir expressément par écrit de déroger à toutes les dispositions de l'instrument ou à certaines d'entre elles, y compris à la disposition sur le choix du for. Elles peuvent donc décider d'un commun accord que leurs propres litiges seront soumis à tout for spécifié (même si cette décision ne peut lier les tiers). Ce choix devrait se substituer à tout autre choix prévu par l'instrument. Cette liberté peut être importante dans des situations où les parties savent qu'aucun document de transport ne sera transmis à des tiers (par exemple lorsque des marchandises sont expédiées par une société à une filiale étrangère ou lorsque le cocontractant du transporteur est le destinataire).

35. Deuxièmement, lorsque les parties à un accord de services réguliers de transport maritime désignent un for pour les demandes afférentes à la cargaison, nous pensons que l'instrument devrait prévoir l'extension du for choisi à un tiers subséquent (par exemple, le destinataire ou le porteur subséquent du connaissement), dans certaines conditions, le transporteur et le tiers étant ainsi liés dans les actions intentées entre eux. (Le tiers ne serait pas lié par le choix d'un for dans une action engagée contre une partie exécutante.) En particulier, nous proposons d'autoriser cette extension dans les conditions suivantes:

i) les parties à l'accord de services réguliers de transport maritime doivent convenir expressément, dans cet accord, d'étendre le for choisi à une partie subséquente;

ii) la partie subséquente qui sera liée doit être informée par écrit ou par voie électronique du lieu où l'action peut être intentée (par exemple, sur le connaissement ou d'une autre manière);

iii) le lieu ou les lieux choisis par les parties à l'accord doivent être:

a) le lieu où les marchandises sont initialement reçues de l'expéditeur par le transporteur ou par une partie exécutante, ou le port dans lequel les marchandises sont initialement chargées sur un navire de mer, ou

b) le lieu où les marchandises sont livrées par le transporteur ou par une partie exécutante conformément à l'article 4.1.3 ou 4.1.4, ou le port dans lequel les marchandises sont finalement déchargées d'un navire de mer, ou

c) l'établissement principal ou la résidence habituelle du défendeur, en ce qui concerne une ou plusieurs expéditions effectuées dans le cadre de l'accord en question; et

iv) le lieu choisi dans l'accord doit être situé dans un pays qui a ratifié l'instrument.

VI. Réserves

36. Les États-Unis approuvent dans l'ensemble la répartition des risques prévue à l'article 8.3 du projet d'instrument. Toutefois nous pensons que, dans certains cas, le traitement accordé dans le projet d'instrument aux marchandises conteneurisées est trop contraignant pour les éventuels ayants droit à la cargaison. Pour les raisons exposées aux paragraphes 151 et 152 du commentaire, les ayants droit à la cargaison s'attendent légitimement, dans de tels cas, à bénéficier d'une plus grande protection pour ce type de marchandises que celle prévue par le projet. Afin de fournir un moyen équitable et rationnel de savoir ce qui peut être raisonnablement présumé à propos d'une description des marchandises fournie par le chargeur, on devrait modifier l'instrument comme cela est proposé aux paragraphes 153 et 154 du commentaire.

VII. Déroutement

37. Pour la plupart des pays, la théorie du déroutement ne pose pas de sérieuses difficultés. Malheureusement, elle reste un problème aux États-Unis (et peut-être dans d'autres pays de *common law*). Bien que nous soyons favorables à la façon dont le projet d'instrument traite le déroutement, nous pensons qu'il faudrait modifier le texte pour y préciser que le transporteur ne peut être tenu responsable que d'un déroutement "déraisonnable" et que ce concept se rapporte uniquement au routage d'un navire de mer (exploité par le transporteur ou par une partie exécutante). De même, le texte devrait indiquer plus clairement qu'en cas de déroutement "déraisonnable" le transporteur ne serait déchu que du droit de limiter sa responsabilité en application de l'article 6.8.

38. *Recommandation*: Pour appliquer cet aspect de la proposition, il faudrait modifier l'article 6.5 du projet d'instrument comme suit:

a) le transporteur n'est pas responsable de la perte, du dommage ou du retard de livraison dû à tout déroutement pour sauver ou tenter de sauver des vies ou des biens en mer ou à tout autre déroutement raisonnable;

b) dans la mesure où un déroutement constitue un manquement de la part du transporteur selon une théorie juridique reconnue par le droit national ou dans le présent instrument, cette théorie ne s'applique que lorsqu'il y a eu déroutement déraisonnable en ce qui concerne le routage d'un navire de mer;

c) lorsqu'un déroutement constitue un manquement de la part du transporteur, ce manquement n'a effet que conformément aux dispositions du présent instrument. En particulier, un déroutement ne prive pas le transporteur des droits que lui confère le présent instrument, sauf dans la mesure prévue à l'article 6.8.

VIII. Retard

39. Les États-Unis approuvent le traitement prévu à l'article 6.4.1 du projet d'instrument pour la responsabilité en cas de retard sans le texte entre crochets. Étant donné que nous considérons le retard comme une question commerciale devant être négociée entre les parties, nous pensons également que – sauf convention contraire expresse des parties – l'indemnité de retard devrait être limitée aux montants dus en cas de perte ou de dommage matériel, sous réserve des limites

de responsabilité générales fixées à l'article 6.7 du projet d'instrument. En d'autres termes, la réparation des dommages indirects ne devrait être autorisée que si les parties en conviennent expressément. Si l'on adopte cette position, il faudrait également supprimer à l'article 6.8 le texte entre crochets faisant référence au retard.

40. *Recommandation*: Pour appliquer cet aspect de la proposition, il faudrait supprimer le texte entre crochets à l'article 6.4.1 et le texte entre crochets faisant référence au retard à l'article 6.8. Il faudrait modifier l'article 6.4.2 comme suit:

> "Si un retard de livraison provoque un préjudice qui ne résulte pas de la perte ou du dommage matériel subi par les marchandises transportées, le transporteur ne peut être tenu responsable de ce préjudice que s'il est expressément convenu d'être responsable d'un tel préjudice résultant du retard."

IX. Contrats mixtes et arrangements conclus par l'agent du chargeur

41. Les États-Unis sont généralement favorables au traitement prévu à l'article 4.3 du projet d'instrument pour les contrats mixtes et les arrangements conclus par l'agent du chargeur. Nous estimons toutefois que certains amendements et éclaircissements sont nécessaires. Avant tout, nous pensons que lorsque le transporteur agit, non en qualité de "transporteur", mais comme agent du chargeur ou du destinataire, l'article 4.3.2 devrait s'appliquer uniquement par défaut. Les parties devraient être libres de convenir expressément de l'étendue des obligations du transporteur. Nous ajouterions donc, au début de l'article 4.3.2, la formule "Sauf convention contraire expresse".

X. Fausse déclaration du chargeur

42. La réception d'une description exacte d'une marchandise est d'une importance fondamentale pour la sécurité et le bon déroulement du transport. La nature et la valeur d'une marchandise auront une incidence sur le taux de fret facturé par un transporteur, les arrangements relatifs à la gestion des risques, la sécurité matérielle et d'autres mesures pouvant être nécessaires au bon déroulement du transport. C'est pourquoi nous pensons que, sans limiter d'autres dispositions de l'instrument concernant les cas où les informations requises n'ont pas été dûment communiquées, il faudrait une disposition précise sur ce point (comme au troisième paragraphe de l'article 4-5 des Règles de La Haye et à l'article 4-5 h) des Règles de La Haye-Visby), indiquant que le transporteur n'est pas responsable de la perte ou du dommage si le chargeur a fait sciemment une déclaration matériellement fausse sur la nature ou la valeur des marchandises.

43. *Recommandation*: Pour appliquer cet aspect de la proposition, nous proposons d'insérer à la fin de l'article 6.1 une nouvelle disposition libellée comme suit:

> "Un transporteur n'est pas responsable du retard de livraison, de la perte ou de l'endommagement des marchandises ou liés aux marchandises si le chargeur a fait sciemment une déclaration matériellement fausse sur la nature ou la valeur des marchandises dans le contrat de transport ou dans un document de transport."

F. Rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa treizième session (New York, 3-14 mai 2004)

(A/CN.9/552) [Original: Anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

Introduction 1-7

I. Délibérations et décisions 8-9

II Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] 10-164

Chapitre 5. Responsabilité du transporteur (*suite*) 10-91

Projet d'article 15. Responsabilité des parties exécutantes 10-17

Paragraphe 6 11-17

Projet d'article 16. Retard 18-31

Paragraphe 1 20-24

Paragraphe 2 25-31

Projet d'article 17. Calcul de la réparation 32-37

Paragraphe 1 33-34

Paragraphe 2 35

Paragraphe 3 36-37

Projet d'article 18. Limites de la responsabilité 38-51

Paragraphe 1 39-44

Paragraphe 2 45-47

Paragraphe 3 48-49

Paragraphe 4 50-51

Projet d'article 19. Déchéance du droit de limiter la responsabilité. 52-62

Projet d'article 20. Avis de perte, de dommage ou de retard 63-87

Paragraphe 1 64-75

Paragraphe 2 76-81

Paragraphe 3 82-84

Paragraphe 4 85-87

Projet d'article 21. Recours judiciaires 88-91

Chapitre 6. Dispositions supplémentaires relatives au transport par mer 92-117

Projet d'article 22. Responsabilité du transporteur 92-99

Projet d'article 23. Déroutement 100-102

Projet d'article 24. Marchandises en pontée 103-117

Paragraphe 1 104-106

Paragraphe 2 107-109

Paragraphe 3 110-111
Paragraphe 4 112-117
Chapitre 7. Obligations du chargeur 118-161
Projet d'article 25 118-123
Projet d'article 26 124-129
Projet d'article 27 130-133
Projet d'article 28 134-137
Projets d'articles 29 et 30 138-148
Projet d'article 29 *bis* 149-153
Projet d'article 31 154-158
Projet d'article 32 159-161
Chapitre 9. Fret 162-164
III. Questions diverses 165-168

Introduction

1. 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[1]. À sa neuvième session, en 2002, le Groupe de travail a commencé à examiner un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]. La compilation la plus récente retraçant l'historique du projet d'instrument figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.35.

2. Le Groupe de travail III sur le droit des transports, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa treizième session à New York du 3 au 14 mai 2004. Ont assisté à cette session des représentants des États membres suivants: Allemagne, Autriche, Bénin, Brésil, Burkina Faso, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Lituanie, Mexique, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Soudan, Suède et Thaïlande.

3. Ont également assisté à la session des observateurs des États suivants: Argentine, Australie, Bélarus, Brunéi Darussalam, Chili, Cuba, Danemark, Équateur, Finlande, Grèce, Koweït, Mongolie, Nouvelle-Zélande, Nicaragua, Nigéria, Norvège, Pays-Bas, Pérou, Philippines, Qatar, République de Corée, République tchèque, Sénégal, Suisse, Turquie et Venezuela.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 345.

4. Ont aussi assisté à la session des observateurs des organisations internationales ci-après:

a) **Organisations intergouvernementales invitées par la Commission**: Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires (OTIF), Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique;

b) **Organisations internationales non gouvernementales invitées par la Commission**: Association of American Railroads (AAR), Chambre de commerce internationale (CCI), Chambre internationale de la marine marchande, Comité maritime international (CMI), Conseil maritime baltique et international (BIMCO), Fédération internationale des associations de transitaires et assimilés (FIATA), *Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo*, International Group of Protection and Indemnity (P&I) Clubs, International Multimodal Transport Association (IMMTA), Transportation Intermediaries Association (TIA) et Union internationale d'assurances transports.

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

Président: M. Rafael Illescas (Espagne)

Rapporteur: M. Walter De Sá Leitão (Brésil)

6. Le Groupe de travail était saisi des nouveaux documents suivants:

a) Ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.III/WP.35);

b) Nouvelle version provisoire des articles du projet d'instrument examinés par le Groupe de travail à sa douzième session (A/CN.9/WG.III/WP.36);

c) Proposition de la Chine concernant le chapitre 19 du projet d'instrument et la question de la liberté contractuelle (A/CN.9/WG.III/WP.37).

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

1. Élection du Bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer].
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

I. Délibérations et décisions

8. Le Groupe de travail a poursuivi l'examen du projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] en se fondant sur:

– Le texte figurant dans l'annexe à une note du secrétariat (A/CN.9/WG.III/WP.32);

– Une nouvelle version provisoire des articles examinés par le Groupe de travail à sa douzième session, figurant dans une note du secrétariat (A/CN.9/WG.III/WP.36);

– Une proposition des États-Unis d'Amérique (A/CN.9/WG.III/WP.34) concernant dix aspects du projet d'instrument.

9. Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée de plusieurs dispositions en tenant compte des délibérations et des conclusions du Groupe de travail. Il est rendu compte de ces délibérations et conclusions dans la section II ci-après.

II. Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]

Chapitre 5. Responsabilité du transporteur (*suite*)

Projet d'article 15. Responsabilité des parties exécutantes

10. Il a été rappelé au Groupe de travail que celui-ci n'avait pas eu suffisamment de temps à sa douzième session pour examiner le dernier paragraphe du projet d'article 15 du projet d'instrument (voir A/CN.9/544, par. 181).

Paragraphe 6

11. Le Groupe de travail a examiné le texte du paragraphe 6 du projet d'article 15 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.36 (anciennement paragraphe 7 du projet d'article 15, dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32).

Responsabilité conjointe et solidaire

12. Des questions ont été soulevées en ce qui concerne les liens entre le paragraphe 6 et le paragraphe 5 (qui énonçait le principe selon lequel, si plusieurs parties exécutantes maritimes étaient responsables, cette responsabilité était conjointe et solidaire). En ce qui concerne le paragraphe 5, il a été dit que la notion de "joint and several liability", qui relevait de la *common law*, pourrait ne pas être interprétée comme un équivalent exact de notions de droit romano-germanique telles que "*responsabilité solidaire*" ou "*responsabilidad solidaria*", qui elles-mêmes différaient de notions telles que "*responsabilité conjointe*" ou "*responsabilidad mancomunada*". Le Groupe de travail a largement estimé qu'il pourrait être nécessaire de revoir le texte pour indiquer sans ambiguïté dans toutes les langues que, lorsque plusieurs parties étaient tenues responsables au sens du paragraphe 5, chacune d'entre elles était tenue individuellement de réparer la totalité du préjudice matériel, sous réserve des limites légales éventuellement applicables, ainsi que de l'action récursoire que cette partie pourrait exercer contre d'autres parties responsables.

Montant total de la responsabilité

13. Tous les participants ont marqué leur accord sur le principe énoncé au paragraphe 6 selon lequel, lorsque tous les défendeurs avaient le droit de bénéficier des dispositions du projet d'instrument relatives à la limitation de la responsabilité, un demandeur ne devrait pas être autorisé à réclamer au transporteur contractant et/ou aux parties exécutantes maritimes un montant total plus élevé que les limites totales de responsabilité prévues dans le projet d'instrument.

Compensation – exclusion des parties exécutantes non maritimes

14. La question de la compensation des dommages-intérêts entre défendeurs a été examinée et plusieurs scénarios possibles ont été envisagés. Des participants ont exprimé des préoccupations au sujet de la façon dont le principe du montant total de la responsabilité serait appliqué au cas où différents régimes de responsabilité entreraient en jeu, car alors, pour une même demande, certains défendeurs pourraient invoquer la limite totale de responsabilité et d'autres non. Par exemple, lorsque des parties exécutantes maritimes et non maritimes étaient responsables et que les parties non maritimes étaient soumises à des limites de responsabilité plus élevées en vertu du droit applicable, il ne fallait pas que le paragraphe 6 ait pour effet de créer une limite de responsabilité inférieure pour ces parties non maritimes. Cependant, lorsqu'une indemnité devait être payée en vertu d'un autre régime de responsabilité parce que le demandeur s'était retourné directement contre une partie exécutante non maritime avant d'intenter une action contre le transporteur contractant, l'indemnité payable par la partie exécutante non maritime devait être déduite du montant réclamé au transporteur. Par ailleurs, dans l'hypothèse où la limite de responsabilité n'était pas applicable à l'un des défendeurs en raison d'une faute intentionnelle, cette limite devait rester applicable aux autres défendeurs. Pour répondre à certaines de ces préoccupations, le Groupe de travail est convenu dans l'ensemble que le paragraphe 6 devrait s'appliquer tant au transporteur contractant qu'aux parties exécutantes maritimes, mais qu'il devrait être précisé qu'il ne s'appliquait pas aux parties exécutantes non maritimes.

15. En ce qui concerne la formulation possible du paragraphe 6, il a été proposé de remplacer les mots "ces personnes" par une référence au transporteur contractuel et aux parties exécutantes maritimes. Selon une autre proposition, le paragraphe 6 devrait être libellé par exemple de la façon suivante: "Sans préjudice de l'article 19, le montant total de la responsabilité de ces personnes, en ce qui concerne la responsabilité du transporteur contractant et de toute partie exécutante maritime, ne dépasse pas les limites globales de responsabilité prévues dans le présent instrument". Il a également été suggéré que la question de la compensation soit régie par la législation interne applicable. Enfin, il a été indiqué que, pour l'établissement d'une version révisée du paragraphe 6, le texte de l'article 10 des Règles de Hambourg pourrait être une source d'inspiration utile.

Place des paragraphes 5 et 6

16. Il a été suggéré de fusionner les paragraphes 5 et 6 et, comme ils devaient s'appliquer tant aux transporteurs contractants qu'aux parties exécutantes maritimes, de les placer non pas à l'article 15 mais ailleurs, éventuellement dans la disposition portant sur la limitation de la responsabilité.

Conclusions du Groupe de travail sur le paragraphe 6

17. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a décidé:

- Qu'il faudrait apporter les éclaircissements voulus au projet de disposition pour rendre compte du consensus auquel étaient parvenus les participants sur la signification de l'expression "joint and several liability";
- Que le principe général concernant le montant global de la responsabilité énoncé à l'article 6 était approprié;

– Que les paragraphes 5 et 6 devraient s'appliquer à la fois aux transporteurs contractants et aux parties exécutantes maritimes;

– Que les paragraphes 5 et 6 ne devraient pas faire partie du projet d'article 15, mais faire l'objet d'une disposition distincte;

– Qu'il était nécessaire d'examiner plus avant la possibilité d'établir une règle uniforme relative à la compensation, faute de quoi cette question devrait sans doute être régie par le droit interne applicable;

– Que le secrétariat devrait établir une version révisée tenant compte des différentes solutions possibles au problème de la compensation, sur la base des opinions et des suggestions exprimées plus haut.

Projet d'article 16. Retard

18. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 16 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

Débat général

19. Des doutes ont été exprimés quant au fait de savoir si le projet d'instrument devrait vraiment aborder la question du retard de livraison. À l'appui de la suppression du projet d'article 16, il a été avancé que la question était purement commerciale et qu'il faudrait, par conséquent, laisser aux parties intéressées le soin de la traiter dans le cadre de leurs arrangements contractuels. Il a été expliqué que la question du retard de livraison n'était pas abordée dans les Règles de La Haye pour cette même raison. On a cité des exemples de cas dans lesquels une réglementation plaçant excessivement l'accent sur le retard de livraison pourrait méconnaître certains usages et pratiques contractuelles établis, voire compromettre la sécurité du transport maritime. Selon l'avis qui a prévalu, cependant, la question du retard de livraison appelait un traitement réglementaire et pourrait, dans le droit fil d'autres régimes de responsabilité existants, y compris un régime maritime tel que les Règles de Hambourg, être utilement traitée dans le projet d'instrument.

Paragraphe 1

Retard dans le cas où les parties ont expressément convenu du délai de livraison

20. Le principe selon lequel le transporteur pourrait être tenu responsable en cas de non-respect de son obligation de livrer dans un délai dont il avait expressément convenu a bénéficié d'un soutien général. D'un point de vue rédactionnel, il a été avancé que l'expression "le délai expressément convenu" utilisée à l'article 5-2 des Règles de Hambourg était plus précise que la formulation actuelle du projet de disposition.

Retard dans le cas où les parties n'ont pas expressément convenu du délai de livraison

21. La discussion a porté sur la question de savoir si, dans un tel cas, le transporteur devrait être tenu responsable de la livraison après "le délai qu'il serait raisonnable d'attendre d'un transporteur diligent". La référence à un "délai raisonnable" a été contestée au motif qu'elle était trop subjective, imprécise et sujette à ample interprétation par les tribunaux locaux et risquait, par conséquent,

d'accroître l'hétérogénéité de la jurisprudence internationale. Dans le même ordre d'idées, il a été déclaré qu'en créant pour le transporteur une obligation de livrer les marchandises dans un "délai raisonnable", on perturberait encore davantage l'équilibre entre les obligations des transporteurs et celles des chargeurs, équilibre qui était déjà altéré au détriment des transporteurs par la suppression de l'exception fondée sur l'erreur de navigation (voir A/CN.9/544, par. 127). En réponse, il a été souligné que si le paragraphe 1 pouvait créer une obligation pour le transporteur, le paragraphe 2, en revanche, l'exonérait dans une grande mesure en limitant sa responsabilité en cas de dommages indirects résultant d'un retard de livraison.

22. Selon l'avis qui a prévalu, une règle supplétive s'inspirant du texte placé entre crochets à la fin du paragraphe 1 était nécessaire pour traduire le principe général selon lequel la livraison devrait s'effectuer sans retard excessif. Il a été souligné que la référence aux "caractéristiques du transport" ou aux "circonstances du voyage" offrait d'amples garanties pour les pratiques commerciales établies réputées tolérer un certain degré d'imprécision dans l'application de ce principe. Il a été expliqué que cette règle était également nécessaire pour éviter d'exonérer le transporteur de toute responsabilité lorsqu'un délai de livraison était supposé, mais pas expressément convenu par les parties. Il a aussi été souligné que si l'on supprimait la règle supplétive figurant au paragraphe 1, il faudrait que cette question soit traitée par le droit interne, solution qui dérogerait inutilement à l'objectif général de promotion d'un droit uniforme.

23. S'agissant des différents facteurs énumérés à la fin du paragraphe 1, il a été proposé d'ajouter "les caractéristiques des marchandises". Il a en outre été proposé de simplifier la fin du paragraphe en s'inspirant de l'article 5-2 des Règles de Hambourg, qui ne mentionnait que les "circonstances de fait". Enfin, il a été proposé qu'on conserve en tout état de cause la référence – jugée essentielle – aux "conditions du contrat". S'agissant de cohérence terminologique, on s'est interrogé sur l'expression "lieu de destination". Il a également été proposé de vérifier le projet d'instrument afin d'éviter toute distinction inutile, dans la version anglaise, entre les mots "place" et "location" pour désigner le lieu de livraison, et de dissiper toute ambiguïté quant au fait de savoir si le texte se référait au lieu contractuel ou au lieu effectif de la livraison. D'un point de vue rédactionnel, il a été proposé de supprimer les mots "en l'absence d'une telle convention", jugés superflus.

Conclusions du Groupe de travail sur le paragraphe 1

24. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a décidé:

- Que le projet d'instrument devrait traduire le principe selon lequel le transporteur devrait être responsable du retard de livraison, et cette responsabilité devrait être fondée sur la faute du transporteur;
- Que la règle supplétive figurant à la fin du paragraphe 1 serait conservée sans crochets;
- Que le Groupe de travail prendrait note des propositions formulées plus haut à propos de la formulation précise du paragraphe 1, étant entendu qu'il faudrait peut-être examiner cette formulation plus avant à une session ultérieure, sur la base d'un texte révisé qu'établirait le secrétariat.

Paragraphe 2

"préjudice qui ne résulte pas de la perte ou du dommage subi par les marchandises transportées"

25. Le maintien dans le projet d'instrument d'une disposition limitant la responsabilité du transporteur en cas de dommages indirects (également appelés "préjudice purement économique") résultant d'un retard de livraison a bénéficié d'un large soutien. Il a été souligné qu'une telle disposition figurait fréquemment dans les instruments internationaux réglementant les transports ferroviaire et routier. Quant à la formulation de cette disposition, il a été largement estimé qu'il faudrait décrire de manière plus claire et moins lourde qu'à l'actuel paragraphe 2 ("préjudice qui ne résulte pas de la perte ou du dommage subi par les marchandises transportées") la situation où des dommages indirects étaient subis.

"[... fois le fret payable pour les marchandises ayant subi le retard]"

26. On s'est interrogé sur les raisons pour lesquelles il fallait, pour déterminer la responsabilité du transporteur (et les limites de cette responsabilité) en cas de dommages indirects, utiliser une méthode spécifique (référence au fret) au lieu de la méthode générale (référence à la valeur des marchandises) énoncée aux projets d'articles 17 et 18 pour calculer la réparation due en cas de perte ou d'endommagement des marchandises. Il a été expliqué que les dommages indirects étaient conceptuellement distincts des dommages subis par les marchandises et n'avaient pas nécessairement de rapport avec la valeur des marchandises. Pour illustrer cette distinction, il a été rappelé que plusieurs lois et instruments internationaux existants en matière de transport se fondaient sur le fret pour calculer la réparation due en cas de dommages indirects. Cependant, il a aussi été souligné que le montant des dommages indirects pouvait être nettement supérieur à la valeur des marchandises, alors que le fret ne représentait généralement qu'une faible partie de cette valeur. Une proposition tendant à combiner les deux méthodes dans un texte tel que "[... fois le fret payable pour les marchandises ayant subi le retard, ou la limite de responsabilité énoncée à l'article 18, le montant retenu étant le montant le plus élevé]" n'a reçu qu'un soutien limité.

27. La discussion s'est concentrée sur le multiplicateur à appliquer au cas où l'on utiliserait la référence au fret. Une proposition tendant à limiter à un faible niveau la réparation due par le transporteur en cas de dommages indirects résultant d'un retard de livraison a bénéficié d'un soutien notable. En conséquence, il a été proposé de limiter la réparation à un montant équivalent à [une fois] le fret payable pour les marchandises ayant subi le retard. Des propositions tendant à examiner également d'autres multiplicateurs tels que 2,5 ou 4 en vue de la poursuite du débat n'ont pas bénéficié d'un soutien marqué. On s'est fortement inquiété de la possibilité qu'offrait le projet d'article 19 de passer outre la limite fixée pour cette réparation (pour la suite du débat, voir par. 52 à 62).

Liberté contractuelle

28. Comme autre moyen de limiter l'effet d'une disposition instituant la responsabilité du transporteur en cas de dommages indirects résultant d'un retard de livraison, il a été proposé de soumettre le paragraphe 2 à la liberté contractuelle des parties. Selon un avis partagé par un grand nombre de délégations, une telle référence à la liberté contractuelle irait à l'encontre du principe général d'ordre public énoncé au paragraphe 1 (voir par. 22). Cependant, il a aussi été convenu qu'il

faudrait peut-être examiner cette question plus avant dans le cadre du projet d'article 19 (Déchéance du droit de limiter la responsabilité) et aussi lors de l'examen général de l'autonomie des parties traitée au chapitre 19. À cet égard, il a été rappelé qu'une proposition de révision du paragraphe 2 fondée sur la liberté contractuelle avait été faite au paragraphe 40 du document A/CN.9/WG.III/WP.34.

Possibilité de conversion en perte totale

29. On a proposé, en s'inspirant de l'article 20-1 de la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR), qu'à l'expiration d'un délai fixe de quatre-vingt-dix jours suivant la prise en charge des marchandises par le transporteur, le fait que ces marchandises n'aient pas été livrées constitue une preuve concluante de leur perte et que le titulaire du droit d'action puisse décider de les considérer comme perdues. Cette proposition a bénéficié d'un certain soutien, mais il a été souligné qu'une disposition de ce type risquerait de compliquer inutilement le projet d'instrument compte tenu du fait, en particulier, qu'il pourrait être nécessaire d'adopter des règles supplémentaires pour éviter l'octroi d'une réparation excessive au cas où les marchandises seraient retrouvées après l'expiration du délai de 90 jours. Des questions telles que le transfert de la propriété des marchandises au transporteur ou la possibilité qui devrait être offerte au chargeur de choisir entre les marchandises et la réparation ont généralement été jugées trop complexes et détaillées pour devoir figurer dans le projet d'instrument.

Place du paragraphe 2

30. Selon un avis, le paragraphe 2 aurait davantage sa place au projet d'article 18. Il a généralement été estimé qu'il faudrait peut-être réexaminer cette question à une session ultérieure.

Conclusions du Groupe de travail sur le paragraphe 2

31. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a décidé:

- Que la limite du montant payable en réparation des dommages indirects résultant d'un retard de livraison devrait être calculée par référence au fret;
- Que le texte "[une fois] le fret payable pour les marchandises ayant subi le retard" serait ajouté au paragraphe 2 en vue de la poursuite du débat à une session ultérieure;
- Qu'on ajouterait, au début du paragraphe 2, le texte "[Sauf convention contraire]", assorti d'une note de bas de page indiquant qu'il faudrait réexaminer la question dans le contexte à la fois du projet d'article 19 et du chapitre 19. On devrait introduire, pour favoriser une interprétation uniforme du projet d'instrument, une disposition s'inspirant de l'article 7-1 de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

Projet d'article 17. Calcul de la réparation

32. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 17 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

Paragraphe 1

Débat général

33. Le Groupe de travail a largement approuvé la teneur du paragraphe 1. Certaines réserves, cependant, ont été exprimées quant à sa rédaction. Un soutien a été exprimé en faveur de la proposition selon laquelle il faudrait utiliser, dans le projet d'instrument, une terminologie cohérente et aligner par exemple le membre de phrase "au lieu et au moment de livraison prévus par le contrat de transport" employé au paragraphe 1 sur le texte du projet d'article 7, une préférence ayant été exprimée pour ce dernier. Il a en outre été estimé, à la lumière des délibérations du Groupe de travail concernant le projet d'article 16, qu'il serait peut-être souhaitable d'envisager, pour le calcul des dommages-intérêts en cas de retard, un article distinct.

Conclusions du Groupe de travail sur le paragraphe 1

34. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a approuvé quant au fond le paragraphe 1, sous réserve que le secrétariat en établisse une version révisée afin d'en améliorer la cohérence avec le projet d'article 7.

Paragraphe 2

Conclusions du Groupe de travail sur le paragraphe 2

35. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a approuvé quant au fond le paragraphe 2.

Paragraphe 3

Débat général

36. Il a été expliqué que ce paragraphe avait pour objet de clarifier les Règles de La Haye-Visby, qui n'indiquaient pas clairement si les demandeurs pouvaient prétendre à des dommages-intérêts pour préjudice indirect. Il avait pour objet de permettre aux parties au contrat de transport de réparer les dommages indirects lorsqu'elles énonçaient clairement leur intention de le faire en vertu du projet d'article 88. Des inquiétudes ont été exprimées quant au traitement des dommages indirects et au soutien apparent apporté par ce paragraphe au caractère unilatéralement impératif du projet d'instrument tel qu'il ressortait actuellement du projet d'article 88, en vertu duquel un transporteur ou une partie exécutante pouvait convenir d'accroître ses responsabilités et ses obligations.

Conclusions du Groupe de travail sur le paragraphe 3

37. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a approuvé quant au fond le paragraphe 3.

Projet d'article 18. Limites de la responsabilité

38. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 18 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

Paragraphe 1

Niveau de limitation de la responsabilité

39. Les participants au Groupe de travail ont convenu qu'il était trop tôt pour échanger des vues concernant le niveau approprié de limitation de la responsabilité qu'il faudrait fixer au paragraphe 1. D'aucuns ont jugé qu'il serait souhaitable de relever le niveau prévu dans les Règles de La Haye-Visby; d'autres ont indiqué que certains États souhaitaient que ce niveau soit faible. Une proposition tendant à ce que soit réalisée une étude des niveaux de limitation appliqués dans différents États à différents régimes de transport a été largement approuvée. Le CMI a proposé de faire circuler auprès de ses membres un questionnaire concernant les niveaux de limitation applicables aux créances maritimes et toute information disponible sur la valeur des marchandises. En outre, des États membres et observateurs du Groupe de travail ont accepté de présenter au secrétariat des informations concernant les limites de responsabilité applicables à leurs divers régimes de transport internes, ainsi que toute statistique disponible concernant les créances, afin de faciliter la réalisation de l'étude proposée. Il a été proposé que le secrétariat demande à l'Organisation maritime internationale (OMI) des informations concernant les taux d'inflation et les limites de responsabilité, par exemple dans le contexte de la Convention d'Athènes.

Procédure de modification

40. Il a été proposé que le projet d'instrument inclue une procédure de modification rapide de façon qu'il soit possible, une fois le niveau de limitation convenu, de le modifier sans avoir à renégocier l'instrument dans son ensemble. Il a été noté qu'une procédure de modification rapide avait été proposée aux paragraphes 11 et 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.34. Il a été estimé qu'il pourrait aussi être fait référence à la procédure de modification prévue dans la Convention d'Athènes. L'inclusion d'une procédure de modification dans le projet d'instrument a bénéficié d'un large soutien.

Préjudice économique et "lié aux marchandises"

41. Il a été déclaré que l'expression "lié aux marchandises" s'inspirait de l'article IV-5 a) des Règles de La Haye-Visby, qui avait pour objet de couvrir le préjudice résultant d'une diminution de la valeur commerciale des marchandises pendant un retard, mais non de couvrir le préjudice économique. Il a été estimé que si l'on voulait que le projet d'instrument couvre le préjudice purement économique, il faudrait utiliser une formulation différente telle que "la responsabilité du transporteur pour la perte ou le dommage subi par les marchandises ou pour le retard de livraison". La proposition tendant à supprimer les mots "ou lié aux" a bénéficié d'un certain soutien. En outre, selon un avis, les dommages économiques étaient exclus du paragraphe 1 par le texte liminaire "[s]ous réserve de l'article 16-2".

42. Des doutes ont été exprimés quant à l'interprétation faite ci-dessus du membre de phrase "lié aux marchandises" et quant au fait de savoir s'il serait prudent de le supprimer. On a été d'avis que ce membre de phrase avait pour objet d'inclure non seulement les dommages subis par les marchandises, mais aussi les dommages résultant d'autres circonstances, telles que la livraison à une personne autre que le destinataire ou la description erronée des marchandises dans le connaissement. Certains participants se sont vivement opposés à la suppression de ce membre de

phrase. Il a été observé que si ce membre de phrase avait pour objet de couvrir les erreurs de livraison et les descriptions inexactes, il serait peut-être préférable de le placer dans un article distinct, assorti d'une méthode différente de calcul de la réparation. En outre, il a été observé que si cette dernière interprétation du membre de phrase était exacte, il faudrait peut-être aussi insérer "lié aux marchandises" dans le projet d'article 14 (A/CN.9/WG.III/WP.36). Comme il a été noté lors d'autres discussions du Groupe de travail, le membre de phrase "lié aux marchandises" revenait dans plusieurs autres projets d'articles; il a, en conséquence, été recommandé que le secrétariat examine la question de son utilisation (voir par. 44, 58, 89 et 91).

Variante possible

43. La proposition tendant à remplacer le paragraphe 1 par la variante reproduite dans la note de bas de page 92 du document A/CN.9/WG.III/WP.32 a bénéficié d'un certain soutien.

Conclusions du Groupe de travail sur le paragraphe 1

44. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a décidé:

- Que le texte du paragraphe 1 était généralement acceptable;
- Que le membre de phrase "lié aux marchandises" serait placé entre crochets dans le présent et d'autres projets d'articles en vue de leur examen ultérieur;
- Que le CMI et les États membres et observateurs du Groupe de travail fourniraient au secrétariat des données devant servir à la réalisation d'une étude comparative des niveaux de limitation appliqués en cas de préjudice ou de retard dans le cadre de divers régimes de transport, y compris toute statistique disponible concernant les créances;
- Que le secrétariat devrait tenter d'obtenir de l'OMI des informations sur les taux d'inflation des limites de responsabilité;
- Que le secrétariat serait prié d'élaborer des projets de dispositions d'une procédure de modification rapide de la limitation de la responsabilité, en utilisant pour cela des modèles et propositions existants.

Paragraphe 2

Débat général

45. Il a été rappelé que le paragraphe 2 avait récemment fait l'objet d'un examen détaillé (A/CN.9/544, par. 43 à 50) et que le Groupe de travail avait été divisé presque à parts égales entre les partisans d'un maintien du paragraphe et les partisans de sa suppression. Il avait alors été décidé de conserver la disposition entre crochets dans l'attente de la décision que le Groupe de travail prendrait en ce qui concerne la limite de responsabilité énoncée au paragraphe 1.

Retard de livraison

46. Il a été proposé que le retard de livraison soit traité de la même manière que la perte ou l'endommagement des marchandises visés au paragraphe 2. Il a été noté, cependant, que les retards de livraison dans le cadre d'un transport multimodal

seraient généralement bien documentés à mesure que les marchandises passeraient d'un mode de transport à un autre, de sorte qu'il serait moins difficile de prouver où le retard s'était produit que de prouver où un dommage non apparent s'était produit. Il a été estimé, en réponse à cette observation, que si la limite de responsabilité en cas de dommages imputables à un retard fixée au projet d'article 16 demeurait faible, le transporteur risquait de ne pas être incité à établir où le retard s'était produit, à moins qu'il ne soit soumis à une limite de responsabilité supérieure. Cependant, on a rétorqué que le transporteur aurait en fait intérêt à établir où le retard s'était produit afin d'exercer une action récursoire contre la partie qui avait causé le retard. On s'est interrogé sur le fait de savoir si une règle à cet égard serait trop favorable aux chargeurs, car il était souvent difficile de déterminer quelle était la cause réelle du retard (par exemple, un retard d'une journée causé par un transporteur ferroviaire ayant finalement eu pour résultat que le conteneur a manqué son navire). L'idée d'introduire une disposition analogue au paragraphe 2 concernant les retards de livraison a suscité autant d'avis favorables que défavorables.

Conclusions du Groupe de travail sur le paragraphe 2

47. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a décidé:

- Que le texte du paragraphe 2 serait conservé entre crochets;
- Qu'il serait introduit entre crochets, dans le texte du paragraphe 2, une référence au retard de livraison en vue de la poursuite du débat sur cette question.

Paragraphe 3

Débat général

48. Ce paragraphe a été décrit comme étant la fameuse disposition relative aux conteneurs des Règles de La Haye-Visby. Le texte du paragraphe a bénéficié d'un large soutien, mais on s'est demandé comment celui-ci s'articulerait avec l'utilisation d'une réserve. Il a également été proposé de faire référence aux palettes dans ce paragraphe, et d'inclure les palettes dans la définition du terme "conteneur" donnée au projet d'article premier. Il a également été suggéré d'envisager d'inclure, pour les conteneurs, une limite distincte devant remplacer celle relative aux colis.

Conclusions du Groupe de travail sur le paragraphe 3

49. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a approuvé quant au fond le paragraphe 3 et a noté qu'il faudrait peut-être examiner plus avant la définition du terme "conteneur" au projet d'article premier afin de faire en sorte qu'elle englobe les palettes.

Paragraphe 4

Débat général

50. Le Groupe de travail s'est déclaré globalement satisfait du paragraphe 4. Il a été noté que ce paragraphe exigeait que la valeur de la monnaie soit celle en vigueur à la date du jugement, de façon qu'il ne soit pas possible, dans le cadre de l'application de ce paragraphe, de tirer parti des fluctuations monétaires. On s'est demandé s'il serait possible de supprimer la dernière phrase du paragraphe, qui était

reproduite d'autres conventions et ne semblait surtout présenter qu'un intérêt historique. Il a été proposé d'inclure dans ce paragraphe une référence à "la date de la sentence arbitrale" ou à "la date de la sentence arbitrale finale". On a mis en garde, cependant, contre les conséquences imprévues que pourraient avoir des changements apportés à ce texte bien connu.

Conclusions du Groupe de travail sur le paragraphe 4

51. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a approuvé quant au fond le paragraphe 4.

Projet d'article 19. Déchéance du droit de limiter la responsabilité

52. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 19 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

Débat général

53. Les participants ont généralement souscrit au principe énoncé dans le projet d'article 19, selon lequel il était possible, dans certaines circonstances exceptionnelles, d'écarter la limite de responsabilité. Il a été estimé que le projet d'instrument devait reconnaître ces circonstances dans une mesure plus ou moins large en fonction de la décision à prendre en ce qui concerne le montant fixé pour ces limites, en particulier dans les projets d'articles 18 et 16. Il a été dit que, si des limites plus élevées étaient retenues, il serait justifié de prévoir qu'elles ne pourraient presque jamais être écartées dans la pratique.

Renvoi à l'article 16-2 et au "retard de livraison"

54. Selon un avis, il serait inapproprié d'assimiler l'intention de causer un retard de livraison avec l'intention de causer un préjudice économique au destinataire. Il a été expliqué que, dans certaines pratiques relatives au transport, la navigation à vitesse réduite, la surréservation ou d'autres comportements intentionnels du transporteur qui engendraient des retards de livraison étaient d'usage courant. Un retard pouvait également résulter d'une décision de navigation intentionnelle prise dans l'intérêt de la cargaison, par exemple pour éviter une tempête. En conséquence, il faudrait établir une distinction entre la simple intention de causer un retard (acceptable dans certaines circonstances) et l'intention de causer un retard en sachant qu'un préjudice économique en résulterait probablement pour le destinataire (situation dans laquelle la limite de responsabilité devait être écartée). Il a été estimé qu'en ce qui concerne la question du retard, il pourrait être nécessaire d'établir, dans le projet d'article 19, la même distinction que celle qui figurait dans le projet d'article 16-1 entre un retard lorsqu'un délai de livraison avait été stipulé dans le contrat et un retard déraisonnable en l'absence d'une telle stipulation. Il a aussi été proposé de résoudre le problème en ajoutant éventuellement le paragraphe suivant relatif à la question du retard de livraison:

> "Ni le transporteur ni aucune des personnes mentionnées à l'article ... n'ont le droit de limiter leur responsabilité en vertu de l'article 16-2 du présent instrument, ou en application d'une limite supérieure prévue par le contrat de transport, si le demandeur prouve que le préjudice dû au retard a résulté d'un acte ou d'une omission personnels de la personne revendiquant le droit de limiter sa responsabilité qui a été commis soit avec l'intention de causer ce

préjudice dû au retard, soit témérairement et en sachant que ce préjudice dû au retard en résulterait probablement."

Renvoi éventuel à l'article 17

55. Selon un point de vue, il faudrait ajouter le projet d'article 17 à la liste des dispositions établissant une limite de responsabilité auxquelles renvoyait l'article 19, étant donné que ce projet d'article 17 avait le même effet qu'une limite de responsabilité. À cela, il a été répondu que l'objet de ce projet d'article n'était pas d'établir une limite, mais simplement d'énoncer une méthode de calcul de la réparation.

Liberté contractuelle

56. En ce qui concerne la possibilité de rendre la limite de responsabilité totalement infranchissable en vertu d'un arrangement contractuel entre les parties (éventuellement par le biais d'une clause spécifique lorsque le contrat de transport était librement négocié ou, dans le cas d'un contrat d'adhésion, par une mention dans un document de transport quelconque), les participants ont généralement estimé que, dans les cas de faute intentionnelle ou de comportement téméraire du transporteur, de tels arrangements contractuels devraient être considérés comme contraires à l'ordre public et ne pas être reconnus par le projet d'instrument.

57. Il a cependant été déclaré qu'un renvoi aux termes du contrat de transport pourrait être nécessaire à l'article 19 pour indiquer les conditions dans lesquelles une limite de responsabilité supérieure stipulée par convention entre les parties (ou, en fonction des décisions à prendre au sujet du chapitre 19, une limite inférieure) pourrait être écartée dans des circonstances exceptionnelles. À cela, il a été répondu que le cas dans lequel les parties convenaient d'une limite supérieure était déjà couvert par l'article 18 et que le cas dans lequel une limite inférieure était stipulée dans un accord de services réguliers de transport maritime sortirait probablement du champ d'application du projet d'instrument en vertu du chapitre 19.

"dommage subi par les marchandises ou lié aux marchandises"

58. Il a été largement convenu que les mots "lié aux marchandises" devraient être traités de la même façon que dans le projet d'article 18 (voir par. 42 et 44).

"d'un acte ou d'une omission [personnels]"

59. On a fait observer qu'en raison de l'obligation de prouver un acte ou une omission personnels de la personne revendiquant le droit de limiter sa responsabilité (le transporteur contractant, par exemple), il était presque impossible d'écarter la limite de responsabilité dans la pratique. Un appui marqué a été exprimé en faveur de l'extension du champ d'application du projet d'article 19 à la situation dans laquelle le comportement intentionnel ou téméraire était le fait d'un préposé ou d'un mandataire du transporteur contractant. Il a également été suggéré d'utiliser les mots "acte ou omission du transporteur ou d'une quelconque des personnes mentionnées dans le projet d'article 14 *bis*". On s'est également préoccupé de la façon dont il serait possible de démontrer un acte ou une omission "personnels" d'une société.

60. Un soutien marqué a aussi été exprimé en faveur du maintien de la mention de l'acte ou de l'omission personnels de la personne revendiquant le droit de limiter sa responsabilité, à l'exclusion d'actes ou d'omissions des préposés ou mandataires de cette personne. On a fait observer qu'une limite presque indépassable pourrait

prévenir un grand nombre de procès. Il a également été indiqué que le but du projet d'instrument n'était pas de créer un régime de responsabilité du fait d'autrui, qui pourrait engendrer de sérieuses difficultés concernant les relations éventuelles entre le projet d'instrument et le régime de responsabilité applicable à un sous-traitant non maritime. Il était concevable que, dans le cadre du régime de responsabilité applicable au sous-traitant, une limite de responsabilité s'applique alors que la limite serait écartée en vertu du projet d'article 19 pour le transporteur contractant. Il a été estimé que, au cas où une telle situation se produirait, il serait nécessaire d'adopter une règle symétrique de celle contenue dans le projet d'article 18-2 afin de faire en sorte que, lorsqu'un sous-traitant dont le comportement causait le dommage était protégé par une limite de responsabilité qui ne pouvait être écartée en vertu du droit applicable en dehors du projet d'instrument, cette limite s'étendrait à la personne responsable en vertu du projet d'article 19. Pour répondre à la préoccupation exprimée à l'égard d'un acte ou d'une omission "personnels" d'une société, on a fait observer qu'une telle "société" était normalement constituée sous la forme d'une personne morale et que la notion d'"acte ou omission personnels" était bien établie en droit maritime et interprétée comme englobant les dirigeants d'une telle personne morale. Pour apaiser cette préoccupation, il a été suggéré de remplacer les mots "acte ou omission personnels de" par les mots "acte ou omission connus de".

"témérairement"

61. Il a été indiqué que la référence au comportement "téméraire" de la personne revendiquant le droit de limiter sa responsabilité créait une incertitude et se prêtait à une interprétation subjective par les tribunaux nationaux. Il a été suggéré que la limite ne puisse être écartée que dans le cas d'un comportement "intentionnel ou frauduleux".

Conclusions du Groupe de travail sur le projet d'article 19

62. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a décidé:

- Qu'il faudrait remplacer les mots "l'article 15-3 et 4" par les mots "l'article 14 *bis*";
- Qu'il faudrait maintenir entre crochets les mots "[ni conformément au contrat de transport]" en attendant les discussions qui porteraient sur le chapitre 19;
- Qu'il faudrait discuter plus avant de la question du retard sur la base d'un projet révisé que le secrétariat devrait établir compte tenu des propositions ci-dessus;
- Que le mot "personnels" devrait être conservé sans les crochets;
- Qu'il pourrait être nécessaire de discuter plus avant, dans le contexte du chapitre 19, de la suggestion tendant à ajouter un renvoi à l'article 17.

Projet d'article 20. Avis de perte, de dommage ou de retard

63. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 20 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

Paragraphe 1

Objet du paragraphe 1

64. L'utilité de la présomption établie au paragraphe 1 a été largement reconnue. Il a été relevé que des dispositions similaires faisaient partie du droit maritime depuis l'institution de cette présomption à l'article III-6 des Règles de La Haye, et que depuis lors leur application n'avait pas suscité de difficultés notables. Les participants ont été informés que son inclusion dans les Règles de La Haye visait à remédier au fait qu'en l'absence d'avis de perte donné dans les délais prescrits, aucune réclamation ne pouvait être présentée au titre de cette perte. D'après les Règles de La Haye, le seul effet de l'absence d'un tel avis était que le demandeur perdait le bénéfice de la présomption que le dommage subi par les marchandises s'était produit au cours de la période de responsabilité du transporteur et avant leur livraison au destinataire. En outre, on a donné aux membres du Groupe de travail l'exemple suivant d'application d'une telle disposition: le transporteur livrait les marchandises au mandataire du destinataire, qui les remettait ensuite au destinataire, lequel ne les inspectait pas et ne notifiait pas le dommage au transporteur dans le délai prescrit. Il s'ensuivrait que le destinataire perdrait le bénéfice de la présomption et devrait prouver que le dommage s'était produit avant la livraison à son mandataire. On a fait observer que la présomption s'appliquait au profit à la fois du destinataire, qui en bénéficiait et n'était pas soumis aux délais de notification très courts qui pourraient être imposés dans un contrat de transport, et du transporteur, qui recevait sans retard un avis de dommage et pouvait donc commencer à réunir des éléments de preuve à un moment où ils étaient toujours disponibles.

65. Cependant, on a mis en doute la nécessité du paragraphe 1, en raison de l'absence apparente de conséquences juridiques si l'avis prescrit n'était pas donné. Comme le fait de donner ou de ne pas donner un tel avis était sans effet sur les charges de la preuve respectives du transporteur et du demandeur établies dans le régime général de responsabilité énoncé dans le projet d'article 14, on s'est demandé si le paragraphe 1 était vraiment nécessaire. Comme les membres du Groupe de travail étaient d'accord sur l'utilité générale de la présomption créée par le paragraphe 1, il a été décidé de s'efforcer d'améliorer son libellé de façon à clarifier son mode de fonctionnement et les conséquences de l'absence d'avis. Il a également été estimé que le nouveau libellé devrait préciser la distinction entre l'avis de l'existence d'un dommage ou d'une perte, qui constituait l'objet du paragraphe 1, et la présentation de preuves concernant le dommage ou la perte, qui ne deviendrait nécessaire qu'ultérieurement pour justifier la réclamation.

66. La nouvelle version suivante du texte du paragraphe 1, tenant compte de certaines des opinions et suggestions présentées ci-dessus, a été proposée au Groupe de travail:

> "1. Un avis de perte ou de dommage subi par les marchandises [ou lié aux marchandises] indiquant la nature générale de cette perte ou de ce dommage est donné [par le destinataire ou en son nom] au transporteur ou à la partie exécutante qui a livré les marchandises avant la livraison ou au moment de la livraison ou, si la perte ou le dommage n'est pas apparent, dans [les trois jours ouvrables] [un délai raisonnable] [... jours ouvrables au lieu de livraison] [... jours consécutifs] suivant la livraison des marchandises. [Un tribunal [peut tenir] [tient] compte de l'absence d'un tel avis lorsqu'il détermine si le demandeur s'est acquitté de la charge de la preuve qui lui incombe en vertu de l'article 14-1.] Un tel avis n'est pas nécessaire dans le cas d'une perte ou d'un

dommage qui est constaté lors d'une inspection commune des marchandises effectuée par le destinataire et le transporteur ou la partie exécutante dont la responsabilité est invoquée."

67. Le texte modifié a été bien accueilli par certains participants, qui ont estimé qu'il s'agissait d'une amélioration dans la mesure où il éliminait la présomption qu'établissait la version initiale du paragraphe 1 et rappelait aux parties que, si elles ne donnaient pas d'avis, il pourrait leur être plus difficile de prouver leurs allégations. On a fait observer que le texte entre crochets pourrait aussi empêcher les tribunaux d'infliger une autre sanction en cas d'absence d'avis. D'autres membres du Groupe de travail ont continué à soutenir le texte initial du paragraphe 1, notamment parce que ce texte était bien connu, qu'il figurait dans plusieurs autres régimes relatifs au transport et qu'il était donc familier aux juges de nombreux pays. Il a été dit, à propos de la version révisée, que la phrase entre crochets manquait de clarté et qu'il ne convenait pas d'avoir l'air de donner aux tribunaux des conseils sur la façon d'évaluer les éléments de preuve. Par ailleurs, certains membres du Groupe de travail étaient en faveur de la suppression pure et simple du paragraphe 1.

Délai de notification

68. Dans l'ensemble, les membres du Groupe de travail ont estimé que, si le paragraphe 1 était maintenu, l'adjectif "raisonnable" ne convenait pas pour définir le délai de notification au transporteur ou à la partie exécutante, des dommages non apparents, étant donné qu'il ne donnait pas d'indications claires aux partenaires commerciaux. On a fait observer que les Règles de La Haye et de La Haye-Visby prévoyaient que cet avis devait être donné dans les trois jours. Plusieurs délais ont été suggérés, en particulier 3, 7, 10 et 15 jours. Il a également été suggéré qu'en tout état de cause, pour des raisons d'équité, le délai choisi devrait être exprimé en jours ouvrables et non en jours consécutifs, surtout si un délai de courte durée était retenu.

69. On a demandé si le délai de notification devait se rapporter au "lieu de livraison" ou au "lieu de livraison finale". Le libellé suivant a été proposé: "... jours ouvrables au lieu de livraison effective". On a estimé que l'expiration du délai de notification pourrait susciter des difficultés pratiques s'il s'agissait d'un délai court qui expirait avant qu'un transporteur routier qui avait chargé les marchandises sur le quai ne les livre au destinataire, notamment parce qu'un tel transporteur routier ne serait probablement pas disposé à jouer le rôle de mandataire du destinataire ni à déballer les marchandises pour découvrir des dommages cachés. Cependant, on a fait observer que ces difficultés ne surgiraient que si le contrat de transport était un contrat de port à port et non de porte à porte, étant donné que la disposition en question visait à répartir le risque d'une quelconque ambiguïté concernant le lieu où le dommage se produisait. Il a été dit que, dans le cadre d'un contrat de transport de port à port, le destinataire devrait supporter le risque une fois que son mandataire avait pris possession des marchandises, mais on a fait observer que, comme actuellement la plupart des contrats étaient des contrats de porte à porte, cette question se poserait beaucoup moins souvent. Ce raisonnement a bénéficié d'un soutien et il a été fait observer que c'était la raison pour laquelle on avait conseillé la prudence en ce qui concerne l'inclusion dans le projet d'instrument de dispositions concernant les contrats mixtes de transport et de transit à l'article 9 du projet d'instrument.

70. Par ailleurs, on s'est préoccupé de l'application du paragraphe 1 dans un certain nombre de ports où la livraison devait être effectuée par le transporteur à des organismes étatiques, tels que des autorités douanières, auquel cas ni le transporteur ni le destinataire n'avaient d'influence sur le temps qui pouvait s'écouler avant la livraison effective des marchandises au destinataire. Il a été suggéré que le délai de notification prévu au paragraphe 1 ne commence à courir qu'au moment où le destinataire recevait physiquement les marchandises.

71. Selon l'opinion qui a prévalu, un délai de notification de sept jours était raisonnable.

Forme de l'avis

72. On s'est dit préoccupé du fait que la forme sous laquelle devrait être donné l'avis n'était pas précisée au paragraphe 1. Il a été relevé que, dans la plupart des cas, les parties enverraient un avis écrit à des fins de preuve, qu'elles soient ou non tenues de le faire, mais les membres du Groupe de travail ont estimé qu'il était préférable d'indiquer expressément que l'avis devait être donné soit par écrit, comme indiqué à l'article 19-1 des Règles de Hambourg et à l'article III-6 des Règles de La Haye, soit par voie électronique. On a fait observer que le projet d'article 5, qui n'avait pas encore été examiné par le Groupe de travail, disposait que les avis visés par le projet d'instrument devraient être donnés par écrit ou électroniquement.

Parties qui doivent envoyer et recevoir l'avis

73. Des craintes ont été exprimées au sujet du membre de phrase entre crochets selon lequel l'avis doit être donné "[par le destinataire ou en son nom]". Il a été observé que cette obligation, si elle était acceptée par le Groupe de travail, risquerait de restreindre inutilement les catégories de parties habilitées à aviser d'une perte ou d'un dommage. Il a aussi été proposé d'inclure, parmi les parties auxquelles un avis pourrait être donné, outre le "transporteur ou la partie exécutante", les mandataires de ce transporteur ou de cette partie exécutante. Ces propositions ont bénéficié d'un certain soutien.

74. Il a été observé que l'avis visé au paragraphe 1 devait être donné au transporteur ou à la partie exécutante, mais que le système de réseau prévu dans le projet d'instrument envisageait que des règles autres que celles énoncées dans le projet d'instrument puissent s'appliquer à l'avis de perte, de dommage ou de retard, s'agissant de l'étape terrestre d'un contrat de transport donné. Il a été estimé qu'il serait par conséquent approprié d'inclure dans le projet d'article 20 une règle du type: "La forme et le délai prescrits pour l'avis de dommage sont réputés avoir été observés de la même façon si les dispositions correspondantes qui s'appliqueraient à un contrat de transport couvrant la dernière partie du transport ont été respectées". Cette proposition a reçu un certain soutien. Il a été déclaré, à son encontre, que la question des délais de notification dans les conventions relatives aux transports intérieurs, était liée à leurs systèmes de responsabilité et ne devrait pas être sortie de ce contexte. Le paragraphe 1 ayant des conséquences juridiques limitées, il ne faudrait pas le compliquer inutilement. Il a été noté, en outre, qu'un délai de notification de sept jours, s'il était finalement retenu, serait utile pour éviter toute confusion, car il serait analogue au délai prescrit dans certains instruments relatifs aux transports routiers tels que la CMR.

Conclusions du Groupe de travail sur le paragraphe 1

75. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a décidé:

- Que le texte initial et la version révisée proposée du paragraphe 1 devraient être placés entre crochets en vue d'un débat ultérieur;
- Que les mots "un délai raisonnable" devraient être supprimés de la version initiale du paragraphe 1;
- Qu'un délai de notification de sept jours était approprié et devrait figurer dans la version initiale du paragraphe 1, le texte "sept jours consécutifs" et "sept jours ouvrables" apparaissant comme variantes entre crochets.

Paragraphe 2

Différences entre les paragraphes 1 et 2

76. Des craintes ont été exprimées quant à la différence de traitement accordé au défaut de notification dans les paragraphes 1 et 2. Il a été estimé que le fait d'exclure une demande en réparation du préjudice résultant d'un retard de livraison au motif que ce préjudice n'avait pas été notifié dans un délai de 21 jours était particulièrement sévère compte tenu du fait que le transporteur bénéficierait déjà de la faible limite fixée pour les dommages-intérêts dus en cas de retard, soit une fois le fret payable en vertu de l'article 16-2. Il a aussi été avancé que le projet de convention contenait déjà des dispositions relatives au délai pour agir et qu'il serait déraisonnable d'exclure une demande dans les circonstances énoncées au paragraphe 2. En réponse à cet argument, il a été noté que le paragraphe 1 avait pour objet de traiter de la notification du préjudice non apparent décelable à l'examen des marchandises, préjudice qu'il fallait, dans l'intérêt de toutes les parties, notifier le plus rapidement possible. Dans la situation visée au paragraphe 2, en revanche, toutes les parties auraient rapidement connaissance du retard, mais on ne connaissait pas les dommages-intérêts indirects qui seraient réclamés au titre du préjudice résultant du retard. Il a été estimé que le délai de notification plus long était raisonnable en ce qu'il permettrait de déterminer l'existence de dommages indirects, qui pourraient être difficiles à évaluer, et de les notifier. En outre, il a été noté que la CMR accordait le même traitement au défaut de notification d'un préjudice résultant d'un retard dans le délai prescrit.

"cette perte"

77. Il a été estimé que c'était le retard plutôt que la perte qui devait être notifié. Il a été noté, cependant, que le retard serait connu des parties très rapidement et que l'important, pour le transporteur, était de connaître avec un certain degré de certitude les conséquences juridiques du retard et le préjudice économique en résultant et dont il pourrait être tenu responsable. Il a été estimé qu'il serait difficile, pour le demandeur, de déterminer l'ampleur du préjudice indirect subi en raison du retard, mais il a été noté que l'avis requis devait porter sur le préjudice lui-même et non sur les détails de la créance. Il a été proposé de supprimer le mot "such" dans la version anglaise afin de clarifier le contenu de l'avis ou de renvoyer spécifiquement à l'article 16-2 pour préciser que l'on faisait référence au préjudice économique. Il a été estimé que la simple utilisation du mot "loss" ne suffirait pas à indiquer que l'on renvoyait à un préjudice résultant d'un retard. La proposition tendant à remplacer l'expression "such loss" ("cette perte") par l'expression "loss due to delay" ("préjudice dû à un retard") a été accueillie favorablement.

“la personne dont la responsabilité est invoquée”

78. Il a été noté que le paragraphe 1 prévoyait que la notification devrait être adressée au transporteur ou à la partie exécutante, alors que le paragraphe 2 exigeait qu’elle soit envoyée à “la personne dont la responsabilité est invoquée”. Il a été avancé que ce texte avait pour objet d’inciter le demandeur à déterminer rapidement qui poursuivre, étant entendu que plusieurs parties pouvaient être avisées, afin de conférer aux défendeurs potentiels une certaine sécurité juridique. Cependant, l’avis selon lequel ce texte risquait de limiter indûment le demandeur dans l’exercice de son droit d’action, car il n’indiquait pas clairement s’il serait possible de poursuivre une partie qui n’aurait pas été avisée, a bénéficié d’un soutien, de même que la proposition tendant à remplacer le membre de phrase “la personne dont la responsabilité est invoquée” par le mot “transporteur”.

Délai

79. Il a été noté que les Règles de Hambourg prévoyaient, à l’article 19-5, un délai de 60 jours pour notifier un préjudice résultant d’un retard. Il a été estimé qu’un délai de notification de 21 jours était approprié, car il conférerait au transporteur une sécurité juridique et lui permettrait d’évaluer l’étendue de sa responsabilité potentielle. Il a aussi été noté que le délai de 21 jours prévu au paragraphe 2 était identique à celui prévu dans la CMR pour notifier un préjudice résultant d’un retard.

“livraison”

80. Il a été avancé qu’il faudrait préciser, au paragraphe 2, que la “livraison” devrait être une livraison conforme au contrat.

Conclusions du Groupe de travail sur le paragraphe 2

81. À l’issue de son débat, le Groupe de travail a décidé:

- Que le membre de phrase “la personne dont la responsabilité est invoquée” devrait être remplacé par les mots “le transporteur”;
- Qu’il faudrait remplacer l’expression “such loss” (“cette perte”) par l’expression “loss due to delay” (“perte résultant d’un retard”) en veillant à ce que le mot “loss” soit traduit de manière identique dans toutes les versions linguistiques.

Paragraphe 3

Correction rédactionnelle

82. Il a été convenu de remplacer, au paragraphe 3, l’expression “dans le présent chapitre” par “dans le présent article”.

“avis donné à une partie exécutante”

83. On s’est déclaré favorable à ce que la deuxième partie de la phrase fasse référence non pas à la “partie exécutante” mais à la “partie exécutante maritime” afin de tenir compte de la décision prise par le Groupe de travail de limiter le champ d’application du projet d’instrument aux parties exécutantes maritimes. On a estimé qu’en procédant autrement, on imposerait aux parties exécutantes la charge d’être notifiées en vertu du projet d’instrument. En réponse à cet argument, il a été avancé qu’il était évident que le paragraphe ne renvoyait qu’aux avis donnés en vertu du

projet d'instrument et non en vertu de quelque autre convention relative aux transports. Il a été noté que si l'on modifiait le texte en "parties exécutantes maritimes", on devrait alors dire "une" ou "toute" partie exécutante maritime, et que le membre de phrase "qui a livré les marchandises" ne serait probablement plus nécessaire.

Conclusions du Groupe de travail sur le paragraphe 3

84. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a décidé que le secrétariat devrait établir une version révisée de ce paragraphe en s'interrogeant sur le fait de savoir s'il faudrait, dans la dernière partie du paragraphe, changer le texte en "partie exécutante maritime" et s'il faudrait, à cet égard, apporter d'autres ajustements au texte.

Paragraphe 4

Débat général

85. Il a été proposé de supprimer le paragraphe 4 et de laisser aux parties ou à la législation interne le soin de déterminer les modalités d'accès et d'inspection. Certains participants, cependant, notant que cette disposition servait un important objectif et était tirée des Règles de La Haye et de La Haye-Visby, se sont déclarés favorables au maintien de ce paragraphe.

"[pour accéder] [doivent donner accès]"

86. Il a été proposé de supprimer le texte "[pour accéder]" et de conserver sans les crochets le membre de phrase "[doivent donner accès]".

Conclusions du Groupe de travail sur le paragraphe 4

87. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a décidé que le paragraphe 4 serait conservé, le texte "[pour accéder]" supprimé et le membre de phrase "[doivent donner accès]" conservé sans crochets.

Projet d'article 21. Recours judiciaires

88. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 21 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

Questions de rédaction

89. Il a été convenu que la référence faite, dans le projet d'article 21, à "une partie exécutante" devrait être modifiée en "partie exécutante maritime". Il a été noté, en outre, que l'expression "lié aux marchandises" (évoquée aux paragraphes 42 et 58 ci-dessus) apparaissait également dans ce projet d'article.

Interaction avec l'article 15-4

90. Il a été estimé que l'article 21 faisait double emploi avec l'article 15-4 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.36 et qu'il faudrait le supprimer, car redondant. En réponse, il a été noté que l'article 15-4 avait pour objet d'offrir aux préposés et mandataires du transporteur la protection de la clause Himalaya, tandis que le projet d'article 21 étendait les exonérations et limites de responsabilité du projet d'instrument aux recours judiciaires.

Conclusions du Groupe de travail sur le paragraphe 4

91. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a décidé:

– Que le mot "maritime" devrait être ajouté à l'expression "partie exécutante";

– Que le secrétariat devrait examiner si l'article 15-4 et le projet d'article 21 étaient redondants et, dans la négative, s'il fallait, étant donné leurs liens étroits, les fusionner;

– Que le secrétariat devrait inclure ce projet d'article dans son examen de l'emploi de l'expression "lié aux marchandises" réalisé dans l'ensemble du projet d'instrument.

Chapitre 6. Dispositions supplémentaires relatives au transport par mer

Projet d'article 22. Responsabilité du transporteur

92. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 22 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

Place de l'article

93. De l'avis général, il faudrait peut-être déplacer le contenu du projet d'article 22 pour l'insérer dans le projet d'article 14 compte tenu des délibérations du Groupe de travail à sa douzième session.

Exception relative à l'incendie

94. Certains ont fermement appuyé la suppression de toute exonération particulière en cas d'incendie. Il a été déclaré que la question de l'incendie ne nécessitait aucun traitement spécial dans la navigation moderne. On a également fait observer qu'il conviendrait tout à fait de traiter cette question dans le cadre de la règle générale énoncée au projet d'article 14 car, dans la plupart des cas, le transporteur serait mieux placé pour déterminer les causes de l'incendie. D'autres, en revanche, ont fermement appuyé le maintien de l'exception traditionnelle relative à l'incendie afin de ne pas modifier, dans le projet d'instrument, l'équilibre général entre les intérêts des différentes parties. On a fait valoir que la suppression de l'exception relative à l'erreur de navigation avait déjà compromis cet équilibre. Il a été proposé, à cet égard, que cette dernière exception soit rétablie dans le projet d'instrument, du moins pour prendre en compte l'erreur de navigation commise en cas de pilotage obligatoire (voir A/CN.9/WG.III/WP.28). Cette proposition a recueilli peu de suffrages.

95. En ce qui concerne la façon dont l'exception relative à l'incendie pourrait être formulée, il a été proposé de remplacer les mots "le fait ou la faute du transporteur" par "le fait ou la faute du transporteur, de ses préposés ou mandataires". On a fait remarquer qu'il faudrait peut-être étudier plus avant cette question dans le cadre du projet d'article 14.

Sauvetage de biens en mer

96. Des doutes ont été émis quant à savoir si le sauvetage ou la tentative de sauvetage de biens en mer devraient être traités de la même manière que le sauvetage ou la tentative de sauvetage de vies. Les participants se sont déclarés dans l'ensemble favorables à l'adoption d'un critère de raisonnabilité, qui pourrait être formulé comme suit: "des mesures raisonnables pour sauver ou tenter de sauver des biens en mer". On a souligné que le sauvetage de biens en mer pouvait déboucher sur une importante rémunération pour le transporteur, sans impact direct ou automatique sur la cargaison endommagée.

Tentative raisonnable d'éviter un dommage à l'environnement

97. Au cours du débat sur le sauvetage ou la tentative de sauvetage de biens en mer, on a proposé qu'il soit fait spécialement mention dans le projet d'instrument de la tentative raisonnable d'éviter un dommage à l'environnement en tant que motif d'exonération. Cette proposition a reçu un large soutien.

Périls de la mer

98. Le Groupe de travail dans son ensemble a approuvé sur le fond la règle concernant les "périls, dangers ou accidents de la mer ou d'autres eaux navigables".

Conclusions du Groupe de travail sur le projet d'article 22

99. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a décidé:

– De conserver l'exception relative à l'incendie dans le projet d'instrument et de l'étudier plus avant dans le cadre du projet d'article 14;

– De remplacer les mots "sauvetage ou tentative de sauvetage de biens en mer" par un texte du type "mesures raisonnables pour sauver ou tenter de sauver des biens en mer", qui ferait éventuellement l'objet d'un alinéa distinct;

– D'insérer, dans le projet d'instrument, un texte du type "tentative raisonnable d'éviter un dommage à l'environnement", qui ferait éventuellement l'objet d'un alinéa distinct;

– De prier le secrétariat d'élaborer un texte révisé dans lequel seraient fusionnés le projet d'article 22 et le projet d'article 14 tel que modifié à sa douzième session.

Projet d'article 23. Déroutement

100. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 23 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

Débat général

101. Des doutes ont été émis sur l'utilité du projet d'article 23 dans de nombreux systèmes juridiques. On a toutefois expliqué que dans la jurisprudence de certains pays, une disposition dans le sens de ce projet d'article était nécessaire pour éviter que le déroutement ne soit traité comme un grave défaut d'exécution de la part du transporteur. Cette explication a été généralement bien accueillie par le Groupe de travail. Pour un traitement plus complet de la question du déroutement, l'attention

du Groupe de travail a été appelée sur une proposition de modification du projet d'article 23, présentée au paragraphe 38 du document A/CN.9/WG.III/WP.34. Il y était proposé, en particulier, de préciser que le transporteur ne pouvait être tenu responsable que d'un déroutement "déraisonnable" et que ce concept se rapporterait uniquement au routage d'un navire de mer (exploité par le transporteur ou par une partie exécutante). Bien que le texte actuel du projet d'article 23 et la proposition de modification aient tous deux été appuyés, on a estimé que des consultations plus poussées étaient nécessaires avant que le libellé de la disposition sur le déroutement puisse être arrêté d'un commun accord.

Conclusions du Groupe de travail sur le projet d'article 23

102. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a décidé de placer entre crochets, dans le projet d'instrument, le texte actuel du projet d'article 23 ainsi que la variante proposée au paragraphe 38 du document A/CN.9/WG.III/WP.34 pour en poursuivre l'examen à une prochaine session.

Projet d'article 24. Marchandises en pontée

103. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 24 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

Paragraphe 1

"b) ... des conteneurs sur des ponts qui sont spécialement équipés pour transporter de tels conteneurs"

104. Il a été proposé de préciser, à l'alinéa b), que les conteneurs destinés au transport en pontée devaient être "fermés" ou "adaptés au transport de marchandises en pontée", car la définition du terme "conteneur" apparaissant à l'alinéa s) du projet d'article premier était très large. On a fait remarquer, en réponse, que différents types de conteneurs semi-fermés étaient utilisés pour le transport en pontée. Il a été demandé si l'alinéa b) était vraiment nécessaire, car la condition qu'il posait semblait comprise dans l'alinéa c), lequel se référait au transport en pontée effectué conformément aux "coutumes, usages et pratiques du commerce". On a toutefois jugé les deux cas de figure distincts prévus aux alinéas b) et c) nécessaires pour tenir compte de diverses pratiques du secteur qui pouvaient emporter des conséquences juridiques différentes.

"c) ... conformément au contrat de transport"

105. Des questions ont été posées à propos de l'accord nécessaire pour que le transport en pontée soit approuvé dans le contrat de transport, en particulier la question de savoir si une mention à cet effet dans le connaissement était suffisante ou si une convention expresse devait être conclue. Selon un avis, il pourrait être plus aisé d'apporter une réponse sur ce point lorsque le Groupe de travail aurait examiné les aspects relatifs à la liberté contractuelle.

Conclusions du Groupe de travail sur le paragraphe 1

106. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a décidé:

– De remplacer, à l'alinéa b), le mot "conteneurs" par l'expression "conteneurs adaptés au transport de marchandises en pontée", qui serait placée entre crochets pour la suite des discussions;

– De placer entre crochets les mots “dans les cas non couverts par les alinéas a) ou b) du présent article” à l’alinéa c);

– De mettre entre crochets les mots “conformément au contrat de transport” à l’alinéa c).

Paragraphe 2

Débat général

107. Le principe sur lequel reposait la règle énoncée au paragraphe 2 a été généralement approuvé. Il a également été convenu de dire dans la partie liminaire de ce paragraphe “... conformément au paragraphe 1 a) ou c)” plutôt que “... conformément au paragraphe 1 a) et c)”.

Articulation avec le projet d’article 14 en ce qui concerne la charge de la preuve et les causes concomitantes

108. On s’est interrogé sur l’articulation entre le paragraphe 2 et le projet d’article 14 (A/CN.9/WG.III/WP.36). Il a été noté que ce paragraphe dérogeait au projet d’article en question et faisait retomber la charge de la preuve sur le transporteur. Malgré cette dérogation, a-t-on déclaré, la responsabilité du transporteur pour la perte, le dommage ou le retard “résultant exclusivement” du transport des marchandises en pontée risquait de soulever une question épineuse dans le contexte de la règle relative aux causes concomitantes prévue dans le projet d’article 14-4.

Conclusions du Groupe de travail sur le paragraphe 2

109. À l’issue de son débat, le Groupe de travail a décidé:

– De corriger le texte du paragraphe en remplaçant la conjonction “et” par “ou” dans la partie liminaire;

– D’examiner plus en détail le paragraphe à la lumière du projet d’article 14-4.

Paragraphe 3

Remarques générales

110. L’orientation du paragraphe 3 a été jugée acceptable dans l’ensemble. Selon un avis largement partagé, toutefois, la question des droits des tiers devrait être examinée plus avant dans le cadre des chapitres 11 (Droit de contrôle) et 12 (Transfert de droits). On a fait observer que le débat à venir sur la liberté contractuelle aurait également une incidence sur cette question. Il a été estimé que le paragraphe 3 devrait aussi s’appliquer au cas où un tiers se fiait à un document de transport ou à un enregistrement électronique non négociable, car ce qui importait n’était pas tant le contenu légal du document ou de l’enregistrement que la foi accordée à celui-ci.

Conclusions du Groupe de travail sur le paragraphe 3

111. À l’issue de son débat, le Groupe de travail a décidé qu’il rouvrirait une discussion sur le paragraphe 3 en général et sur le point de savoir en particulier si son champ d’application devrait être élargi pour couvrir les cas où des tiers se fiaient à des documents de transport ou à des enregistrements électroniques non

négociables, après avoir examiné les questions plus générales se posant dans le cadre du projet d'instrument à propos des droits des tiers et de la liberté contractuelle.

Paragraphe 4

"si le transporteur et le chargeur ont expressément convenu"

112. Il a été demandé pourquoi l'accord exprès entre le chargeur et le transporteur de transporter les marchandises en cale était nécessaire pour supprimer la limite de responsabilité pour les dommages causés par un transport en pontée, lorsque le principe général était que les marchandises devaient être transportées en cale sauf dans les cas visés au paragraphe 1. Il a été répondu que seule la violation d'une convention expresse de transporter des conteneurs en cale devrait entraîner la déchéance du droit de limiter la responsabilité du transporteur en vertu du paragraphe 4 pour avoir causé les dommages que l'on cherchait précisément à éviter.

"qui résulte exclusivement de leur transport en pontée"

113. Il a été déclaré que, lorsque le transporteur transportait les marchandises en pontée en violation d'un accord exprès de les transporter en cale, tout dommage causé par ce transport était le résultat d'un acte téméraire en vertu du projet d'article 19 et que le transporteur devait par conséquent être déchu du droit de limiter sa responsabilité. Il a donc été proposé de supprimer les mots "qui résulte exclusivement de leur transport en pontée". Cette proposition a été appuyée.

114. Toutefois, plusieurs délégations ont été d'avis que le comportement téméraire ou intentionnel traité au projet d'article 19 différait sensiblement du cas visé au paragraphe 4 du point de vue de l'intention de causer la perte ou le dommage. On a expliqué, par exemple, que la perte d'un navire ne devrait pas entraîner la déchéance du droit du transporteur de limiter sa responsabilité concernant le transport en pontée, car il n'y avait pas de lien de causalité entre ce transport inapproprié et la perte de la cargaison. La proposition de conserver tel quel le paragraphe 4 a bénéficié d'un certain soutien.

115. Une troisième suggestion a été de supprimer uniquement l'adverbe "exclusivement", ce qui pensait-on permettrait d'étendre quelque peu la responsabilité potentielle du transporteur et de reconnaître ainsi la gravité du manquement de ce dernier à la convention expresse de transporter les marchandises en cale. Cette suggestion a également recueilli un certain soutien.

Suppression du paragraphe 4

116. Une quatrième proposition a été de supprimer le paragraphe 4 dans son intégralité, en particulier si le projet d'article 19 pouvait être considéré comme couvrant les cas traités dans ce paragraphe. Cette proposition a recueilli un peu moins de suffrages que les trois autres.

Conclusions du Groupe de travail sur le paragraphe 4

117. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a décidé:

– De conserver, entre crochets, l'adverbe "expressément";

– De mettre entre crochets les mots “qui résulte exclusivement de leur transport en pontée”;

– De mettre également entre crochets l’adverbe “exclusivement”;

– De placer l’ensemble du paragraphe entre crochets;

– De rouvrir le débat sur le paragraphe à une prochaine session et d’étudier de plus près sa relation avec le projet d’article 19.

Chapitre 7. Obligations du chargeur

Projet d’article 25

118. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d’article 25 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

“[Sous réserve des dispositions du contrat de transport,]”

119. Il a été largement estimé qu’il faudrait faire référence au contrat de transport dans le projet d’article 25. Cependant, on a exprimé l’opinion selon laquelle la référence à ce contrat était mal placée. Selon cette opinion, il était possible de déroger à l’obligation d’un chargeur de remettre les marchandises prêtes pour le transport par convention entre le chargeur et le transporteur lorsque, par exemple, ce dernier acceptait d’utiliser son matériel pour mettre en place les marchandises du chargeur en vue de les préparer pour le transport, mais un chargeur ne devrait pas pouvoir sous-traiter son obligation de préparer les marchandises de façon à ce qu’elles résistent au transport. En conséquence, il a été proposé de supprimer les mots entre crochets et d’ajouter les mots “à moins qu’il n’en soit convenu autrement et” après les mots “le chargeur remet les marchandises prêtes pour le transport”. Cette proposition n’a pas suscité d’objection particulière, pour autant que l’on retrouve dans le projet d’article l’intention exprimée par les termes qui figuraient initialement entre crochets. Selon une autre proposition allant dans le même sens, il était possible de supprimer les termes figurant entre crochets et d’insérer après le début du projet d’article 25, à savoir les mots “[l]e chargeur remet”, les mots utilisés pour définir les obligations du transporteur dans le projet d’article 10, à savoir “conformément aux clauses du contrat de transport”.

120. Il a été suggéré qu’il était possible de supprimer purement et simplement les mots entre crochets pour ne pas donner l’impression qu’il était possible d’accroître contractuellement les obligations du chargeur. Cependant, de nombreux membres ont estimé qu’il fallait s’en tenir au texte initial du projet d’article et conserver le principe exprimé par les mots entre crochets.

Règlements concernant la sécurité et l’environnement

121. Il a été suggéré que le projet d’article 25 tienne compte des règlements existant en matière de sécurité du transport, en incluant des mots tels que “sans préjudice des règlements concernant la sécurité”. Une proposition analogue a été formulée en ce qui concerne la protection de l’environnement.

Deuxième phrase du projet d'article 25

122. Il a été proposé de supprimer la deuxième phrase du projet d'article 25, étant donné qu'elle répétait inutilement les obligations du chargeur énoncées dans la première phrase. Cependant, il a été indiqué que, s'il était sans doute souhaitable d'améliorer le libellé de la deuxième phrase, la règle relative aux conteneurs qui y était énoncée constituait une obligation distincte qu'il fallait maintenir dans le projet d'article. Cette position a été appuyée.

Conclusions du Groupe de travail sur le projet d'article 25

123. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a décidé:

– Qu'il faudrait conserver le projet d'article 25 dans le projet d'instrument;

– Qu'il faudrait conserver le principe, exprimé entre crochets, selon lequel les obligations du chargeur étaient énoncées sous réserve des dispositions du contrat de transport, et donc supprimer les crochets, mais que le secrétariat devrait envisager de reformuler cette disposition de manière appropriée compte tenu des discussions qui avaient eu lieu et des propositions qui avaient été présentées au cours de la session;

– Que le secrétariat pourrait envisager d'améliorer le libellé de la deuxième phrase, tout en conservant son sens.

Projet d'article 26

124. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 26 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

Débat général

125. Il a été proposé de supprimer le projet d'article 26, avec ou pas le projet d'article 25. Une autre suggestion a été de fusionner les projets d'articles 26 et 28. Selon l'avis qui a prévalu, il faudrait conserver le contenu du projet d'article 26 pour contrebalancer les obligations faites au chargeur dans le projet d'article 25.

Place de l'article

126. Pour des motifs déjà exposés à la neuvième session du Groupe de travail, des réserves ont été émises sur le fait que le projet d'article 26 se trouve dans un chapitre consacré aux obligations du chargeur (voir A/CN.9/510, par. 149 à 151). Selon l'opinion dominante, le projet d'article 26 était bien à sa place car il complétait logiquement le projet d'article 25. Pour remédier à l'incohérence apparente que créait la présence d'une disposition régissant une obligation du transporteur dans un chapitre traitant des obligations du chargeur, il a été généralement convenu de donner un titre aux projets d'articles du chapitre 7. Il a été suggéré de modifier également l'intitulé du chapitre 7 éventuellement comme suit: "Obligations du chargeur et questions accessoires".

"à sa demande"

127. S'il a été estimé que les obligations imposées par le projet d'article 26 étaient formulées en termes trop subjectifs (l'article se référant par exemple aux instructions "qui sont raisonnablement nécessaires ou qui revêtent de l'importance

pour le chargeur"), le débat s'est davantage focalisé sur la question de savoir si le transporteur devait fournir des informations "à la demande" du chargeur.

128. Plusieurs délégations ont appuyé la suppression des mots "à sa demande". Il a été expliqué que le transporteur devrait être tenu de prendre l'initiative de fournir au chargeur les informations "raisonnablement nécessaires" compte tenu de la nature de la cargaison, ce à quoi on a rétorqué que le transporteur n'aurait peut-être pas toujours connaissance de la nature de la cargaison et que, vu la lourde responsabilité imposée par le projet d'article 29 en cas de non-respect du projet d'article 26, il ne devrait exécuter les obligations prévues dans cette dernière disposition qu'à la demande expresse du chargeur. Il a été proposé de remplacer éventuellement les mots "à sa demande" par un libellé, inspiré du projet d'article 27, du type "à moins que le transporteur puisse raisonnablement supposer que cette information est déjà connue du chargeur".

Conclusions du Groupe de travail sur le projet d'article 26

129. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a décidé:

- De prier le secrétariat de proposer des titres pour les projets d'articles du chapitre 7;
- De conserver, au chapitre 7, le contenu du projet d'article 26, y compris les mots "à sa demande", pour en poursuivre l'examen à une prochaine session;
- D'examiner éventuellement de plus près la variante proposée ci dessus.

Projet d'article 27

130. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 27 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

Débat général

131. La suppression de l'alinéa c), dont on a dit qu'il avait peu de chose en commun avec les alinéas a) et b) ou avec les obligations du chargeur, a été appuyée. On a fait valoir que les questions abordées dans cet alinéa c) étaient suffisamment traitées aux chapitres 8 (Documents de transport et enregistrements électroniques) et 10 (Livraison au destinataire). Le Groupe de travail a cependant été instamment prié de bien réfléchir avant de supprimer une disposition qui était inspirée des Règles de La Haye et qui n'était peut-être pas suffisamment couverte dans les chapitres en question. De l'avis général, il faudrait peut-être étudier plus avant le lien éventuel entre l'alinéa c) et les chapitres 8 et 10 à une prochaine session.

132. L'avis selon lequel la formule finale de l'alinéa c) ("à moins que le chargeur puisse raisonnablement supposer que cette information est déjà connue du transporteur") devrait s'appliquer aux alinéas a) et b) a également été soutenu. En ce qui concerne l'alinéa b), cependant, la majorité des participants ont estimé que l'obligation de fournir des instructions précises et les documents nécessaires pour le respect des règles, règlements et autres exigences des autorités publiques se distinguait de l'obligation d'information énoncée à l'alinéa a), devait être exempte d'ambiguïté compte tenu des considérations d'ordre public sur lesquelles elle reposait et, pour ces motifs, ne devait pas dépendre d'une supposition sur ce que le transporteur pouvait savoir ou ne pas savoir.

Conclusions du Groupe de travail sur le projet d'article 27

133. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a décidé:

– Que la structure générale du projet d'article 27 était acceptable;

– Que le texte actuel du projet d'article, y compris ses trois alinéas, devrait être conservé pour être examiné plus avant à une session prochaine;

– Que les mots "à moins que le chargeur puisse raisonnablement supposer que cette information est déjà connue du transporteur" devraient être ajoutés à la fin de l'alinéa a).

Projet d'article 28

134. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 28 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

Suppression du projet d'article 28

135. En vue de simplifier le texte du projet d'instrument, il a été proposé de supprimer le projet d'article 28 et d'énoncer l'intention qu'il exprimait (c'est-à-dire que les informations, instructions et documents que le chargeur et le transporteur se communiquaient devaient être exacts et complets, et être fournis en temps utile) directement dans les projets d'articles 26 et 27. Il a été indiqué que l'idée que les informations devaient être exactes et complètes était implicite dans l'obligation de fournir des informations énoncée dans les projets d'articles 26 et 27, mais il a été largement estimé que, pour des raisons pratiques et du fait que les informations et les documents relatifs au transport contenaient souvent des inexactitudes, il pouvait être nécessaire de mentionner expressément l'obligation d'être "exact et complet" dans les projets d'articles 26 et 27.

136. Un large soutien a été exprimé en faveur de la simplification qui pourrait résulter de la suppression du projet d'article 28. Cependant, des doutes ont été exprimés en ce qui concerne le fond de l'obligation de communiquer des informations et des instructions "exactes et complètes". Il a été expliqué qu'un conflit pourrait exister, par exemple, entre la notion subjective d'instructions "qui sont raisonnablement nécessaires ou qui revêtent de l'importance pour" le chargeur ou le transporteur et la notion plus objective d'instructions "complètes". Il a été convenu dans l'ensemble qu'il faudrait peut-être examiner plus avant cette question après que la nature des responsabilités du chargeur et du transporteur énoncées dans les projets d'article 29 et 30 aurait été clarifiée.

Conclusions du Groupe de travail sur le projet d'article 28

137. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a décidé:

– Que le projet d'article 28 serait supprimé et remplacé par une mention, dans le projet d'article 26, du fait que le chargeur devrait fournir "en temps utile" les informations et instructions requises et que "les informations et instructions données doivent être exactes et complètes"; de même, il faudrait modifier le projet d'article 27 pour y indiquer que le chargeur devrait fournir au transporteur "en temps utile les informations, instructions et documents exacts et complets...";

– Que les modifications indiquées ci-dessus à apporter aux projets d'articles 26 et 27 devraient être placées entre crochets, en vue de la poursuite de la discussion après que les responsabilités du chargeur et du transporteur prévues dans les projets d'articles 29 et 30 auraient été examinées.

Projets d'articles 29 et 30

138. Le Groupe de travail a examiné le texte des projets d'articles 29 et 30 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

Proposition de révision des projets d'articles 29 et 30

139. Il a été proposé de remplacer les projets d'articles 29 et 30 par une disposition s'inspirant du texte ci-après:

"1. Sous réserve des articles 25, 27 et 28, le chargeur est responsable du dommage ou de la perte qu'il a causés au transporteur ou à un transporteur sous-traitant intentionnellement ou par sa faute ou sa négligence;

2. Si le chargeur a remis des marchandises dangereuses au transporteur ou au transporteur sous-traitant sans les informer de la dangerosité des marchandises ou des mesures de sécurité nécessaires, et si le transporteur n'a pas eu autrement connaissance de la dangerosité des marchandises et des mesures de sécurité nécessaire, le chargeur est responsable du dommage ou de la perte subis par ce dernier".

140. À titre d'explication, il a été déclaré que le chargeur devrait être responsable des dommages qu'il avait causés, par sa faute ou par sa négligence, au transporteur. Le texte proposé, a-t-il été dit, introduisait un équilibre entre les responsabilités du transporteur et celles du chargeur. Le paragraphe 2 du texte proposé avait pour objet de créer une responsabilité de plein droit (sans faute) du chargeur s'il n'informait pas le transporteur de la dangerosité de certaines marchandises. Quant à la responsabilité du chargeur envers le destinataire et la partie contrôlante, il a été suggéré qu'elle soit traitée par référence, respectivement aux arrangements contractuels entre les parties ou à la loi applicable en dehors du projet d'instrument. Il a été souligné que la proposition partait du principe que toute disposition traitant de la responsabilité du transporteur dans le texte actuel des projets d'articles 29 et 30 devrait être examinée plus avant dans le contexte des (et si possible ajoutée aux) dispositions du projet d'instrument traitant plus généralement des obligations du transporteur. Il a été dit que le non-respect par le transporteur de l'obligation que lui imposait l'article 26 ne devrait pas être sanctionné par une responsabilité mais par la déchéance de son droit d'invoquer l'article 25.

141. Bien qu'il ait été généralement convenu qu'il faudrait peut-être améliorer le texte de la proposition, en particulier pour éviter toute ambiguïté concernant l'identité du "transporteur sous-traitant", le Groupe de travail a fondé ses délibérations sur les principes exprimés dans la proposition.

Principe de la responsabilité du chargeur fondée sur la faute

142. Le principe selon lequel le régime de responsabilité appliqué au chargeur devrait généralement se fonder sur la faute, reflétant ainsi le régime de responsabilité créé par le projet d'instrument à l'égard du transporteur, a été

fortement approuvé. Quant aux cas où il pourrait être nécessaire de tenir le chargeur responsable de plein droit, les exceptions suivantes au principe général ont été suggérées:

– Les cas visés par l'alinéa c) du projet d'article 27 (informations nécessaires au transporteur pour établir les documents de transport), pour lesquels l'article III-5 des Règles de La Haye-Visby prévoyait déjà une responsabilité de plein droit;

– Les cas visés à l'alinéa b) du projet d'article 27 (informations requises pour permettre au transporteur de se conformer aux règles ou exigences des autorités publiques).

143. S'agissant de la formulation des exceptions ci-dessus, il a été largement estimé qu'il faudrait peut-être modifier, dans la proposition, le membre de phrase "sous réserve des articles 26, 27 et 28", non seulement pour spécifier chaque exception, mais aussi pour préciser que, pour être tenu responsable de plein droit en vertu de cette disposition, le chargeur devrait ne pas respecter son obligation de fournir au transporteur les informations, instructions ou documents nécessaires.

Responsabilité du chargeur envers le destinataire ou la partie contrôlante

144. Pour les raisons avancées par les auteurs du texte proposé à la place des projets d'articles 29 et 30, on a estimé qu'il ne fallait pas traiter la responsabilité du chargeur envers le destinataire. Selon un avis, cependant, les dispositions traitant de la responsabilité du chargeur devraient refléter la structure des dispositions traitant de la responsabilité du transporteur, et il faudrait peut-être réexaminer ultérieurement la question de la responsabilité envers le destinataire et la partie contrôlante.

Responsabilité conjointe

145. On s'est déclaré favorable au maintien du paragraphe 3 de la variante B du texte initial de l'article 29 en vue de la poursuite à un stade ultérieur du débat sur la question de la responsabilité conjointe, qui n'était pas traitée dans la proposition. Il a été avancé que si l'on conservait, en fin de compte, une disposition sur la responsabilité conjointe dans le projet d'instrument, une disposition régissant l'exercice des actions récursoires serait peut-être nécessaire.

Marchandises dangereuses

146. S'agissant des termes de la proposition selon lesquels le chargeur devrait être tenu responsable de plein droit s'il n'informait pas le transporteur de la dangerosité des marchandises et des mesures de sécurité à prendre, on a craint que la règle proposée soit inutile et son effet incertain, imprévisible et excessivement contraignant pour le chargeur, compte tenu en particulier de la jurisprudence d'un certain nombre de pays, en vertu de laquelle des marchandises, bien que non définissables comme dangereuses avant le transport, pourraient ultérieurement être déclarées dangereuses par des tribunaux faisant droit à la demande, au seul motif qu'elles avaient causé un dommage. Selon un avis, la question des marchandises dangereuses était suffisamment traitée dans le projet d'instrument, par exemple aux articles 27 et 12, qui évitaient à juste titre d'utiliser la notion de "marchandises dangereuses". Selon d'autres avis, la question des marchandises dangereuses pourrait être traitée par référence à l'article 13-2 des Règles de Hambourg ou par

insertion dans le projet d'article 27 d'une obligation, pour le chargeur, d'informer le transporteur de la dangerosité des marchandises.

147. La discussion a ensuite porté sur la définition des marchandises dangereuses. Il a généralement été estimé que si l'on conservait une disposition mentionnant expressément les marchandises dangereuses, il faudrait définir ces dernières dans le projet d'instrument. La seule référence possible, a-t-on dit, était la définition fournie dans la Convention internationale sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses (Convention HNS), mais d'importants doutes ont été exprimés quant à l'opportunité d'introduire une telle définition dans un instrument de droit commercial international. On a appuyé une proposition tendant à prendre en compte, dans la définition, la question de marchandises qui devenaient dangereuses pendant le transport.

Conclusions du Groupe de travail sur les projets d'articles 29 et 30

148. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a décidé:

– Que les aspects des projets d'articles 29 et 30 traitant de la responsabilité du transporteur devraient être déplacés, en vue de la poursuite du débat, vers les dispositions qui traitaient spécifiquement des obligations du transporteur;

– Que les projets d'articles 29 et 30 devraient être entièrement révisés pour refléter le principe général selon lequel la responsabilité du chargeur devrait se fonder sur la faute;

– Qu'il faudrait introduire des exceptions à ce principe général et conserver une règle de responsabilité de plein droit dans les cas où le chargeur ne respectait par les prescriptions des alinéas b) et c) du projet d'article 27; ces exceptions devraient être placées entre crochets;

– Qu'il faudrait également, à titre de possibilité supplémentaire, insérer entre crochets une disposition analogue à l'article III-5 des Règles de La Haye;

– Qu'il faudrait conserver le paragraphe 3 de la variante B du projet d'article 29 (A/CN.9/WG.III/WP.32) en vue de la poursuite du débat à une session ultérieure;

– Qu'il faudrait introduire, à un endroit approprié du projet d'instrument, une disposition spécifique traitant de la question des marchandises dangereuses, disposition se fondant sur le principe de la responsabilité de plein droit du chargeur en cas d'information insuffisante ou défectueuse concernant la nature des marchandises;

– Qu'il faudrait donner une large définition de la notion de "marchandises dangereuses"; à cet effet, le secrétariat a été prié d'avoir à l'esprit d'autres instruments internationaux relatifs aux transports et de traiter la question des marchandises qui devenaient dangereuses pendant le voyage.

Projet d'article 29 *bis*

149. Le Groupe de travail a examiné une proposition tendant à insérer un projet d'article 29 *bis* dans le projet d'instrument (A/CN.9/WG.III/WP.34, par. 43).

Causalité

150. Des questions ont été posées à propos de la portée générale du projet d'article 29 *bis*. Il a été estimé que le transporteur ne devrait être exonéré de responsabilité que pour un retard de livraison, une perte ou un endommagement des marchandises causé par une déclaration matériellement fausse du chargeur. On a fait observer que l'absence de lien de causalité dans le projet d'article proposé ne constituait pas une innovation et, à cet égard, on a mentionné la disposition correspondante de l'article IV-5 h) des Règles de La Haye-Visby. Selon l'opinion qui a prévalu, le projet d'article 29 *bis* énonçait une disposition bien connue qui portait sur une question importante et devrait être inséré entre crochets dans le texte, compte tenu des réserves exprimées au sujet du lien de causalité.

Retard

151. Des participants se sont préoccupés du fait qu'il était question, dans le projet d'article 29 *bis*, du préjudice résultant d'un retard, en particulier parce que la disposition correspondante des Règles de La Haye-Visby ne visait pas ce type de préjudice. Selon l'opinion qui a prévalu, le placement du texte entre crochets tiendrait compte également des réserves exprimées en ce qui concerne le préjudice dû à un retard.

Place de l'article

152. Il a été estimé qu'il faudrait tenir compte de la possibilité que le projet d'article 14 régisse déjà les situations dans lesquelles les déclarations du chargeur étaient matériellement fausses. Il a été convenu que le secrétariat examinerait le projet d'article 14 lorsqu'il déciderait de l'endroit où il convenait de placer le projet d'article 29 *bis* dans le projet d'instrument.

Conclusions du Groupe de travail sur le projet d'article 29 bis

153. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a décidé:

- Que le texte du projet d'article 29 *bis* devrait être inséré entre crochets dans le projet d'instrument;
- Que les questions de la causalité et de la prise en compte du préjudice résultant d'un retard seraient examinées lors d'une session ultérieure;
- Que le secrétariat examinerait la possibilité de placer le projet d'article 29 *bis* dans le chapitre 5 portant sur la responsabilité du transporteur.

Projet d'article 31

154. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 31 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

Débat général

155. Il a été rappelé au Groupe de travail que, sur les trois types possibles de chargeurs, à savoir le chargeur documentaire, le chargeur contractuel et le chargeur effectif, le projet d'article 31 visait le vendeur franco à bord désigné en tant que chargeur dans le document de transport (voir A/CN.9/510, par. 164, et A/CN.9/WG.III/WP.21, par. 118 à 122). Par ailleurs, il a été relevé que, d'une manière générale, cette disposition se voulait le pendant de la disposition concernant l'identification du transporteur qui figurait à l'article 36-3, et il a été suggéré d'aligner éventuellement ces deux dispositions. Les membres du Groupe de travail sont convenus dans l'ensemble que la situation la plus courante qui pouvait se produire dans le contexte du projet d'article 31 était qu'il serait demandé de modifier le nom du chargeur dans le document de transport. Il a également été convenu qu'il fallait étudier la question de façon plus approfondie pour déterminer si l'absence d'indication du nom d'un quelconque chargeur dans le document de transport était suffisamment courante pour justifier l'examen de cette disposition.

"soumise aux responsabilités et obligations qui incombent au chargeur"

156. On s'est demandé si l'intention du projet d'article 31 était que les responsabilités et obligations du chargeur contractuel soient transférées au chargeur effectif ou documentaire, ou qu'il y ait responsabilité conjointe. Il a été répondu que l'intention était d'imposer les responsabilités et obligations au chargeur documentaire non pas au lieu du chargeur contractuel, mais en plus de ce dernier. On s'est également demandé s'il était approprié que le chargeur documentaire soit soumis à l'ensemble des responsabilités et obligations incombant au chargeur contractuel. Il a été estimé qu'il pourrait être préférable d'appliquer le projet d'article 31 aux seuls cas dans lesquels l'identité du chargeur contractuel était inconnue, en veillant à ce que le chargeur documentaire soit responsable en cas de communication d'informations fausses ou inexactes, que le chargeur contractuel soit ou non connu. Selon l'opinion qui a prévalu, il faudrait placer entre crochets les mots "soumise aux responsabilités et obligations" en attendant un examen plus approfondi des préoccupations exprimées au sujet de ce projet d'article.

"accepte le document de transport ou l'enregistrement électronique"

157. Il a été estimé que le mot "accepte" était imprécis et permettait une interprétation trop large du projet de disposition. On a indiqué que le mot "accepte" correspondait exactement à la situation dans laquelle le chargeur documentaire devenait le premier porteur en cas d'émission d'un document négociable, mais qu'un autre mot, tel que "reçoit", serait sans doute préférable car il susciterait moins de préoccupations. Selon l'opinion qui a prévalu, il faudrait placer les mots "accepte" et "reçoit" entre crochets dans le texte.

Conclusions du Groupe de travail sur le projet d'article 31

158. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a décidé:

– Que l'intention générale du projet d'article 31 était acceptable, mais qu'il faudrait réfléchir davantage à la portée exacte de la disposition et déterminer si elle ne devait constituer qu'une règle supplétive applicable lorsque l'identité du chargeur contractuel n'était pas connue;

– Que le membre de phrase “soumise aux responsabilités et obligations” devrait être placé entre crochets;

– Que le mot “accepte” devrait être placé entre crochets en vue d’une discussion ultérieure, de même que le mot “reçoit”.

Projet d’article 32

159. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d’article 32 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

Débat général

160. Il a été convenu qu’une disposition telle que le projet d’article 32 était nécessaire dans le projet d’instrument. On a fait observer que le projet d’article 32 visait à établir des dispositions parallèles à celles énoncées dans le texte de l’article 15-3 (A/CN.9/WG.III/WP.36) relatif à la responsabilité d’une partie exécutante pour les actes et les omissions de toute personne à laquelle elle avait délégué l’exécution de l’une quelconque des obligations incombant au transporteur en vertu du contrat de transport et que, en fait, le texte des deux dispositions était pratiquement identiques. On a exprimé des préoccupations concernant les personnes, qui pourraient être visées par le projet d’article 32, mais il a été estimé que les mots “toute personne à qui [le chargeur] a délégué l’exécution de l’une quelconque des obligations lui incombant en vertu du présent chapitre” indiquaient de façon suffisamment claire la catégorie de personnes à laquelle il s’appliquait. On s’est également préoccupé de savoir si le projet d’article 32 était suffisamment clair en ce qui concerne la règle générale selon laquelle la responsabilité du chargeur devait reposer sur la faute, mais il a été estimé que le membre de phrase “comme s’il s’agissait de ses propres actes ou omissions” précisait de façon suffisamment claire la base sur laquelle la responsabilité serait évaluée. Selon l’opinion qui a prévalu, le texte du projet de l’article 32 devait être conservé sans modification.

Conclusions du Groupe de travail sur le projet d’article 32

161. À l’issue de son débat, le Groupe de travail a décidé:

– Que la structure générale du projet d’article 32 était acceptable et que le texte actuel devrait être conservé en vue de discussions ultérieures;

– Que les questions soulevées concernant les interactions entre cette disposition, d’une part, et l’article 11-2 et le projet d’article 29 *bis*, d’autre part, devraient être examinées lors d’une session ultérieure.

Chapitre 9. Fret

162. Le Groupe de travail a examiné le texte du chapitre 9 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

Débat général

163. Il a été estimé que le chapitre 9, relatif au fret, n’avait pas de caractère obligatoire et portait sur des questions purement commerciales, et qu’en conséquence, il devrait être supprimé. À cela, il a été répondu que, si le chapitre 9 n’était effectivement pas obligatoire, ses dispositions pourraient utilement combler

les lacunes laissées par les partenaires commerciaux dans leurs conventions. On a également fait observer que certaines des dispositions contenues dans le chapitre 9 ne portaient pas, à proprement parler, sur la seule question du fret: l'article 43-2 concernait la cessation de la responsabilité du chargeur et le transfert des droits; la disposition relative à la mention "fret payé d'avance" qui figurait dans les deux premières phrases de l'article 44-1 visait à protéger les tiers porteurs d'un document de transport et à clarifier leur situation; et le projet d'article 45 constituait une tentative d'assurer une certaine uniformité concernant les privilèges. On a dit que, comme ces dispositions énonçaient des règles importantes mais n'avaient trait qu'accessoirement au fret, il faudrait les conserver en vue d'un examen ultérieur, malgré le souhait général de supprimer le chapitre relatif au fret. Tous les membres du Groupe de travail ont été d'accord sur cette façon de procéder, sauf en ce qui concerne le projet d'article 45, qui, selon une opinion exprimée, était trop complexe et portait sur un domaine qui était trop vaste pour se prêter à une législation uniforme et devait être régi par le droit applicable. Selon l'opinion dominante, il convenait de supprimer le chapitre 9 dans sa totalité, mais il a été généralement convenu que le projet d'article 43-2 et les deux premières phrases du projet d'article 44-1 devaient être conservés (et placés ailleurs dans le projet d'instrument) pour que le Groupe de travail puisse les examiner ultérieurement.

Conclusions du Groupe de travail sur le chapitre 9

164. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer le chapitre 9. Le projet d'article 43-2 et les deux premières phrases du projet d'article 44-1 devraient être conservés entre crochets et placés par le secrétariat à un endroit approprié dans le projet d'instrument, en vue de la poursuite des discussions à une session ultérieure.

III. Questions diverses

Dates de la quatorzième session

165. Il a été noté que, sous réserve de l'approbation de la Commission à sa trente-septième session (New York, 14-25 juin 2004), le Groupe de travail tiendrait sa quatorzième session à Vienne, au Centre international de Vienne, du 29 novembre au 10 décembre 2004.

Organisation des travaux futurs

166. Afin de structurer le débat sur les dispositions restantes du projet d'instrument, le Groupe de travail a adopté le programme provisoire ci-après pour sa deuxième lecture du projet:

– *Quatorzième session*

  Responsabilité du transporteur (projets d'articles 14, 22 et 23);
  Liberté contractuelle (projets d'articles 2, 88 et 89);
  Compétence et arbitrage (projets d'articles 72 à 80 *bis*);

– *Quinzième session (New York, printemps 2005)*

  Documents de transport et commerce électronique (projets d'articles 3 à 6 et 33 à 40);
  Droit de contrôle et transfert de droits (projets d'articles 53 à 61);

Livraison des marchandises (projets d'articles 46 à 52);
Droits d'action et délai pour agir (projets d'articles 63 à 71).

Méthodes de travail

167. Il a été indiqué au Groupe de travail qu'afin d'accélérer l'échange de vues, la formulation de propositions et l'émergence d'un consensus en vue d'une troisième et dernière lecture du projet d'instrument, un certain nombre de délégations avaient pris l'initiative de créer un groupe informel de consultation qui poursuivrait les débats entre les sessions. On a expliqué que ce groupe informel procéderait par échange de courriers électroniques (et, au besoin, par réunions) et serait ouvert à toutes les délégations et à tous les observateurs intéressés. Le Groupe de travail s'est réjoui de cette initiative. L'espoir a été exprimé qu'un certain multilinguisme serait assuré au sein du groupe informel de consultation. Le secrétariat a été prié de superviser le fonctionnement de ce dernier et de faciliter la soumission au Groupe de travail des propositions que les États membres ou les observateurs intéressés souhaiteraient éventuellement faire à propos du projet d'instrument à l'issue de leurs consultations informelles.

168. Un certain nombre de délégations ont souligné qu'il importait de conclure les travaux sur le projet d'instrument dans un délai raisonnable. Certaines délégations ont proposé 2005 ou 2006, jugeant cette échéance raisonnable. Si aucun délai précis n'a été fixé, le Groupe de travail est généralement convenu que, lorsqu'il poursuivrait la discussion à ses prochaines sessions, il devrait avoir constamment à l'esprit et réexaminer régulièrement la question de l'échéance de ses travaux.

G. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer], document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit des transports à sa treizième session

(A/CN.9/WG.III/WP.36) [Original: Anglais]

Nouvelle version provisoire des articles du projet d'instrument examinés dans le rapport du Groupe de travail III sur les travaux de sa douzième session (A/CN.9/544)

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
	Introduction	1
I.	Titre du projet d'instrument	2
II.	Champ d'application et parties exécutantes	3-4
	A. Définition du terme "partie exécutante" à l'article 1 e)	3
	B. définition des termes "partie exécutante maritime" et "partie exécutante non maritime"	4
III.	Champ d'application et dommages localisés ou non localisés (projet d'article 18-2)	5
IV.	Champ d'application: définition du contrat de transport et traitement de l'étape maritime (projets d'articles 1 a) et 2)	6
V.	Exonérations de responsabilité, faute nautique et charge de la preuve (projet d'article 14)	7-10
	A Projet d'article 14	7
	B. Les "périls exclus"	8-10
VI.	Obligations du transporteur concernant le voyage par mer (projet d'article 13)	11
VII.	Responsabilité des parties exécutantes (projet d'article 15)	12

Introduction

1. À sa douzième session, le Groupe de travail III a examiné un certain nombre de dispositions du projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] figurant en annexe à la note du secrétariat (A/CN.9/WG.III/WP.32). Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée des dispositions examinées, en se fondant sur les délibérations et les conclusions du Groupe de travail à sa douzième session qui figurent dans le rapport sur les travaux

de cette session (A/CN.9/544). On trouvera la nouvelle version provisoire de ces articles aux sections I à VII ci-après.

I. Titre du projet d'instrument

2. Le Groupe de travail a examiné le titre du projet d'instrument (voir A/CN.9/544, par. 16 à 19). Pour les besoins de la discussion, le titre du projet d'instrument restera le suivant: "Projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]", jusqu'à ce que le Groupe de travail prenne une décision à cet égard[1].

II. Champ d'application et parties exécutantes

A. Définition du terme"partie exécutante" à l'article 1 e)

3. Outre les définitions proposées au paragraphe 4 ci-dessous, le Groupe de travail a examiné (voir A/CN.9/544, paragraphes 34 à 42) le texte du projet d'article 1 e) qui figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32. Bien qu'il ait approuvé l'exclusion des parties exécutantes non maritimes du projet d'instrument (voir A/CN.9/544, paragraphes 21 à 27), il a examiné la définition du terme "partie exécutante" figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, sans exclusion des parties exécutantes non maritimes. Compte tenu des débats du Groupe de travail à sa douzième session, la version révisée provisoire du projet d'article 1 e) serait la suivante:

> "e) Le terme 'partie exécutante' désigne une personne autre que le transporteur qui s'acquitte matériellement ou s'engage à s'acquitter matériellement[2] de l'une quelconque des obligations du transporteur en vertu d'un contrat de transport aux fins notamment[3] du transport, de la manutention, de la garde ou du stockage des marchandises, dans la mesure où elle agit, directement ou indirectement, à la demande du transporteur ou sous la supervision ou le contrôle de celui-ci[4]. Le terme 'partie exécutante' ne s'entend pas de toute personne qui est engagée par un chargeur ou un destinataire, ou est un

---

[1] Comme il est noté au paragraphe 19 du document A/CN.9/544, le Groupe de travail a décidé de conserver le titre actuel sans le modifier en vue de l'examiner ultérieurement.

[2] Comme il est noté au paragraphe 42 du document A/CN.9/544, le Groupe de travail a décidé provisoirement que le membre de phrase "s'engage à s'acquitter matériellement" devrait figurer dans la définition sans être mis entre crochets afin à la fois d'élargir la portée de la définition et de préciser qu'elle se limitait à l'exécution matérielle en vertu du contrat de transport.

[3] Comme il est également noté au paragraphe 42 du document A/CN.9/544, le Groupe de travail a demandé au secrétariat d'envisager de rendre la liste des tâches du transporteur plus ouverte en y ajoutant des mots tels que "entre autres", "notamment" ou "et autres tâches similaires". Le terme "notamment" a été ajouté ici.

[4] Conformément à la demande du Groupe de travail (voir A/CN.9/544, par. 42) tendant à envisager de raccourcir la définition, le membre de phrase "indépendamment du fait de savoir si elle est partie au contrat de transport, y est identifiée ou assume en vertu de ce contrat une responsabilité juridique" a été supprimé.

employé, agent[5], fournisseur ou sous-traitant d'une personne (autre que le transporteur) qui est engagée par un chargeur ou un destinataire[6]."

B. Définition des termes "partie exécutante maritime" et "partie exécutante non maritime"

4. Le Groupe de travail a examiné (voir A/CN.9/544, paragraphes 28 à 33) les propositions de définition des parties exécutantes maritimes et non maritimes. S'il devait finalement décider de supprimer le terme "partie exécutante maritime" de la définition de la "partie exécutante" dans le projet d'article 1 e) qui figure au paragraphe 3 ci-dessus, cette définition devrait être légèrement modifiée, comme il est indiqué ci-dessous, et, compte tenu des débats du Groupe de travail à sa douzième session, la version révisée provisoire des définitions proposées pour les termes "partie exécutante maritime" et "partie exécutante non maritime" serait la suivante[7]:

"e) Le terme 'partie exécutante' désigne une personne autre que le transporteur qui s'acquitte matériellement ou s'engage à s'acquitter matériellement de l'une quelconque des obligations du transporteur en vertu d'un contrat de transport aux fins notamment du transport, de la manutention, de la garde ou du stockage des marchandises, dans la mesure où elle agit, directement ou indirectement, à la demande du transporteur ou sous la supervision ou le contrôle de celui-ci. Le terme 'partie exécutante' englobe les parties exécutantes maritimes et les parties exécutantes non maritimes telles que définies aux alinéas f) et g) du présent article mais[8] ne s'entend pas de toute personne qui est engagée par un chargeur ou un destinataire, ou est un employé, agent, fournisseur ou sous-traitant d'une personne (autre que le transporteur) qui est engagée par un chargeur ou un destinataire.

f) Le terme 'partie exécutante maritime' désigne une partie exécutante qui s'acquitte de l'une quelconque des obligations du transporteur pendant la période comprise entre l'arrivée des marchandises au port de chargement [ou, en cas de transbordement, au premier port de chargement] et leur départ du

---

[5] Comme il est noté au paragraphe 41 du document A/CN.9/544, il a été souligné que la définition ne devrait pas englober les employés ou les mandataires d'une partie exécutante.

[6] Comme il est noté au paragraphe 41 du document A/CN.9/544, si le Groupe de travail décidait d'exclure les parties exécutantes non maritimes du champ d'application du projet d'instrument, un libellé analogue à la définition proposée dans le paragraphe 4 en ce qui concerne les parties exécutantes maritimes et les parties exécutantes non maritimes, devrait être ajouté dans la définition générale apparaissant au projet d'article 1 e).

[7] Comme il est noté au paragraphe 31 du document A/CN.9/544, il y a eu accord général au sein du Groupe de travail sur le fait que ces définitions constituaient une bonne base pour continuer à examiner comment définir les parties exécutantes maritimes et non maritimes, et que l'approche géographique était appropriée. Il est aussi noté, dans le même paragraphe, qu'il ressortait de la pratique juridique nationale de certains États que l'application de l'approche géographique, bien que généralement appropriée, risquait de donner lieu à de nombreux litiges.

[8] Le membre de phrase "englobe les parties exécutantes maritimes et les parties exécutantes non maritimes telles que définies aux alinéas f) et g) du présent article mais" a été inséré dans la définition générale de la "partie exécutante" afin de permettre l'exclusion des parties exécutantes non maritimes. Voir note 6 ci-dessus.

port de déchargement [ou du dernier port de déchargement, selon le cas][9]. Les parties exécutantes qui s'acquittent à terre de l'une quelconque des obligations du transporteur pendant la période comprise entre le départ des marchandises d'un port et leur arrivée à un autre port de chargement ne sont pas considérées comme des parties exécutantes maritimes.

g) Le terme 'partie exécutante non maritime' désigne une partie exécutante qui s'acquitte de l'une quelconque des obligations du transporteur avant l'arrivée des marchandises au port de chargement ou après le départ des marchandises du port de déchargement[10]."

III. Champ d'application et dommages localisés ou non localisés (projet d'article 18-2)

5. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 18-2 (voir A/CN.9/544, paragraphes 43 à 50). Comme il est noté au paragraphe 50[11] du document A/CN.9/544, il a jugé bon de conserver le projet d'article entre crochets jusqu'à ce qu'il ait pris une décision en ce qui concerne la limite de responsabilité visée au projet d'article 18-1. Le texte provisoire du projet d'article 18-2 serait donc le suivant:

"[2. Nonobstant le paragraphe 1, lorsque le transporteur n'est pas en mesure d'établir si les marchandises ont été perdues ou endommagées pendant le transport par mer ou pendant le transport qui l'a précédé ou suivi, c'est la limite de responsabilité la plus élevée prévue dans les dispositions impératives internationales ou nationales régissant les différentes parties du transport qui s'applique[12].]"

---

[9] Comme il est noté au paragraphe 31 du document A/CN.9/544, l'idée d'inclure dans la définition du terme "partie exécutante maritime" les déplacements terrestres à l'intérieur d'un port, par exemple les déplacements par camion d'un quai à l'autre, a été soutenue; en revanche, selon une opinion largement partagée, les déplacements entre deux ports physiquement distincts devaient être considérés comme entrant dans les attributions d'une partie exécutante non maritime. Cette précision pouvait être apportée par l'insertion du membre de phrase "y compris les mouvements terrestres à l'intérieur d'un même port". Il a en outre été suggéré, dans le même paragraphe, qu'un transporteur ferroviaire, même s'il fournissait un service à l'intérieur d'un port, devait être considéré comme une partie exécutante non maritime. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner cette proposition.

[10] On s'est inquiété, au paragraphe 33 du document A/CN.9/544, de savoir si la définition devait viser les parties exécutantes dans les États non contractants. Il a été dit que ce point, s'il était pertinent compte tenu des préoccupations liées à la pratique consistant à rechercher le for le plus avantageux et de la question de l'exécution des jugements étrangers, pourrait être traité ultérieurement à la lumière de l'instrument dans son ensemble.

[11] Le Groupe de travail a noté, au paragraphe 50 du document A/CN.9/544, qu'il y avait à peu près autant de partisans d'une suppression pure et simple du projet d'article 18-2 que de partisans de son maintien. Les premiers ont campé fermement sur leur position. En revanche, certains des seconds ont nuancé leur point de vue. Le Groupe de travail a jugé bon de conserver le projet d'article entre crochets jusqu'à ce qu'il ait pris une décision en ce qui concerne la limite de responsabilité visée au projet d'article 18-1.

[12] Comme il est noté aux paragraphes 47 et 50 du document A/CN.9/544, la proposition tendant à supprimer l'article 18-2 a recueilli un fort soutien. Certains des partisans du maintien de cette

IV. Champ d'application: définition du contrat de transport et traitement de l'étape maritime (projets d'articles 1 a) et 2)

6. Le Groupe de travail a examiné le texte des projets d'articles 1 a) et 2) a (voir A/CN.9/544, paragraphes 51 à 84). Compte tenu des débats du Groupe de travail à sa douzième session, la version révisée provisoire des projets d'articles 1 a) et 2[13] serait la suivante:

"Article premier. Définitions

Aux fins du présent instrument:

a)[14] Le terme 'contrat de transport' désigne un contrat par lequel un transporteur s'engage, contre paiement d'un fret, à transporter des marchandises par mer d'un lieu[15] situé dans un État à un lieu situé dans un autre État. Ce contrat peut également prévoir que ce transporteur s'engage à transporter les marchandises par d'autres modes avant ou après le transport par mer[16].

---

disposition pour le moment ont nuancé leur point de vue. Comme il est noté au paragraphe 46 du même document, on a suggéré, sur un point de rédaction, de remplacer, dans la version anglaise, "international and national mandatory provisions" par "international or national mandatory provisions". On a aussi proposé de laisser l'article 18-2 entre crochets jusqu'à ce qu'on ait fixé les limites de responsabilité à l'article 18-1, en plaçant toutefois entre crochets les mots "ou nationales" afin de s'aligner sur le texte actuel de l'article 8. Selon une autre proposition, l'article 18-1 pourrait fixer une limite de responsabilité spécifique pour les dommages localisés et l'article 18-2 une limite spécifique pour les dommages non localisés, sans faire référence aux autres limites de responsabilité prévues dans les dispositions impératives internationales ou nationales.

[13] Comme il est noté au paragraphe 67 du document A/CN.9/544, l'opinion qui a prévalu au sein du Groupe de travail a été que les variantes A, B et C du projet d'article 2-1 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32 devraient être supprimées dans la future version révisée du projet d'instrument. En outre, comme il est noté au paragraphe 74 du document A/CN.9/544, le Groupe de travail a décidé de retenir la "deuxième proposition" des projets d'articles 1 et 2-1 pour la suite des débats à une session ultérieure.

[14] Comme il est noté au paragraphe 75 du document A/CN.9/544, une autre variante de l'article 1 a) pourrait être la suivante:

"Le terme 'contrat de transport' désigne un contrat par lequel un transporteur s'engage, contre paiement d'un fret, à transporter des marchandises d'un lieu situé dans un État à un lieu situé dans un autre État lorsque:

i) le contrat prévoit un engagement de transporter les marchandises par mer d'un lieu situé dans un État à un lieu situé dans un autre État; ou

ii) le transporteur peut exécuter le contrat au moins en partie en transportant les marchandises par mer d'un lieu situé dans un État à un lieu situé dans un autre État, et les marchandises sont en fait ainsi transportées.

En outre, un contrat de transport peut également prévoir un engagement de transporter des marchandises par d'autres modes avant ou après le transport international par mer."

[15] Comme il est noté au paragraphe 69 du document A/CN.9/544, la plupart des participants, entrevoyant des difficultés pour définir le mot "port", ont estimé que le mot "lieu", plus neutre, pourrait être employé, du fait que le projet de disposition dans son ensemble visait avant tout le transport maritime.

[16] Comme il est également noté au paragraphe 69 du document A/CN.9/544, et conformément à la dernière phrase de la variante proposée au paragraphe 75 du même document (voir aussi note 14 ci-dessus), il a été suggéré que la deuxième phrase de l'alinéa i) soit libellée comme suit: "En

Article 2. Champ d'application

1. Sous réserve du paragraphe 3, le présent instrument s'applique à tous les contrats de transport lorsque:

a) Le lieu de réception [ou port de chargement] spécifié soit dans le contrat de transport, soit dans les données du contrat est situé dans un État contractant; ou

b) Le lieu de livraison [ou port de déchargement] spécifié soit dans le contrat de transport, soit dans les données du contrat est situé dans un État contractant; ou

c) [Le lieu de livraison effectif est l'un des lieux de livraison optionnels spécifiés soit dans le contrat de transport, soit dans les données du contrat, et est situé dans un État contractant; ou][17]

d)[18] Le contrat de transport prévoit que le présent instrument, ou la loi de tout État lui donnant effet, doit régir le contrat[19].

[1 *bis*. Un contrat qui prévoit une possibilité de transporter les marchandises par mer est considéré comme un contrat de transport au sens de l'article 1 a), à condition que les marchandises soient effectivement transportées par mer[20].]

---

outre, ce contrat peut également prévoir que ce transporteur s'engage à transporter les marchandises par d'autres modes avant ou après ce transport international par mer".

[17] Comme il est noté au paragraphe 59 du document A/CN.9/544, le Groupe de travail a décidé de conserver le texte entre crochets en vue de la poursuite des discussions à une session ultérieure.

[18] Comme il est noté au paragraphe 58 du document A/CN.9/544, on s'est déclaré favorable d'une manière générale à la suppression de l'alinéa d) tel qu'il était libellé dans les variantes A, B et C du projet d'article 2-1 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

[19] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la proposition (voir A/CN.9/544, par. 60) tendant à remplacer, au début de ce projet de disposition, les mots "le contrat de transport" par les mots "le contrat de transport ou tout contrat apparenté" ou "le contrat de transport ou tout contrat ayant trait à l'exécution du contrat de transport".

[20] Comme il est noté au paragraphe 74 du document A/CN.9/544, le Groupe de travail a décidé de retenir la deuxième variante des projets d'articles 1 a) et 2-1 figurant au paragraphe 68 du même document pour la suite des débats à une session ultérieure, sous réserve de déplacer le sous-alinéa ii) figurant entre crochets dans la définition du terme "contrat de transport" au projet d'article 1 a) pour l'insérer ailleurs. Le sous-alinéa ii) est à présent devenu le paragraphe 2-1 *bis*. Bien que des avis divergents aient été exprimés sur la question de savoir si cette disposition devait être supprimée (voir A/CN.9/544, par. 72) ou améliorée (ibid., par. 71), de l'avis général (ibid., par. 73), si le libellé de ce sous-alinéa devait sans doute être considérablement remanié, il a aussi été estimé que le projet d'instrument devrait prévoir le cas où aucun mode de transport particulier n'était stipulé dans le contrat. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner, comme cela a été proposé, l'approche adoptée à l'article 18-4 de la Convention de Montréal, qui dispose ce qui suit: "La période du transport aérien ne couvre aucun transport terrestre, maritime ou par voie d'eau intérieure effectué en dehors d'un aéroport. Toutefois, lorsqu'un tel transport est effectué dans l'exécution du contrat de transport aérien en vue du chargement, de la livraison ou du transbordement, tout dommage est présumé, sauf preuve du contraire, résulter d'un fait survenu pendant le transport aérien. Si, sans le consentement de l'expéditeur, le transporteur remplace en totalité ou en partie le transport convenu dans l'entente conclue entre les parties comme étant le transport par voie aérienne, par un autre mode de transport, ce transport par un autre mode sera considéré comme faisant partie de la période du transport aérien."

2. Le présent instrument s'applique quelle que soit la nationalité du navire, du transporteur, des parties exécutantes, du chargeur, du destinataire ou de toute autre partie intéressée[21].

3. Le présent instrument ne s'applique pas aux chartes-parties, [contrats d'affrètement, contrats au volume ou conventions similaires][22].

4. Nonobstant le paragraphe 3, si un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable est émis en vertu d'une charte-partie, [d'un contrat d'affrètement, d'un contrat au volume ou d'une convention similaire], les dispositions du présent instrument s'appliquent au contrat attesté par ou contenu dans ce document ou cet enregistrement électronique à compter du moment et dans la mesure où le document ou l'enregistrement électronique régit les relations entre le transporteur et un porteur autre que l'affréteur[23].

5. Lorsqu'un contrat prévoit le transport de marchandises par expéditions successives, le présent instrument s'applique à chaque expédition dans la mesure où les paragraphes 1, 2, 3 et 4 le spécifient[24]."

---

[21] Comme il est noté au paragraphe 76 du document A/CN.9/544, le Groupe de travail a estimé que le paragraphe 2 était généralement acceptable quant au fond.

[22] Si le Groupe de travail est généralement convenu (voir A/CN.9/544, par. 77) que le projet d'instrument soit ne devrait pas régir du tout certains types de contrats soit devrait le faire de manière facultative ou supplétive, notamment les contrats qui, dans la pratique, faisaient l'objet de longues négociations entre chargeurs et transporteurs, des avis divergents ont été exprimés quant à la meilleure technique législative à employer pour exclure les contrats ne devant pas être obligatoirement régis par le projet d'instrument (ibid., par. 78). On a notamment dit que ces contrats ne devraient pas être traités dans le projet d'article 2 mais au chapitre 19 relatif à la liberté contractuelle, dans lequel serait éventuellement ajoutée une référence aux "accords de services réguliers de transport maritime" que décrivait le document A/CN.9/WG.III/WP.34 et dont une définition était proposée au paragraphe 78 du document A/CN.9/544. Selon un autre point de vue, le paragraphe 3 devrait être supprimé et la question traitée dans les dispositions du projet d'instrument relatives à la liberté contractuelle (A/CN.9/544, par. 79). Selon un autre point de vue encore, au lieu de définir les types de contrats devant être exclus du champ d'application du projet d'instrument, il serait peut-être plus facile de définir les cas dans lesquels il serait inapproprié que celui-ci s'applique obligatoirement (ibid., par. 80). Le Groupe de travail ayant prié le secrétariat d'établir une version révisée de cette disposition, contenant éventuellement des variantes, il voudra peut-être examiner plus avant et clarifier cette question, notamment en ce qui concerne le point de savoir si le champ d'application devrait être déterminé en fonction des types de document de transport qui seraient inclus dans le régime obligatoire, ou en fonction du contrat de transport, ou encore du type d'activité commerciale devant être inclus dans le régime obligatoire.

[23] Comme il est noté au paragraphe 83 du document A/CN.9/544, le Groupe de travail a estimé, sous réserve de revoir éventuellement l'emplacement du paragraphe 4 après examen du chapitre 19, que le projet de disposition était généralement acceptable quant au fond. Il a été décidé que les mots "[d'un contrat d'affrètement, d'un contrat au volume ou d'une convention similaire]" devraient être conservés entre crochets pour être examinés plus avant.

[24] Comme il est noté au paragraphe 84 du document A/CN.9/544, le Groupe de travail a estimé, sous réserve de revoir éventuellement l'emplacement du paragraphe 4 après examen du chapitre 19, que le projet de disposition était généralement acceptable quant au fond. En outre, si le paragraphe 1 *bis* était conservé dans le projet d'article, il faudrait le mentionner dans la dernière phrase du présent paragraphe.

V. Exonérations de responsabilité, faute nautique et charge de la preuve (projet d'article 14)

A. Projet d'article 14

7. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 14 (voir A/CN.9/544, par. 85 à 144). Compte tenu des débats du Groupe de travail à sa douzième session, la version révisée provisoire du projet d'article 14 serait la suivante[25]:

"Article 14. Fondement de la responsabilité

1. Le transporteur est responsable du préjudice matériel résultant de la perte ou du dommage subi par les marchandises ainsi que du retard de livraison, si le [demandeur][26] prouve que

a) la perte, le dommage ou le retard; ou

b) l'événement qui a causé la perte, le dommage ou le retard [ou y a contribué]

s'est produit pendant la durée de la responsabilité du transporteur telle que celle-ci est définie au chapitre 3, sauf si [et dans la mesure où] le transporteur prouve qu'aucune faute de sa part ni de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 14 *bis*[27] n'a causé cette perte, ce dommage ou ce retard [ou n'y a contribué].

2.[28] Sans préjudice du paragraphe 3[29], si [et dans la mesure où][30] le transporteur, au lieu de prouver l'absence de faute comme prévu au

---

[25] Comme il est noté au paragraphe 110 du document A/CN.9/544, les membres du Groupe de travail se sont déclarés unanimement favorables à ce que les paragraphes 2 et 4 de la troisième version révisée (voir A/CN.9/544, par. 108) et les dispositions restantes du projet d'article 14 dans la deuxième version révisée (ibid., par. 101) servent de base pour les travaux futurs sur l'article 14-2, sous réserve des suggestions concernant la rédaction indiquées aux paragraphes 85 à 144.

[26] Comme il a été proposé aux paragraphes 105 et 133 du document A/CN.9/544, le mot "chargeur" a été remplacé par "demandeur"; le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il faudrait insérer une définition de "demandeur" dans le projet d'article 63 du projet d'instrument lorsqu'il débattra de cette disposition.

[27] Référence au projet d'article 15-3 figurant dans le document A/CN.9/WGIII/WP.32, dont le Groupe de travail est convenu de faire un article distinct provisoirement numéroté 14 *bis*. Voir A/CN.9/544, paragraphe 167, et le débat sur le projet d'article 15-3 résumé aux paragraphes 166 à 170.

[28] Comme il est noté au paragraphe 115 du document A/CN.9/544, les dispositions relatives à la preuve contraire dans les alinéas i) et ii) du paragraphe 2 étaient peut-être devenues obscures, du fait des différentes modifications apportées à cette disposition, et il a été suggéré de séparer le paragraphe 2 en deux phrases distinctes afin de remédier au problème qui pouvait se poser. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner cette proposition de clarification.

[29] Le membre de phrase "Sans préjudice du paragraphe 3" a été ajouté afin de préciser la relation entre les paragraphes 2 et 3, comme l'avait décidé le Groupe de travail au paragraphe 112 du document A/CN.9/544.

[30] Le membre de phrase "[et dans la mesure où]" a été ajouté comme l'avait convenu le Groupe de travail au paragraphe 112 du document A/CN.9/544.

paragraphe 1[31] prouve que la perte, le dommage ou le retard a été causé par l'un des événements suivants:

…… *[insérer la liste des "périls exclus", voir section B ci-dessous]*

Il est responsable de cette perte, de ce dommage ou de ce retard[32] si [et dans la mesure où][33] le demandeur prouve que:

i) la faute du transporteur ou d'une personne mentionnée à l'article 14 bis a causé l'événement invoqué par le transporteur en vertu du présent paragraphe [ou y a contribué]; ou

ii) un événement autre que ceux énumérés dans le présent paragraphe[34] a contribué à cette perte, à ce dommage ou à ce retard. Dans ce cas, la responsabilité est déterminée[35] conformément au paragraphe 1[36].

3. Dans la mesure où le [demandeur][37] prouve [le fait que] [que la perte, le dommage ou le retard a été causé par le fait que] [que la perte, le dommage ou le retard aurait pu être causé par],[38]

i) le navire n'était pas en état de navigabilité;

ii) le navire n'était pas convenablement armé, équipé et approvisionné; ou

---

[31] Les crochets entre lesquels était placé le membre de phrase "au lieu de prouver l'absence de faute comme prévu au paragraphe 1" ont été supprimés, comme l'avait convenu le Groupe de travail au paragraphe 113 du document A/CN.9/544.

[32] Comme il est noté au paragraphe 113 du document A/CN.9/544, il a été proposé de remplacer les mots "il est responsable" par "la responsabilité du transporteur est maintenue ou subsiste", ou "le transporteur est responsable de cette perte, de ce dommage ou de ce retard".

[33] Le membre de phrase "seulement si" a été supprimé et remplacé par "si [et dans la mesure où]", comme l'avait convenu le Groupe de travail au paragraphe 112 du document A/CN.9/544.

[34] Comme il est noté au paragraphe 111 du document A/CN.9/544, il a été suggéré, pour remédier au fait que le texte du paragraphe 2 ii) pourrait avoir comme conséquence involontaire de laisser penser qu'il était nécessaire que le chargeur ou le demandeur prouve à la fois l'existence de cette cause supplémentaire et le fait qu'il ne s'agissait pas de l'un des "périls exclus" énumérés au paragraphe 2 i), d'insérer dans le paragraphe 2 ii), après le membre de phrase "un événement autre que ceux énumérés dans le présent paragraphe", le membre de phrase "qui est invoqué par le transporteur". Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'insérer ce membre de phrase.

[35] Par souci de précision, le mot "évaluée" a été remplacé par "déterminée".

[36] Comme il est noté au paragraphe 114 du document A/CN.9/544, afin d'exprimer l'accord général intervenu sur le fait que, si le chargeur ou le demandeur prouvait l'existence d'une cause de dommage qui était imputable au transporteur mais qui ne figurait pas sur la liste des "périls exclus", il fallait à nouveau avoir recours au paragraphe 1, la phrase suivante à été ajoutée à l'alinéa ii): "Dans ce cas, la responsabilité est déterminée conformément au paragraphe 1."

[37] Voir note 26 plus haut.

[38] Comme il est noté au paragraphe 132 du document A/CN.9/544, le Groupe de travail a été d'avis qu'il fallait y conserver les deux solutions envisagées pour les soumettre à un examen et à des consultations plus poussés avant de prendre une décision sur ce point. On a aussi estimé que la notion de "probabilité d'un lien de causalité" avec l'un des événements mentionnés aux alinéas i), ii) ou iii) devrait sans doute être étudiée plus avant et l'on a proposé, pour exprimer cette troisième solution, d'employer une formule du type "[que la perte, le dommage ou le retard aurait pu être causé par]".

iii) les cales ou d'autres parties du navire où les marchandises sont chargées (y compris les conteneurs éventuellement fournis par le transporteur dans ou sur lesquels les marchandises sont chargées) n'étaient pas en bon état pour leur réception, transport et conservation, le transporteur est[39] responsable en vertu du paragraphe 1 à moins qu'il ne prouve,

a) qu'il s'est acquitté de son obligation d'exercer une diligence raisonnable comme l'exige l'article 13-1 [; ou

b) que la perte, le dommage ou le retard n'a été causé par aucune des circonstances[40] mentionnées aux alinéas i), ii) et iii) ci-dessus.][41]

4. Si la faute du transporteur ou d'une personne mentionnée à l'article 14 *bis* a contribué à la perte, au dommage ou au retard avec des causes concomitantes dont le transporteur n'est pas responsable, le montant dont le transporteur est responsable, sans préjudice de son droit à limiter sa responsabilité comme le prévoit l'article 18, est déterminé [par le tribunal] proportionnellement à la mesure dans laquelle la perte, le dommage ou le retard est attribuable à sa faute. [Le tribunal ne peut répartir la responsabilité à parts égales que s'il n'est pas en mesure de déterminer la répartition effective ou s'il détermine que la responsabilité se répartit effectivement à parts égales][42]."

---

[39] Comme il est noté au paragraphe 103 du document A/CN.9/544, on a fait remarquer, à propos de la rédaction de ce projet remanié, que les formules "shall be liable" et "is liable" étaient toutes deux employées dans la version anglaise et qu'il fallait assurer la cohérence sur ce point.

[40] À des fins de clarification, il est suggéré de remplacer le mot "faits" par le mot plus ouvert de "circonstances" ou, à défaut, par le mot "occurrences" ou "problèmes".

[41] Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner la proposition de remaniement du paragraphe 3 dont il a pris note au paragraphe 134 du document A/CN.9/544:

"3. Le transporteur n'est pas responsable de la perte, du dommage ou du retard résultant de l'état d'innavigabilité du navire [allégué] [prouvé] par le demandeur, dans la mesure où il prouve

a) qu'il s'est acquitté de son obligation d'exercer une diligence raisonnable comme l'exige l'article 13-1[; ou

b) que la perte, le dommage ou le retard n'a été causé par aucun des faits mentionnés aux alinéas i), ii) et iii) ci-dessus.]".

[42] Comme il est noté au paragraphe 143 du document A/CN.9/544, une proposition qui a emporté l'adhésion était d'insérer entre crochets la dernière phrase proposée dans la deuxième version révisée, à savoir "[Le tribunal ne peut répartir la responsabilité à parts égales que s'il n'est pas en mesure de déterminer la répartition effective ou s'il détermine que la responsabilité se repartit effectivement à parts égales]". De l'avis général, ce texte pouvait servir de base aux discussions ultérieures. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner une autre proposition dont il a pris note, visant à tenir compte du cas visé au paragraphe 2 ii) où le dommage n'était pas le fait du transporteur, était de modifier le paragraphe comme suit:

"4. Si la faute du transporteur ou d'une personne mentionnée à l'article 14 *bis* [ou si un événement autre que celui invoqué par le transporteur] a contribué à la perte, au dommage ou au retard avec des causes concomitantes dont le transporteur n'est pas responsable, le montant dont le transporteur est responsable, sans préjudice de son droit à limiter sa responsabilité comme le prévoit l'article 18, est déterminé [par le tribunal] proportionnellement à la mesure dans laquelle la perte, le dommage ou le retard est attribuable à cette faute [ou à cet événement]".

B. Les “périls exclus”

8. Le Groupe de travail a examiné la liste des “périls exclus” du projet d’article 14 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32 (voir A/CN.9/544, par. 117 à 129). Compte tenu des débats du Groupe de travail à sa douzième session, la version révisée provisoire de cette liste serait la suivante:

“a) [“Acte de Dieu”] [43], guerre, hostilités, conflit armé, piraterie, terrorisme[44], émeutes et troubles civils[45];

b) Restrictions de quarantaine; intervention ou obstacles créés par des gouvernements, des autorités publiques, des dirigeants[46] ou des personnes [y compris une intervention judiciaire ou faisant suite à une procédure judiciaire][47];

c) Acte ou omission du chargeur, de la partie contrôlante ou du destinataire;

d) Grèves, lock-out ou arrêts ou entraves apportés au travail[48];

e) Freinte en volume ou en poids ou toute autre perte ou dommage résultant d’un vice caché, de la nature spéciale ou d’un vice propre des marchandises;

f) Insuffisance ou état défectueux de l’emballage ou de marques[49];

---

[43] Comme il est noté au paragraphe 120 du document A/CN.9/544, la proposition tendant à maintenir l’exception relative à “l’acte de Dieu” a été largement appuyée.

[44] Comme il est noté au paragraphe 121 du document A/CN.9/544, l’avis général a été que la piraterie et le terrorisme devraient être inclus dans la liste.

[45] Comme il est noté au paragraphe 125 du document A/CN.9/544, il a été suggéré d’élargir la portée des alinéas a) et b) en y ajoutant le membre de phrase “et tout autre événement non imputable à la faute du transporteur”. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner cette suggestion.

[46] Comme il est noté au paragraphe 125 du document A/CN.9/544, on a contesté l’emploi du mot “rulers” à l’alinéa b) de la version anglaise, estimant qu’il n’avait pas de sens dans le contexte politique moderne. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner ce point lors de futures délibérations.

[47] Comme il est noté au paragraphe 122 du document A/CN.9/544, la proposition tendant à supprimer les crochets et à conserver le texte a été appuyée, mais on a posé la question de savoir si le membre de phrase “y compris une intervention judiciaire ou faisant suite à une procédure judiciaire” pouvait également s’entendre du cas où un titulaire d’un droit sur les marchandises saisissait un navire. Il a été proposé de clarifier le sens de ce membre de phrase. Cette clarification pourrait s’effectuer en reprenant le texte de l’article IV.2.g des Règles de La Haye et La Haye-Visby, où la “saisie judiciaire” excluait clairement la saisie d’un navire. Voir également la proposition figurant dans la note 45 ci-dessus.

[48] Comme il est noté au paragraphe 123 du document A/CN.9/544, le Groupe de travail a pris note de la suggestion selon laquelle il pourrait être nécessaire d’établir dans cet alinéa une distinction entre les grèves générales et les grèves qui pouvaient survenir dans l’entreprise du transporteur et être dans une certaine mesure imputables à celui-ci. En outre, comme il est noté au paragraphe 125 du document A/CN.9/544, on s’est interrogé sur le sens précis du membre de phrase “entraves apportées au travail”. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner plus avant ces questions.

[49] Comme il est noté au paragraphe 125 du document A/CN.9/544, il a été suggéré de préciser qu’il fallait que le chargeur ait réalisé l’emballage ou apposé les marques. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner plus avant ces questions.

g) Vices cachés concernant le navire[50] échappant à une diligence raisonnable[51];

h) Manutention, chargement, arrimage ou déchargement des marchandises par le chargeur, la partie contrôlante ou le destinataire, ou en leur nom[52];

i) Actes accomplis par le transporteur ou une partie exécutante conformément aux pouvoirs conférés par les articles 12 et 13-2 lorsque les marchandises sont devenues dangereuses pour les personnes, les biens ou l'environnement ou ont été sacrifiées;

j) Toute autre cause ne provenant pas du fait ou de la faute du transporteur ou du fait ou de la faute des agents ou préposés du transporteur, mais le fardeau de la preuve incombera à la personne réclamant le bénéfice de cette exception et il lui appartiendra de montrer que ni la faute personnelle ni le fait du transporteur n'ont contribué à la perte ou au dommage[53]."

9. Comme il est noté au paragraphe 117 du document A/CN.9/544, on a appuyé, au sein du Groupe de travail, la proposition tendant à ce que les deux exceptions au principe général selon lequel il fallait inclure la liste des périls figurant dans les alinéas c à q de l'article IV.2 des Règles de La Haye et La Haye-Visby soient la suppression de l'alinéa a de l'article IV.2 (erreur de navigation) et la modification du libellé de l'alinéa b de ce même article relatif à l'incendie afin d'indiquer qu'il ne s'appliquait qu'au segment maritime du transport. Comme il est noté au paragraphe 128 du document A/CN.9/544, le Groupe de travail a convenu que l'exception relative à l'incendie et celle actuellement supprimée relative à l'erreur de navigation resteraient dans le projet d'article 22 du projet d'instrument figurant au chapitre 6 (A/CN.9/WG.III/WP.32) et distinctes de la liste de "périls exclus" figurant dans le projet d'article 14 pour la poursuite des discussions sur la question de savoir où il convenait de les placer dans le projet d'instrument. Le texte de l'exception relative à l'incendie figurant dans les variantes A et B du projet d'article 22 demeurera inchangé:

"Article 22. Responsabilité du transporteur

[…]

---

[50] Comme il est noté au paragraphe 125 du document A/CN.9/544, le point de vue selon lequel cet alinéa devait préciser que les vices cachés qui y étaient visés concernaient le navire a été appuyé.

[51] Comme il est noté au paragraphe 125 du document A/CN.9/544, on a noté que si le membre de phrase "diligence raisonnable" était utilisé ailleurs, par exemple dans le projet d'article 13, il devait l'être également ici par souci de cohérence.

[52] Comme il est noté au paragraphe 125 du document A/CN.9/544, il a été suggéré de supprimer le membre de phrase "ou en leur nom" à cet alinéa parce qu'il prêtait à confusion. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner plus avant cette suggestion.

[53] Texte de l'article IV.2.q des Règles de La Haye et La Haye-Visby, inséré pour examen ultérieur du texte. Comme il est noté aux paragraphes 117 et 129 du document A/CN.9/544, le Groupe de travail a convenu qu'une liste de "périls exclus" devrait être incluse dans le projet d'instrument et que, pour le fond et le contenu de ces exceptions, il fallait s'inspirer des Règles de La Haye et La Haye-Visby, en particulier de l'article IV.2.q.

d'un incendie à bord du navire, à moins qu'il ne soit causé par le fait ou la faute du transporteur[54]."

10. Comme il est noté au paragraphe 127 du document A/CN.9/544, l'opinion dominante a été que l'exception fondée sur l'erreur de navigation ne devrait pas être rétablie, mais que les incidences de cette décision devraient être examinées dans le contexte des discussions futures concernant la charge de la preuve.

VI. Obligations du transporteur concernant le voyage par mer (projet d'article 13)

11. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 13 (voir A/CN.9/544, par. 145 à 157). Compte tenu des débats du Groupe de travail à sa douzième session, la version révisée provisoire du projet d'article 13 serait la suivante:

"Article 13. Obligations supplémentaires applicables au voyage par mer

1. Le transporteur est tenu avant, au début et pendant[55] le voyage par mer d'exercer une diligence raisonnable pour:

a) Mettre et maintenir le navire en état de navigabilité;

b) Convenablement armer[56], équiper et approvisionner le navire et le maintenir armé[57], équipé et approvisionné tout au long du voyage[58];

c) Mettre et maintenir les cales et toutes autres parties du navire où les marchandises sont chargées, y compris les conteneurs éventuellement fournis par le transporteur dans ou sur lesquels les marchandises sont chargées, en bon état pour leur réception, transport et conservation.

[2. Nonobstant les articles 10, 11 et 13-1, le transporteur peut sacrifier des marchandises lorsque ce sacrifice s'effectue de manière raisonnable pour le

---

[54] Comme il est noté au paragraphe 126 du document A/CN.9/544, il a été convenu que l'exception relative à l'incendie devrait être conservée, mais des avis divergents ont été exprimés quant au texte de l'exception; ce texte est donc reproduit tel quel.

[55] Comme il est noté au paragraphe 153 du document A/CN.9/544, le Groupe de travail a convenu que l'obligation du transporteur d'exercer une diligence raisonnable pour assurer l'état de navigabilité du navire devrait être une obligation continue et que, par conséquent, il fallait supprimer tous les crochets dans le projet d'article 13-1 et conserver le texte placé entre ces crochets. Il a convenu en outre que le fait de donner à cette obligation un caractère continu modifiait la répartition des risques entre le transporteur et les chargeurs dans le projet d'instrument et que le Groupe de travail devait veiller à en tenir compte lors de l'examen des autres dispositions du projet.

[56] Comme il est noté au paragraphe 148 du document A/CN.9/544, une proposition d'ordre rédactionnel était d'envisager dans la version anglaise de remplacer le membre de phrase "man ... the ship" par des mots sans connotation de genre, tels que "crew" ou "staff". Le Groupe de travail voudra peut-être examiner cette proposition.

[57] Ibid.

[58] Comme il est noté au paragraphe 153 du document A/CN.9/544, le Groupe de travail a également prié le secrétariat d'apporter les changements nécessaires à l'alinéa b) pour faire en sorte qu'il soit clair que cette obligation avait un caractère continu. L'inclusion du membre de phrase "tout au long du voyage" pourrait produire cet effet. On pourrait également insérer l'expression "et continuellement" après le mot "Convenablement".

salut commun ou pour protéger d'un péril[59] la vie humaine[60] ou d'autres biens engagés dans l'aventure commune][61]."

VII. Responsabilité des parties exécutantes (projet d'article 15)

12. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 15 (voir A/CN.9/544, par. 158 à 181). Compte tenu des débats du Groupe de travail à sa douzième session, la version révisée provisoire des projets d'articles 14 bis et 15 serait la suivante:

"Article 14 *bis*[62]

Sous réserve de l'article 15-4[63], le transporteur répond des actes et omissions de:

a) Toute partie exécutante; et

b) De toute autre personne, y compris les sous-traitants, employés[64] et agents d'une partie exécutante, qui s'acquitte ou s'engage à s'acquitter de l'une quelconque des obligations incombant au transporteur en vertu du contrat de transport, dans la mesure où cette personne agit, directement ou indirectement, à la demande du transporteur ou sous sa supervision ou son contrôle, comme s'il s'agissait de ses propres actes ou omissions. Le transporteur n'est tenu responsable en vertu de la présente disposition que lorsque cette partie exécutante ou cette autre personne a commis l'acte ou

---

[59] Comme il est noté aux paragraphes 156 et 157 du document A/CN.9/544, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'étudier une proposition rédactionnelle tendant à faire mention de la présence d'un danger imminent, mais on a dit qu'il fallait veiller à ne pas porter atteinte aux règles relatives aux avaries communes ni les modifier. Conformément au texte de la Règle A des Règles de York et d'Anvers (1994), on a ajouté "d'un péril" après le mot "protéger".

[60] Comme il est noté au paragraphe 157 du document A/CN.9/544, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'étudier une proposition rédactionnelle tendant à faire mention de la protection de la vie humaine. L'expression "la vie humaine" a donc été ajoutée avant le membre de phrase "ou d'autres biens".

[61] Comme il est noté au paragraphe 157 du document A/CN.9/544, le Groupe de travail a décidé de conserver au même endroit entre crochets le projet d'article 13-2 en vue d'examiner ultérieurement s'il y a lieu de le transférer au chapitre 17 relatif aux avaries communes.

[62] Ancien projet d'article 15-3, déplacé et provisoirement numéroté "article 14 *bis*" sur décision du Groupe de travail, comme il est noté au paragraphe 167 du document A/CN.9/544.

[63] Comme il est noté au paragraphe 170 du document A/CN.9/544, le Groupe de travail a décidé de conserver ce membre de phrase bien qu'il ait été proposé de le remplacer par les mots "Sous réserve de la responsabilité du transporteur et des limites de responsabilité dont celui-ci peut se prévaloir" étant donné que le projet d'article 14 *bis* (anciennement 15-3) traitait des actions intentées contre le transporteur tandis que le projet d'article 15-4 (anciennement 15-5) traitait des actions intentées contre toute personne autre que le transporteur.

[64] Comme il est noté au paragraphe 168 du document A/CN.9/544, le Groupe de travail a décidé d'ajouter le mot "employés" de façon que le projet d'article 14 *bis* fasse pendant au texte utilisé dans le projet d'article 15-3 (anciennement 15-4). Comme il est en outre noté dans ce même paragraphe, s'agissant de la rédaction, on a signalé qu'il pourrait être nécessaire d'examiner de plus près la possibilité de traiter séparément les employés (pour lesquels la responsabilité du transporteur contractant devrait être très étendue) et les sous-traitants (pour lesquels sa responsabilité pourrait être dans une certaine mesure plus restreinte).

l'omission dans l'exercice de ses fonctions en tant que sous-traitant, employé ou agent.

Article 15. Responsabilité des parties exécutantes maritimes[65]

1.[66] Une partie exécutante maritime [67] assume les responsabilités et obligations imposées et bénéficie des droits et exonérations conférés au transporteur par le présent instrument si l'événement qui a causé la perte, le dommage ou le retard a eu lieu[68] a) pendant la période où elle a la garde des marchandises; et b) à tout autre moment dans la mesure où elle participe à l'exécution de l'une quelconque des activités prévues par le contrat de transport.

2. Si le transporteur accepte d'assumer des obligations autres que celles qui lui sont imposées par le présent instrument ou s'il accepte que sa responsabilité en cas de retard de livraison, de perte ou d'endommagement des marchandises ou liés aux marchandises soit plus élevée que les limites imposées en vertu des articles 16-2, 24-4 et 18[69], une partie exécutante maritime[70] n'est pas liée par cette acceptation à moins qu'elle[71] n'accepte expressément ces obligations ou ces limites.

3.[72] Sous réserve du paragraphe 4[73], une partie exécutante répond des actes et omissions de toute personne à laquelle elle a délégué l'exécution de l'une quelconque des obligations incombant au transporteur en vertu du contrat de transport, y compris ses sous-traitants, employés et agents, comme s'il s'agissait de ses propres actes ou omissions. Une partie exécutante n'est tenue

---

[65] Comme il est noté au paragraphe 159 du document A/CN.9/544, le mot "maritimes" a été ajouté comme suite à la décision prise par le Groupe de travail de modifier l'intitulé du projet d'article dans le droit fil de la décision qu'il avait prise de limiter le champ d'application du projet d'article 15 aux "parties exécutantes maritimes" visées aux paragraphes 23 à 33 du document A/CN.9/544.

[66] Le projet d'article 15-1 s'inspire de la Variante A (du document A/CN.9/WG.III/WP.32), compte tenu du large soutien que cette variante a recueilli (voir A/CN.9/544, par. 162).

[67] Comme il est noté au paragraphe 161 du document A/CN.9/544, le Groupe de travail a réaffirmé qu'il était entendu que le projet d'instrument devait, en principe, éviter de traiter des parties exécutantes non maritimes et que le champ d'application du paragraphe 1 devait être limité aux parties exécutantes maritimes. Le mot "maritime" a été ajouté pour donner corps à cette idée.

[68] Comme il est noté au paragraphe 162 du document A/CN.9/544, le Groupe de travail a décidé d'insérer le membre de phrase "si l'événement qui a causé la perte, le dommage ou le retard a eu lieu" avant l'alinéa a).

[69] Comme il est noté au paragraphe 165 du document A/CN.9/544, le Groupe de travail a pris note de la proposition visant à restreindre le renvoi au projet d'article 18, car il a été déclaré que, si le renvoi aux paragraphes 1, 3 et 4 du projet d'article 18 était acceptable, il ne fallait pas mentionner le paragraphe 2 de cet article, car la partie exécutante n'était pas responsable en cas de dommage non localisé. Le Groupe de travail a décidé qu'il devrait peut-être examiner plus avant cette proposition une fois qu'il aurait pris une décision quant à l'inclusion du paragraphe 2 du projet d'article 18 dans le projet d'instrument.

[70] Comme il est noté au paragraphe 163 du document A/CN.9/544, le Groupe de travail a convenu de limiter le champ d'application du paragraphe 2 aux parties exécutantes maritimes.

[71] Ibid.

[72] Cette disposition, anciennement paragraphe 4, a été renumérotée pour tenir compte de la séparation du projet d'article 15-3, qui devient le nouveau projet d'article 14 *bis*.

[73] Cette disposition, anciennement paragraphe 5, a été renumérotée pour tenir compte de la séparation du projet d'article 15-3, qui devient le nouveau projet d'article 14 *bis*.

responsable en vertu de la présente disposition que lorsque la personne concernée a commis l'acte ou l'omission dans l'exercice de ses fonctions en tant que sous-traitant, employé ou agent[74].

4.[75] Si une action en vertu du présent instrument[76] est intentée contre toute personne[77], autre que le transporteur, mentionnée dans l'article 14 *bis*[78] et au paragraphe 3[79] [, y compris ses sous-traitants, employés ou agents,][80], cette personne peut se prévaloir des exonérations et des limitations de responsabilité dont peut se prévaloir le transporteur en vertu du présent instrument si elle prouve qu'elle a agi dans l'exercice de ses fonctions en tant que sous-traitant, employé ou agent.

5.[81] Si plusieurs parties exécutantes maritimes[82] sont responsables de la perte, de l'endommagement ou du retard de livraison des marchandises, elles assument une responsabilité conjointe et solidaire, mais uniquement dans les limites prévues aux articles 16, 24 et 18.

---

[74] Comme il est noté au paragraphe 172 du document A/CN.9/544, le Groupe de travail a réaffirmé que la structure de ce paragraphe devrait faire pendant à celle du projet d'article 14 *bis* et a pris note, en vue de la poursuite des discussions à une session ultérieure, des opinions exprimées quant au fait de savoir si le champ d'application du projet d'article 15-3 (anciennement 15-4) devrait être étendu aux parties exécutantes tant maritimes que non maritimes.

[75] Cette disposition, anciennement paragraphe 5, a été renumérotée pour tenir compte de la séparation du projet d'article 15-3, qui devient le nouveau projet d'article 14 *bis*.

[76] Comme il est noté au paragraphe 176 du document A/CN.9/544, il a été proposé d'ajouter les mots "en vertu du présent instrument" après les mots "une action" pour clarifier ces derniers.

[77] Comme il est noté au paragraphe 175 du document A/CN.9/544, le secrétariat a été prié d'examiner la possibilité d'ajouter une autre variante limitant le champ d'application de ce paragraphe au domaine maritime. Cela pourrait s'effectuer en remplaçant le mot "personne" par les mots "partie exécutante maritime", comme cela a été fait au paragraphe 5 (anciennement 6).

[78] Cette disposition, anciennement projet d'article 15-3, a été renumérotée pour tenir compte de la séparation du projet d'article 15-3, qui devient le nouveau projet d'article 14 *bis*.

[79] Cette disposition, anciennement paragraphe 4, a été renumérotée pour tenir compte de la séparation du projet d'article 15-3, qui devient le nouveau projet d'article 14 *bis*.

[80] Comme il est noté au paragraphe 175 du document A/CN.9/544, le Groupe de travail a convenu d'insérer entre crochets, en tant que variante du libellé actuel du paragraphe 4 (anciennement 5), les mots "employés ou mandataires du transporteur contractant ou d'une partie exécutante maritime" pour la suite des débats à une session ultérieure. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner, pour l'ouverture du paragraphe qui se termine par "cette personne", le texte simplifié suivant: "Si une action en vertu du présent instrument est intentée contre toute partie exécutante maritime [, y compris ses sous-traitants, employés ou agents,] cette personne...".

[81] Cette disposition, anciennement paragraphe 6, a été renumérotée pour tenir compte de la séparation du projet d'article 15-3, qui devient le nouveau projet d'article 14 *bis*.

[82] Comme il est noté au paragraphe 180 du document A/CN.9/544, le Groupe de travail a convenu de limiter le champ d'application de ce paragraphe aux parties exécutantes maritimes. Le mot "personnes" a donc été remplacé par les mots "parties exécutantes maritimes". On a proposé de simplifier le libellé de ce paragraphe de la manière suivante: "Le transporteur contractant et la partie exécutante maritime assument une responsabilité conjointe et solidaire", et estimé que cette question devrait être débattue plus avant dans le cadre du paragraphe 6 (anciennement 7).

6.[83] Sans préjudice de l'article 19, le montant total de la responsabilité de ces personnes ne dépasse pas les limites globales de responsabilité prévues dans le présent instrument[84]."

[83] Cette disposition, anciennement paragraphe 7, a été renumérotée pour tenir compte de la séparation du projet d'article 15-3, qui devient le nouveau projet d'article 14 *bis*.

[84] Comme il est noté au paragraphe 181 du document A/CN.9/544, faute de temps, le Groupe de travail n'a pas examiné ce paragraphe.

H. Document de travail sur l'élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: proposition de la Chine, présentée au Groupe de travail sur le droit des transports à sa treizième session

(A/CN.9/WG.III/WP.37) [Original: Chinois et Anglais]

En vue de la treizième session du Groupe de travail III (Droit des transports), durant laquelle ce dernier devrait poursuivre sa lecture du projet d'instrument contenu dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, le Gouvernement chinois a présenté, le 29 avril 2004, le texte d'une proposition concernant le chapitre 19 du projet d'instrument et la question de la liberté contractuelle. On trouvera en annexe à la présente note la traduction de ce texte tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

Annexe

Proposition de la Chine concernant le chapitre 19 du projet d'instrument et la question de la liberté contractuelle

Établie à New York le 26 avril 2004 par la délégation chinoise

I. Généralités

1. Compte tenu du développement des transports maritimes, les régimes obligatoires adoptés par les Règles de La Haye sont quelque peu périmés et les Règles de Hambourg ne sont guère plus utiles.

2. Dans la pratique, les négociants concluent rarement par écrit un accord de services réguliers de transport maritime et le contrat de transport n'est souvent constaté que par un connaissement, une lettre de transport maritime ou d'autres documents de transport émis par le transporteur après qu'il a reçu les biens. Étant donné qu'un document de transport est établi et émis par le transporteur de manière unilatérale et relève du contrat d'adhésion, il est utile que la loi sur les transports limite, à cet égard, la liberté contractuelle.

3. Il ne faut pas, cependant, que la loi sur les transports limite la liberté contractuelle pour tous les types de contrat portant sur un service régulier de transport maritime. Il est un fait qu'actuellement, les chargeurs ou les parties qui agissent en leur nom peuvent souvent, s'agissant du commerce des services réguliers de transport maritime, négocier avec les transporteurs, sur un pied d'égalité, des contrats d'affrètement ou des accords de services réguliers de transport maritime, par exemple. Dans ces cas-là, par conséquent, le droit maritime ne devrait pas continuer de nier le principe de liberté contractuelle. Nous avons pris note de la proposition relative aux accords de services réguliers de transport maritime avancée par les États-Unis. Nous ne pensons pas, cependant, que ces accords puissent inclure tous les types de contrat librement négociés de services

réguliers de transport maritime; de surcroît, la définition de ces accords pose de nombreux problèmes.

4. En outre, la charte-partie au voyage relève, par nature, du contrat de transport de marchandises par mer. On notera, par ailleurs, que les Règles de La Haye ou les Règles de La Haye-Visby sont souvent, de nos jours, incorporées aux chartes-parties par convention spéciale (clause Paramount). Nous jugeons logique, par conséquent, que le présent instrument régisse, par extension, les chartes-parties au voyage. Une telle disposition, qui ne devra cependant pas être obligatoire, renforcera en outre l'uniformité des lois relatives au transport de marchandises par mer. On trouve également le même principe dans le Code maritime chinois (CMC), dont le chapitre IV, intitulé "Contrat de transport de marchandises par mer", régit non seulement les connaissements, mais aussi les chartes-parties au voyage. Les dispositions de ce code sont obligatoires pour ce qui est des connaissements ou d'autres documents de transport, et facultatives pour ce qui est des chartes-parties au voyage, à l'exception de l'obligation de navigabilité et l'interdiction de déroutement. L'expérience acquise en dix ans par le CMC a prouvé que ce régime était recommandable.

5. Comme principale modification, nous proposons donc d'envisager l'application de l'instrument dans deux circonstances distinctes. Ses dispositions seraient considérées obligatoires lorsqu'elles se fonderaient sur le concept de "document de transport" (y compris le registre électronique). En revanche, elles seraient considérées facultatives (règles par défaut) lorsqu'elles se fonderaient sur la notion nouvellement créée de "convention conclue par la libre négociation", qui peut inclure les chartes-parties au voyage, les contrats d'affrètement, les contrats au volume, les accords de services réguliers de transport maritime et d'autres contrats similaires.

[6. Nous estimons que le meilleur choix serait que le présent instrument régisse, par extension, les chartes-parties au voyage ou des conventions similaires. Si ce point de vue, cependant, n'était pas généralement accepté, l'article 2 ("Champ d'application") de l'Instrument devrait disposer ce qui suit: le présent instrument s'applique uniquement i) à un document de transport; ou ii) à un enregistrement électronique; ou iii) à tout contrat de transport conclu aux fins d'un service régulier de transport maritime. Dans ce cas, la "convention conclue par la libre négociation" visée à l'article B de notre proposition ne pourrait être qu'une convention conclue aux fins d'un service régulier de transport maritime.]

II. Recommandation et explication succincte

Article A

A.1. Sauf disposition contraire du présent instrument, toute clause d'un document de transport ou d'un enregistrement électronique est nulle si:

a) elle réduit ou décharge, directement ou indirectement, la responsabilité du transporteur ou de la partie exécutante maritime en vertu du présent instrument; ou

b) elle alourdit, directement ou indirectement, la responsabilité des chargeurs en vertu du présent instrument; ou

c) elle cède au transporteur ou à une partie exécutante le bénéfice de l'assurance des marchandises.

A.2. Les chargeurs mentionnés au paragraphe précédent incluent l'expéditeur, la partie contrôlante, le porteur d'un document de transport et le destinataire.

7. Cet article définit le champ d'application obligatoire de l'instrument, qui se limite au "document de transport" (y compris l'enregistrement électronique), qui est un concept fondamental dudit instrument. La notion de "document de transport" englobe les connaissements, les lettres de transport maritime, etc. Il s'agit d'un document qui est émis par le transporteur au moment où il reçoit les marchandises et qui constate le contrat de transport.

8. Le texte original de l'article 88.2 de l'Instrument est le suivant: "Nonobstant le paragraphe 1, le transporteur ou une partie exécutante peut assumer une responsabilité et des obligations plus lourdes que celles qui sont prévues dans le présent instrument". Notre proposition ayant rendu cette disposition superflue, cette dernière a été supprimée.

9. Il faudrait également supprimer le texte original de l'article 89 a) du présent instrument. Il serait en effet très dommageable pour les chargeurs que des transporteurs puissent bénéficier, en vertu d'un document de transport, d'exonérations concernant les animaux vivants. Les Règles de Hambourg s'appliquent également aux animaux vivants, mais contiennent une disposition spéciale excluant la responsabilité du transporteur lorsque les pertes, dommages ou retards à la livraison tiennent aux risques particuliers inhérents à ce genre de transport (art. 5.5). En outre, les Règles de Hambourg, à la différence du présent instrument, n'autorisent pas la liberté contractuelle. Nous estimons, à cet égard, que l'article 5.5 des Règles de Hambourg est plus judicieux. Il faudrait par conséquent, outre la suppression de l'article 89 a), introduire également dans le présent instrument des dispositions s'inspirant de l'article 5.5 des Règles de Hambourg.

10. Le texte original de l'article 89 b) du présent instrument traite de "marchandises spéciales" non transportées dans le cadre d'opérations commerciales ordinaires. Il faudrait, selon nous, supprimer cette disposition. Il est noté que l'article 89 b) adopte le même principe que les Règles de La Haye. Il faudrait s'interroger sur le fait de savoir si cet article demeure approprié. Selon nous, il serait possible d'inclure des dispositions spécifiques traitant de ces "marchandises spéciales" dans un autre chapitre du présent instrument.

Article B

B.1. Sous réserve des dispositions de l'article C, lorsqu'une convention de transport de marchandises est conclue par la libre négociation, les dispositions du présent instrument ne sont applicables qu'en l'absence de clauses pertinentes ou différentes de ces dispositions dans la convention. Toutefois, les clauses de cette convention ne lient pas juridiquement les tiers.

B.2. La convention visée au paragraphe précédent doit être établie par un écrit autre que des documents de transport. Des télégrammes, télex, télécopies, échanges de données informatisés et courriels ont l'effet d'un écrit.

B.3. [Toute convention valable établie par écrit (autre qu'un document de transport) concernant le transport de marchandises est présumée être une convention conclue par la libre négociation. Toutefois, les chargeurs visés à l'article A ont le droit de prouver qu'il s'agit d'une convention formulée par avance par le transporteur et que ses dispositions ne peuvent être modifiées par la négociation lors de son établissement.]

B.4. [Si une convention de transport de marchandises n'est pas conforme aux prescriptions des paragraphes 1 et 2 du présent article, les circonstances précisées à l'article A qui entraînent la nullité des clauses sont également applicables à cette convention.]

11. Cet article vise les chartes-parties au voyage, les contrats d'affrètement, les contrats au volume, les accords de services réguliers de transport maritime et les autres conventions librement négociées. Comme cet article élargit le champ d'application de l'instrument, les articles 2.3, 2.4, 2.5 de ce dernier doivent être supprimés.

12. L'objet de l'expression "conclue par la libre négociation" est de souligner que la convention visée dans cet article n'est pas un contrat d'adhésion. Cette expression indique clairement les caractéristiques essentielles de ce type de contrat, c'est-à-dire qu'il est négocié librement et sur un pied d'égalité. Conformément aux principes de la liberté contractuelle, l'instrument n'est pas applicable obligatoirement mais à titre supplétif.

13. Sur le plan de la technique législative, l'expression "convention conclue par la libre négociation" permet d'éviter de définir la charte-partie au voyage, le contrat au volume, le contrat d'affrètement, l'accord de services réguliers de transport maritime et des contrats similaires et de surmonter le problème posé par la détermination de la nature de ces contrats. Nous estimons en effet qu'il est très difficile ou presque impossible de définir exactement ces types de contrat. Les termes utilisés pour les désigner sont sources de confusion et il existe des controverses sur le point de savoir s'il s'agit de contrats de transport ou de chartes-parties. En outre, il se peut que, dans l'avenir, de nouveaux types de contrat fassent leur apparition et que les pratiques commerciales évoluent rapidement.

14. Le paragraphe 3 de cet article vise à protéger les chargeurs dans certaines circonstances, en particulier dans le cas de certains petits chargeurs.

Article C

Toute clause qui, directement ou indirectement, réduit les responsabilités du transporteur ou du prestataire maritime ou l'en décharge dans la convention conclue par la libre négociation visée à l'article B est nulle si ces responsabilités résultent:

a) de la violation de l'obligation instituée à l'article 13.1; ou

b) du déroutement; [ou

c) d'un acte ou d'une omission du transporteur ou du prestataire accompli avec l'intention de causer la perte, le dommage ou le retard dans la livraison des marchandises ou témérairement et en sachant qu'une telle perte, un tel dommage ou un tel retard en résulterait probablement.]

15. Cet article vise à instituer des limites nécessaires à la liberté contractuelle prévue à l'article B.

16. La première limitation concerne l'obligation de navigabilité. Elle prévoit que l'obligation de navigabilité ne peut être réduite ou supprimée, étant donné qu'il s'agit de l'obligation prédominante. Lors de la rédaction du texte, nous nous sommes inspirés du Code maritime chinois en ce qui concerne les chartes-parties au voyage, aux termes duquel la disposition concernant l'obligation de navigabilité est impérative.

17. Cependant, si l'obligation de navigabilité est étendue à l'ensemble du voyage (les mots "au cours du" sont actuellement entre crochets), il faut examiner soigneusement la façon d'établir un équilibre entre les armateurs et les chargeurs lors de la rédaction de cette disposition. Apparemment, une obligation permanente et impérative de navigabilité peut être lourde pour les armateurs dans le cadre des conventions librement négociées. En outre, conformément au principe de la liberté contractuelle, nous estimons que la loi ne doit imposer que des limites minimales à la convention librement négociée, sous réserve de dispositions d'ordre public. Pour conclure provisoirement, l'instrument devrait prévoir qu'avant le voyage et au début de celui-ci, l'obligation de prendre les dispositions voulues pour que le navire soit navigable est impérative, mais qu'elle ne l'est pas au cours du voyage, c'est-à-dire que les deux parties peuvent librement négocier les clauses concernant la navigabilité au cours du voyage. Nous pensons que cette démarche peut contribuer à établir un nouvel équilibre entre les armateurs et les chargeurs.

18. Nous estimons que l'instrument ne doit pas permettre au transporteur de réduire ou de supprimer les responsabilités résultant du déroutement, même si la convention est conclue par la libre négociation. Nous nous sommes également référés au Code maritime chinois concernant les chartes-parties au voyage pour la rédaction de cette disposition.

19. En outre, nous estimons que le contrat ne doit pas exonérer de responsabilités résultant d'une intention ou d'une faute lourde, conformément au principe de l'équité. Par exemple, l'article 53 de la loi chinoise sur les contrats prévoit ce qui suit: *les clauses contractuelles d'exonération de responsabilité suivantes sont nulles: 1) celles qui causent des lésions physiques à l'autre partie; 2) celles qui causent des préjudices matériels à l'autre partie, intentionnellement ou à la suite d'une faute lourde*. Nous préférons que l'instrument énonce des dispositions analogues limitant la liberté contractuelle. Pour assurer la cohérence des différentes parties de l'instrument, nous n'utilisons pas l'expression "intentionnellement ou à la suite d'une faute lourde", mais estimons que les termes utilisés dans l'instrument, à savoir "soit avec l'intention de provoquer cette perte ou ce dommage ou ce retard dans la livraison des marchandises, soit témérairement, en sachant que cette perte, ce dommage ou ce retard en résulterait probablement" conviennent. Nous estimons en effet que ces termes ont une signification analogue aux termes "intentionnellement ou à la suite d'une faute lourde".

IV. COMMERCE ELECTRONIQUE

A. Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante-deuxième session (Vienne, 17-21 novembre 2003)

(A/CN.9/546) [Original: Anglais]

Table des matières

Paragraphes

I. Introduction 1-24
II. Organisation de la session 25-30
III. Résumé des délibérations et décisions 31-32
IV. Contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention. 33-135
Observations générales 33-38
Article 8 [10]. Reconnaissance juridique des messages de données 39-45
Article 9 [14]. Conditions de forme. 46-58
Article 10 [11]. Moment et lieu de l'expédition et de la réception d'un message de données 59-86
Article 11 [15]. Informations générales devant être fournies par les parties. 87-105
Article 12 [9]. Invitations à l'offre 106-116
Article 13 [8]. Utilisation de messages de données dans la formation des contrats 117-121
Article 14 [12]. Utilisation de systèmes d'information automatisés pour la formation des contrats 122-129
Article 15 [16]. Mise à disposition des clauses contractuelles 130-135

I. Introduction

1. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a procédé à un échange de vues préliminaire sur les travaux futurs proposés dans le domaine du commerce électronique. Trois sujets ont été suggérés comme éventuels domaines dans lesquels il serait souhaitable et possible que la Commission entreprenne des travaux: les contrats électroniques, considérés du point de vue de la Convention des Nations

Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises[1] (“Convention des Nations Unies sur les ventes”); le règlement en ligne des litiges; et la dématérialisation des titres représentatifs, en particulier dans l’industrie des transports.

2. La Commission a accueilli favorablement la proposition tendant à examiner plus avant l’opportunité et la possibilité d’entreprendre des travaux sur ces sujets. Elle est convenue d’une manière générale que, lorsqu’il aurait achevé l’élaboration de la Loi type sur les signatures électroniques, le Groupe de travail devrait examiner, à sa trente-huitième session, une partie ou la totalité des sujets susmentionnés, ainsi que tout autre sujet supplémentaire, afin de formuler des propositions plus précises sur les travaux que la Commission pourrait envisager à sa trente-quatrième session en 2001. Il a été convenu que le Groupe de travail pourrait être amené à étudier plusieurs sujets en parallèle et à procéder à un examen préliminaire de la teneur d’éventuelles règles uniformes sur certains aspects des sujets susmentionnés[2]. Le Groupe de travail a examiné ces propositions à sa trente-huitième session sur la base d’un ensemble de notes concernant une éventuelle convention destinée à éliminer les obstacles au commerce électronique dans les conventions internationales existantes (A/CN.9/WG.IV/WP.89), la dématérialisation des titres représentatifs (A/CN.9/WG.IV/WP.90), et les contrats électroniques (A/CN.9/WG.IV/WP.91).

3. Le Groupe de travail a eu des discussions approfondies sur les questions concernant les contrats électroniques (voir A/CN.9/484, par. 94 à 127). Il a conclu ses délibérations relatives aux travaux futurs en recommandant à la Commission de commencer à titre prioritaire les travaux en vue de l’élaboration d’un instrument international traitant de certaines questions touchant les contrats électroniques. En même temps, il est convenu de recommander à la Commission de charger le secrétariat de mener les études nécessaires sur trois autres sujets qu’il avait envisagés: a) une étude complète des éventuels obstacles juridiques au développement du commerce électronique dans les instruments internationaux; b) une autre étude sur les questions que pose le transfert de droits, en particulier de droits sur des biens corporels, par des moyens électroniques et les systèmes de publication et d’enregistrement des actes de transfert ou de création de sûretés sur de tels biens; et c) une étude de la Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial international[3] ainsi que du Règlement d’arbitrage de la CNUDCI[4], afin de déterminer s’ils répondent aux besoins spécifiques de l’arbitrage en ligne (voir A/CN.9/484, par. 134).

4. À la trente-quatrième session de la Commission, en 2001, les participants ont largement appuyé les recommandations du Groupe de travail, estimant qu’elles constituaient une base solide pour les travaux futurs de la Commission. Cependant, les vues divergeaient en ce qui concerne l’ordre de priorité à attribuer aux différents sujets. Certains estimaient qu’un projet visant à éliminer les obstacles au commerce électronique dans les instruments existants devrait avoir la priorité sur les autres sujets, en particulier sur l’élaboration d’un nouvel instrument international sur les

---

[1] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol.1489, n° 25567.

[2] *Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 384 à 388.

[3] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.18.

[4] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.77.V.6.

contrats électroniques. Il a été dit que les termes “écrit”, “signature” et “document”, ainsi que d’autres expressions analogues figurant dans les conventions établissant des règles juridiques uniformes et les accords commerciaux existants avaient déjà créé des obstacles juridiques et constituaient une source d’insécurité pour les opérations internationales effectuées par des moyens électroniques. Il ne faudrait pas retarder ni abandonner les efforts visant à éliminer ces obstacles en accordant un degré de priorité plus élevé aux questions concernant les contrats électroniques.

5. Cependant, l’opinion dominante a été favorable à l’ordre de priorité qui avait été recommandé par le Groupe de travail. Il a été souligné, à cet égard, que l’élaboration d’un instrument international sur les contrats électroniques et l’examen de moyens appropriés pour éliminer les obstacles au commerce électronique dans les conventions établissant des règles juridiques uniformes et les accords commerciaux existants n’étaient pas incompatibles. Il a été rappelé à la Commission qu’il avait été convenu, à sa trente-troisième session, que le Groupe de travail pourrait être amené à étudier plusieurs sujets en parallèle ainsi qu’à procéder à un examen préliminaire de la teneur d’éventuelles règles uniformes sur certains aspects des sujets susmentionnés[5].

6. Des vues divergentes ont également été exprimées en ce qui concerne la portée des travaux futurs sur les contrats électroniques ainsi que sur le moment approprié pour commencer ces travaux. Selon un avis, ceux-ci devraient être limités aux contrats de vente de biens corporels. L’opinion contraire, qui a prévalu au cours des délibérations de la Commission, a été qu’il fallait charger le Groupe de travail d’examiner les questions relatives aux contrats électroniques dans le cadre d’un mandat étendu, sans limiter d’emblée la portée de ses travaux. Il a été entendu, toutefois, que les opérations impliquant des consommateurs et les contrats autorisant l’utilisation limitée de droits de propriété intellectuelle ne seraient pas examinés par le Groupe de travail. La Commission a pris note de l’hypothèse de travail préliminaire formulée par le Groupe de travail, à savoir que l’instrument à établir pourrait revêtir la forme d’une convention à part entière, qui devrait traiter largement des questions concernant la formation des contrats dans le commerce électronique (voir A/CN.9/484, par. 124), sans s’immiscer indûment dans le régime bien établi de la Convention des Nations Unies sur les ventes (voir A/CN.9/484, par. 95) et sans interférer inutilement avec le droit de la formation des contrats en général. Les membres de la Commission ont largement appuyé l’idée exprimée à la trente-huitième session du Groupe de travail, à savoir que, dans la mesure du possible, il ne faudrait pas traiter les opérations de vente sur l’Internet différemment de celles effectuées par des moyens plus traditionnels (voir A/CN.9/484, par. 102).

7. En ce qui concerne le calendrier des travaux futurs du Groupe de travail, on s’est déclaré favorable à ce que ceux-ci démarrent dès le troisième trimestre de 2001. Toutefois, des participants se sont dits fermement convaincus qu’il serait préférable que le Groupe de travail attende le premier trimestre de 2002, afin de donner aux États suffisamment de temps pour mener des consultations internes. La Commission a accepté cette suggestion et décidé que la première réunion du Groupe

[5] *Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), par. 293.

de travail sur les contrats électroniques aurait lieu au cours du premier trimestre de 2002[6].

8. À sa trente-neuvième session, le Groupe de travail a examiné une note du secrétariat sur certaines questions relatives aux contrats électroniques qui contenait un projet initial provisoirement intitulé “Avant-projet de convention sur les contrats [internationaux] conclus ou constatés au moyen de messages de données” (A/CN.9/WG.IV/WP.95, annexe I). Il a en outre examiné une note du secrétariat transmettant les commentaires formulés par un groupe spécial d’experts de la Chambre de commerce internationale chargé d’examiner les problèmes soulevés dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.95 et les projets de dispositions figurant dans l’annexe I de ce document (A/CN.9/WG.IV/WP.96).

9. Le Groupe de travail a commencé ses délibérations par un examen de la forme et du champ d’application de l’avant-projet de convention (voir A/CN.9/509, par. 18 à 40). Il est convenu de ne pas aborder la question des exclusions avant d’avoir eu la possibilité d’étudier les dispositions concernant le lieu de situation des parties et la formation des contrats. En particulier, il a décidé d’examiner tout d’abord les articles 7 et 14, qui traitaient tous deux de questions relatives au lieu de situation des parties (voir A/CN.9/509, par. 41 à 65). Après avoir terminé l’examen initial de ces dispositions, le Groupe de travail est passé aux dispositions relatives à la formation des contrats figurant aux articles 8 à 13 (voir A/CN.9/509, par. 66 à 121). Il a conclu ses délibérations sur le projet de convention en examinant le projet d’article 15 (voir A/CN.9/509, par. 122 à 125). Il est convenu d’examiner les articles 2 à 4, traitant du champ d’application du projet de convention, et les articles 5 (Définitions) et 6 (Interprétation) à sa quarantième session. Il a prié le secrétariat d’établir, en se fondant sur ces délibérations et décisions, une version révisée de l’avant-projet de convention qui lui serait soumise pour examen du Groupe à sa quarantième session.

10. À sa quarantième session, le Groupe de travail a également été informé des progrès accomplis par le secrétariat en ce qui concerne l’étude des obstacles juridiques éventuels au développement du commerce électronique dans les instruments internationaux. Il a été informé que le secrétariat avait commencé l’étude en identifiant et en analysant, parmi les nombreux traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général, les instruments relatifs au commerce. Le secrétariat avait recensé 33 traités susceptibles d’être pertinents pour l’étude et avait analysé les problèmes éventuels qui pourraient découler de l’utilisation des moyens électroniques de communication dans le cadre de ces traités. Les conclusions préliminaires du secrétariat en ce qui concerne ces traités sont présentées dans une note (A/CN.9/WG.IV/WP.94) qui a été soumise au Groupe de travail à sa trente-neuvième session, en mars 2002.

11. Le Groupe de travail a pris note des progrès accomplis par le secrétariat en ce qui concerne cette étude, mais n’a pas eu suffisamment de temps pour en examiner les conclusions préliminaires. Il a prié le secrétariat de demander aux États membres et aux États dotés du statut d’observateur de donner leur opinion sur l’étude et sur les conclusions préliminaires qui y étaient formulées, et aussi de récapituler ces opinions dans un rapport qu’il examinerait ultérieurement. Il a pris note d’une déclaration selon laquelle il était important que l’étude du secrétariat tienne compte

[6] Ibid., par. 295.

des instruments relatifs au commerce en vigueur dans les diverses régions géographiques représentées à la Commission. À cette fin, il a prié le secrétariat de sonder d'autres organisations internationales, y compris les organisations du système des Nations Unies et d'autres organisations intergouvernementales, sur le point de savoir s'il existait des instruments internationaux relatifs au commerce dont ces organisations ou leurs États membres étaient dépositaires et qu'elles aimeraient voir figurer dans cette étude.

12. À sa trente-cinquième session, en 2002, la Commission a examiné le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-neuvième session. Elle a noté avec satisfaction que le Groupe de travail avait commencé à examiner le texte d'un éventuel instrument international traitant de certaines questions touchant les contrats électroniques. Elle a réaffirmé qu'un tel instrument pourrait contribuer à faciliter l'utilisation de moyens modernes de communication dans le cadre d'opérations commerciales transfrontières et a félicité le Groupe de travail pour les progrès déjà réalisés à ce sujet. Toutefois, elle a également pris note des différents points de vue qui avaient été exprimés au sein du Groupe de travail en ce qui concerne la forme et le champ d'application de cet instrument, ses principes fondamentaux et certaines de ses principales caractéristiques. Elle a noté en particulier la proposition tendant à ce que les débats du Groupe de travail ne soient pas limités aux contrats électroniques, mais portent également sur les contrats commerciaux en général, quels que soient les moyens utilisés pour les négocier. Elle a estimé que les États membres et les États dotés du statut d'observateur qui participaient aux délibérations du Groupe de travail devraient disposer de tout le temps nécessaire pour tenir des consultations sur ces questions importantes. Elle a donc jugé qu'il serait peut-être préférable que le Groupe de travail reporte à sa quarante et unième session (New York, 5-9 mai 2003)[7], l'examen d'un éventuel instrument international traitant de certaines questions touchant les contrats électroniques.

13. En ce qui concerne l'étude des obstacles juridiques éventuels au développement du commerce électronique dans les instruments internationaux relatifs au commerce, la Commission a réaffirmé son appui aux efforts qu'y consacrent le Groupe de travail et le secrétariat. Elle a prié le Groupe de travail de réserver la majeure partie de sa quarantième session, en octobre 2002, à un débat de fond sur les diverses questions qui avaient été soulevées dans l'étude initiale du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.94)[8].

14. À sa quarantième session (Vienne, 14-18 octobre 2002), le Groupe de travail a examiné l'étude des éventuels obstacles juridiques au développement du commerce électronique parue sous la cote A/CN.9/WG.IV/WP.94. D'une manière générale, il a souscrit à l'analyse du secrétariat et a fait siennes les recommandations formulées par ce dernier (voir A/CN.9/527, par. 24 à 71). Il est convenu de recommander au secrétariat de donner suite aux suggestions tendant à 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. À cet égard, il a invité les États membres à aider le

[7] Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 206.
[8] Ibid., par. 207.

secrétariat en recensant les experts compétents ou les sources d'informations pertinentes dans les divers domaines de compétence correspondant aux instruments internationaux en question.

15. Le Groupe de travail a utilisé le temps restant à sa quarantième session pour reprendre ses travaux sur l'avant-projet de convention, qu'il a commencés par une discussion générale sur le champ d'application de l'avant-projet de convention (voir A/CN.9/527, par. 72 à 81). Il a ensuite examiné les articles 2 à 4, traitant du champ d'application du projet de convention, et les articles 5 (Définitions) et 6 (Interprétation) (voir A/CN.9/527, par. 82 à 126). Il a prié le secrétariat d'établir une version révisée de l'avant-projet de convention, qu'il examinerait à sa quarante et unième session.

16. À sa quarante et unième session (New York, 5-9 mai 2003), le Groupe de travail a repris ses délibérations sur l'avant-projet de convention par un débat général sur l'objet et la nature de l'instrument (voir A/CN.9/528, par. 28 à 31). Il a noté qu'un groupe d'étude de la Chambre de commerce internationale avait soumis des commentaires sur le champ d'application et l'objet de l'avant-projet de convention (A/CN.9/WG.IV/WP.101, annexe). Il s'est dans l'ensemble félicité des travaux entrepris par les organisations représentant le secteur privé, telles que la Chambre de commerce internationale, estimant qu'ils complétaient utilement ceux qu'il réalisait en vue d'élaborer une convention internationale.

17. Le Groupe de travail a examiné les articles 1 à 11 de la version révisée de l'avant-projet de convention figurant dans la note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.100, annexe I). Les décisions et délibérations du Groupe de travail concernant le projet de convention sont présentées au chapitre IV du rapport sur les travaux de sa quarante et unième session (voir A/CN.9/258, par. 26 à 151). Le secrétariat a été prié d'élaborer, sur la base de ces délibérations et décisions, une version révisée de l'avant-projet de convention en vue de son examen par le Groupe de travail à sa quarante-deuxième session (Vienne, 17-21 novembre 2003).

18. Conformément à une décision prise à sa quarantième session (voir A/CN.9/527, par. 93), le Groupe de travail a également examiné à titre préliminaire la question de l'exclusion des droits de propriété intellectuelle du projet de convention (voir A/CN.9/528, par. 55 à 60). Il est convenu de prier le secrétariat de demander aux organisations internationales compétentes telles que l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) et l'Organisation mondiale du commerce de donner leur avis sur la question de savoir si le fait d'inclure dans le champ d'application de l'avant-projet de convention des contrats autorisant l'utilisation de droits de propriété intellectuelle afin d'admettre expressément l'utilisation de messages de données dans le contexte de ces contrats pourrait porter préjudice aux règles en vigueur en matière de protection des droits de propriété intellectuelle. Il a estimé que la réponse à la question de savoir si une telle exclusion était ou non nécessaire dépendrait en fin de compte du champ d'application matériel de l'avant-projet de convention.

19. Le Groupe de travail a également procédé à un échange de vues sur les liens entre le 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.

20. À sa trente-sixième session, en 2003, 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 (New York, 5-9 mai 2003) sessions (A/CN.9/527 et A/CN.9/528, respectivement).

21. La Commission a pris note des progrès déjà réalisés par le secrétariat en ce qui concerne l'étude des obstacles juridiques éventuels au développement du commerce électronique dans les instruments internationaux relatifs au commerce. Elle a réaffirmé ses vues concernant l'importance de ce projet et son appui aux efforts qu'y consacrent le Groupe de travail et le secrétariat. Elle a 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'informations pertinentes dans les divers domaines de compétence correspondant aux instruments internationaux en question[9].

22. La Commission a en outre 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 observé 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[10].

23. La Commission a été informée que le Groupe de travail avait procédé à un échange de vues sur les liens 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 (voir A/CN.9/528, par. 25). Elle a exprimé son appui aux efforts que déployait le Groupe de travail pour étudier les deux sujets en parallèle[11].

24. La Commission a été informée que, à sa quarante et unième session, le Groupe de travail avait examiné à titre préliminaire la question de l'exclusion des droits de propriété intellectuelle du projet de convention (voir 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

---

9 Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 211.
10 Ibid., par. 212.
11 Ibid., par. 213.

ventes. 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[12].

II. Organisation de la session

25. Le Groupe de travail sur le commerce électronique, composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quarante-deuxième session à Vienne du 17 au 21 novembre 2003. Ont participé à la session des représentants des États membres du Groupe de travail ci-après: Allemagne, Autriche, Brésil, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Lituanie, Maroc, Mexique, Ouganda, Singapour, Thaïlande et Uruguay.

26. Ont également participé à la session des observateurs des États ci-après: Algérie, Argentine, Australie, Bahreïn, Belgique, Costa Rica, Danemark, Finlande, Indonésie, Irlande, Jamahiriya arabe libyenne, Nigéria, Nouvelle-Zélande, Philippines, Pologne, Qatar, République de Corée, République tchèque, Serbie-et-Monténégro, Suisse, Trinité-et-Tobago, Turquie, Venezuela et Yémen.

27. Ont en outre participé à la session des observateurs des organisations internationales suivantes: a) Organisations du système des Nations Unies: Commission économique pour l'Afrique (CEA), Banque mondiale et Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture; b) Organisations intergouvernementales: Union asiatique de compensation, Union européenne et Conférence de La Haye de droit international privé; c) Organisations non gouvernementales invitées par la Commission: Association du barreau américain, Association internationale du barreau, Center for International Legal Studies et Chambre de commerce internationale (CCI).

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

Président: Jeffrey CHAN Wah Teck (Singapour);
Rapporteur: Ligia Claudia González Lozano (Mexique).

29. Le Groupe de travail était saisi d'une nouvelle version révisée de l'avant-projet de convention qui rendait compte de ses délibérations à sa quarante et unième session (A/CN.9/WG.IV/WP.103, annexe). Il était aussi saisi de documents qui résumaient les recherches menées par le secrétariat sur certaines des principales questions dont le Groupe de travail avait débattu dans le cadre de ses délibérations sur le projet de convention (A/CN.9/WG.IV/WP.104 et Add.1 à 4) et de commentaires sur le projet de convention reçus d'un groupe d'étude mis en place par la Chambre de commerce internationale (A/CN.9/WG.IV/WP.105) et de l'OMPI (A/CN.9/WG.IV/WP.106).

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

[12] Ibid., par. 214.

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Résumé des délibérations et décisions

31. Le Groupe de travail a repris l'examen de l'avant-projet de convention en tenant une discussion générale sur le champ d'application de ce dernier (voir ci-après par. 33 à 38).

32. Le Groupe de travail a examiné les articles 8 à 15 de la version révisée de l'avant-projet de convention figurant à l'annexe de la note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.103). Les décisions et délibérations du Groupe de travail concernant le projet de convention sont présentées dans le chapitre IV ci-après.

IV. Contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention

Observations générales

33. Le Groupe de travail a commencé ses travaux par un échange de vues général sur l'objet et la portée de l'avant-projet de convention.

34. Le Groupe de travail a noté que le texte de l'avant-projet de convention avait été largement révisé et remanié pour tenir compte des délibérations de sa quarante et unième session (New York, 5-9 mai 2003). Il lui a été rappelé que la première fois qu'il avait débattu de la possibilité d'entreprendre des travaux supplémentaires sur le commerce électronique après l'adoption de la Loi type sur les signatures électroniques, il avait notamment envisagé d'examiner la question générale des "contrats électroniques" et les mesures qui pourraient être nécessaires pour éliminer les éventuels obstacles juridiques au commerce électronique dans les conventions internationales existantes. Après avoir examiné le texte initial de l'avant-projet de convention à sa trente-neuvième session (voir A/CN.9/509, par. 18 à 125) et l'étude du secrétariat sur les éventuels obstacles juridiques au commerce électronique dans les conventions internationales existantes à sa quarantième session (voir A/CN.9/527, par. 24 à 71), le Groupe de travail avait décidé d'essayer de mettre en évidence les points communs entre la suppression de ces obstacles et une éventuelle convention internationale sur les contrats électroniques (voir A/CN.9/527, par. 30). Il a réaffirmé l'hypothèse de travail selon laquelle les deux projets devaient, autant que possible, être menés simultanément, hypothèse dont le texte actuel de l'avant-projet de convention tenait compte.

35. Il a été rappelé au Groupe de travail les préoccupations qui avaient été exprimées à sa trente-neuvième session concernant le risque de voir s'instituer deux

régimes pour la formation des contrats: un régime uniforme pour les contrats électroniques relevant du nouvel instrument et un régime différent, non harmonisé, pour les contrats formés par d'autres moyens, à l'exception des rares types de contrats qui étaient déjà régis par un droit uniforme, tels que les contrats de vente relevant de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

36. Le Groupe de travail a noté que la Chambre de commerce internationale avait chargé une équipe d'élaborer des dispositions contractuelles et un guide concernant les questions juridiques liées au commerce électronique, appelés provisoirement "E-terms 2004", le résultat attendu étant un document pragmatique qui présente les problèmes et propose des solutions pratiques en tenant compte des différents besoins des petites et grandes entreprises. Les E-terms 2004 seraient un instrument facultatif qui ne porterait pas atteinte à l'autonomie des parties et dont le champ d'application était fondé sur une évaluation minutieuse des pratiques et des besoins des entreprises de divers secteurs et de différentes tailles. Ce travail reposait sur la conviction qu'un instrument international ne serait peut-être pas la meilleure solution pour résoudre certains problèmes concernant le commerce électronique, mais que l'on pourrait garantir la sécurité juridique lors de la passation de contrats par voie électronique en offrant aux utilisateurs un choix de règles, de dispositions types et de principes directeurs facultatifs. L'avantage de cette démarche résiderait dans sa souplesse car les entreprises pourraient adopter des éléments de clauses standard ou types que l'on pourrait modifier facilement si nécessaire.

37. Le Groupe de travail a accueilli avec satisfaction le projet entrepris par la Chambre de commerce internationale, estimant qu'il complétait utilement son propre projet visant à élaborer une convention internationale. Il a été d'avis que les deux projets n'étaient pas incompatibles, étant donné en particulier que le projet de convention traitait de questions qui étaient normalement régies par des textes législatifs et qui, de ce fait, ne pouvaient pas être réglées par des dispositions contractuelles ou des normes non contraignantes. Le Groupe de travail a remercié la Chambre de commerce international de s'être montrée disposée à mener ses travaux en coopération avec la CNUDCI et il a confirmé qu'il présenterait volontiers ses observations concernant les textes que celle-ci établirait.

38. En ce qui concerne l'organisation des travaux de la session en cours, le Groupe de travail a décidé d'examiner d'abord les questions traitées dans le chapitre III de l'avant-projet de convention qui se rapportaient aussi bien à ses travaux visant à éliminer les obstacles juridiques au commerce électronique dans les instruments existants qu'à ceux visant à élaborer un cadre juridique plus large pour les contrats électroniques.

Article 8 [10]. Reconnaissance juridique des messages de données

39. Le texte du projet d'article était le suivant:

> "1. Toute communication, déclaration, demande, notification ou requête que les parties sont tenues de faire ou choisissent de faire [en rapport avec un contrat existant ou envisagé] [dans le contexte de la formation ou de l'exécution d'un contrat] [, notamment une offre ou l'acceptation d'une offre] peut être exprimée au moyen de messages de données et la validité ou la force exécutoire de celle-ci ne sont pas déniées pour le seul motif que des messages de données ont été utilisés à cet effet.

[2. Aucune disposition de la présente Convention n'oblige une personne à utiliser ou à accepter des informations sous forme de message de données, mais le fait qu'elle y consent peut être déduit de son comportement.]

[3. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les cas suivants: [...] [Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux matières désignées par un État contractant en vertu d'une déclaration faite conformément à l'article X.]"

40. À titre d'observation générale, il a été dit que le projet d'article 8 avait une portée à la fois ambitieuse et modeste. Ambitieuse car, en prévoyant que les communications relatives à un contrat puissent être faites au moyen de messages de données, ce projet d'article semblait énoncer une règle positive permettant l'utilisation de ce type de messages, règle qui allait au-delà du principe de l'équivalence fonctionnelle. On a demandé si cela signifiait, par exemple, que les messages de données seraient toujours valables dans un contexte contractuel, même si l'une des parties ne s'attendait pas à recevoir de tels messages, voire ne le souhaitait pas. La portée du projet d'article a aussi été jugée modeste car la fin du paragraphe 1 se limitait à rappeler le principe de la non-discrimination des messages de données qui avait été posé à l'article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[13]. On a demandé s'il ne serait pas plus utile d'aller plus loin et d'indiquer des critères positifs généraux concernant la validité des messages de données.

41. Le Groupe de travail est convenu que le projet d'article ne devait pas donner l'impression d'établir une règle de fond sur la validité des messages de données. À cette fin, il fallait, de l'avis général, remanier le paragraphe 1 de façon à faire ressortir plus clairement qu'il constituait une règle de non-discrimination. Une solution pouvait consister à remplacer les mots "toute communication, déclaration, demande, notification ou requête [...] peut être exprimée au moyen de messages de données" par un libellé du type "lorsqu'une communication, une déclaration, une demande, une notification ou une requête est exprimée au moyen de messages de données". Selon l'opinion qui a prévalu, toutefois, le paragraphe dans son ensemble devait rester une règle de non-discrimination et ne devait pas se risquer à énoncer les conditions de validité des messages de données. Le commerce électronique impliquait l'utilisation de différents types de communications et de technologies et il ne serait pas souhaitable d'essayer de formuler des règles ou des critères concernant leur validité. Lorsque la loi imposait des conditions de forme, le projet d'article 9 prévoyait déjà des critères d'équivalence fonctionnelle.

42. À propos des différentes variantes figurant entre crochets, on s'est déclaré dans l'ensemble favorable au maintien de la référence à "un contrat existant ou envisagé", bien que la formule "dans le contexte de la formation ou de l'exécution d'un contrat", que certains ont estimée plus technique, ait elle aussi bénéficié d'un certain appui. Pour ce qui est du troisième groupe de termes entre crochets, le Groupe de travail a accepté dans l'ensemble de conserver la référence à "une offre ou l'acceptation d'une offre". Il a toutefois noté que l'inclusion de ces termes dans le projet d'article 8 risquait de rendre superflu le paragraphe 1 de l'article 13, et a décidé qu'il reverrait peut-être sa décision après avoir examiné le projet d'article 13 (voir ci-dessous par. 117 à 121).

---

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

43. Le Groupe de travail a noté que le projet de paragraphe 2 avait pour but d'énoncer le principe selon lequel les parties ne devraient pas être contraintes d'accepter des offres de contrat ou des acceptations d'offre par des moyens électroniques si elles ne le souhaitaient pas (voir A/CN.9/527, par. 108). Toutefois, comme cette disposition n'avait pas pour but d'exiger que les parties se soient toujours mises d'accord préalablement pour utiliser des messages de données, la deuxième proposition du projet de paragraphe disposait que le consentement d'une partie pouvait être déduit de son comportement. L'inclusion d'une disposition telle que le paragraphe 2 a été fortement appuyée au sein du Groupe de travail. À ce propos, il a été demandé si, en vertu du projet d'article, une personne qui proposait des biens ou des services par l'intermédiaire d'une lettre ou d'une annonce publiée serait tenue d'accepter une réponse prenant la forme d'un message de données. Il été répondu que le projet d'article n'influait pas sur la manière dont le droit applicable traitait l'échange de communications entre les parties. Lorsqu'il ne prévoyait pas de condition de forme, on pouvait concevoir qu'une réponse orale à une offre faite par écrit puisse être valable, de la même façon qu'un message de données en vertu du projet d'article. Lorsqu'il y avait une condition de forme, c'était le législateur qui, selon le projet d'article, avait toute latitude pour assurer l'équivalence entre messages de données et écrits papier. Il a toutefois été suggéré de supprimer la deuxième partie du projet de paragraphe, du fait que le mot "consent" risquait d'être interprété à tort comme s'appliquant à l'opération sous-jacente. Le Groupe de travail, cependant, a préféré conserver la totalité du projet de paragraphe, sous réserve que la deuxième partie de la phrase soit modifiée de manière à refléter l'idée que le consentement auquel il était fait référence se rapportait uniquement à l'utilisation de messages de données.

44. Des opinions diverses ont été exprimées au sein du Groupe de travail au sujet du paragraphe 3. Si l'idée d'exclure des matières spécifiques du champ d'application du projet d'article 8 a suscité des appuis, plus nombreux ont été ceux qui se sont prononcés en faveur de la limitation de toute possibilité d'exclusion aux déclarations faites par les États contractants conformément au projet d'article X. L'opinion qui l'a emporté au sein du Groupe de travail a toutefois été qu'il était préférable que les possibilités d'exclusion ne valent que pour la totalité de l'instrument et non pour certaines de ses dispositions. Il a été convenu de supprimer le projet de paragraphe, car les deux possibilités qui y étaient envisagées ont été jugées peu souhaitables, étant donné l'importance du principe de non-discrimination et le souci d'assurer la plus grande uniformité possible du droit.

45. Sous réserve des remarques et modifications ci-dessus, le Groupe de travail a approuvé dans l'ensemble le projet d'article 8 quant au fond et a prié le secrétariat d'en établir une version révisée pour examen à sa quarante-troisième session.

Article 9 [14]. Conditions de forme

46. Le texte du projet d'article était le suivant:

> "[1. Aucune disposition de la présente Convention n'exige qu'un contrat ou toute autre communication, déclaration, mise en demeure, notification ou demande que les parties sont tenues d'adresser ou choisissent d'adresser [en rapport avec un contrat existant ou envisagé] [dans le contexte de la formation ou de l'exécution d'un contrat] soit établi ou constaté [sous une forme

particulière, y compris par écrit] [par des messages de données, un écrit ou sous toute autre forme] ou qu'un contrat satisfasse à toute autre condition de forme].

2. Lorsque la loi exige qu'un contrat ou toute autre communication, déclaration, mise en demeure, notification ou demande que les parties sont tenues d'adresser ou choisissent d'adresser en rapport avec un contrat soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement.

3. Lorsque la loi exige qu'un contrat ou toute autre communication, déclaration, mise en demeure, notification ou demande que les parties sont tenues d'adresser ou choisissent d'adresser en rapport avec un contrat soit signé, ou prévoit des conséquences en l'absence d'une signature, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données:

Variante A

a) Si une méthode est utilisée pour identifier le signataire et pour indiquer que celui-ci approuve l'information contenue dans le message de données; et

b) Si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière.

Variante B

... s'il est fait usage d'une signature électronique dont la fiabilité est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière.

4. Une signature électronique est considérée comme fiable pour ce qui est de satisfaire les exigences visées au paragraphe 3 du présent article si:

a) Les données afférentes à la création de signature sont, dans le contexte dans lequel elles sont utilisées, liées exclusivement au signataire;

b) Les données afférentes à la création de signature étaient, au moment de la signature, sous le contrôle exclusif du signataire;

c) Toute modification apportée à la signature électronique après le moment de la signature est décelable; et

d) Dans le cas où l'exigence légale de signature a pour but de garantir l'intégrité de l'information à laquelle elle se rapporte, toute modification apportée à cette information après le moment de la signature est décelable.

5. Le paragraphe 4 du présent article ne restreint pas la possibilité pour toute personne:

a) D'établir de toute autre manière, aux fins de satisfaire l'exigence visée au paragraphe 3 du présent article, la fiabilité de la signature électronique;

b) D'apporter des preuves de la non-fiabilité de la signature électronique."

47. Il a été rappelé que, conformément à une suggestion faite à la trente-neuvième session du Groupe de travail (voir A/CN.9/509, par. 115), l'article 9 intégrait le principe général de la liberté de forme énoncé dans l'article 11 de la Convention des Nations Unies sur les ventes et réaffirmait les principaux critères d'équivalence fonctionnelle entre les messages de données et les documents papier de la même façon que les articles 6-2 et 7-3 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique le faisaient respectivement pour l'écrit et la signature.

48. Il a également été noté que deux variantes étaient proposées pour le paragraphe 3 de l'article 9. La variante A énumérait les critères généraux d'équivalence fonctionnelle entre les signatures manuscrites et les méthodes d'identification électronique visées à l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique; la variante B, qui était plus détaillée puisqu'elle comprenait deux paragraphes supplémentaires (4 et 5), était fondée sur l'article 6-3 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques.

Paragraphe 1

49. Il a été proposé de simplifier ce projet de paragraphe car la règle qui y était énoncée figurait déjà en partie dans le paragraphe 2 du projet d'article 8. Il a été suggéré de le remanier afin d'indiquer plus clairement qu'il n'imposait expressément ou implicitement aucune condition de forme susceptible de limiter la validité des communications ou des notifications mais fixait simplement des règles permettant de satisfaire aux conditions de forme imposées par le droit applicable. Il a été proposé de modifier le paragraphe 1 de manière à indiquer qu'aucune disposition de la convention ne soumettait un contrat ni aucune communication, déclaration, mise en demeure, notification ou demande à une condition de forme quelconque. Le Groupe de travail est convenu que le projet de paragraphe devrait être modifié dans le sens proposé.

Paragraphe 2

50. Le Groupe de travail a noté que ce projet de paragraphe énonçait les critères d'équivalence fonctionnelle entre les messages de données et les documents papier de la même façon que l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

51. Il a été suggéré de définir les termes "sous forme écrite" (voir A/CN.9/509, par. 116 et 117). Il a été proposé de reprendre la solution adoptée dans la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et son Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques adoptés le 16 novembre 2001 par une conférence diplomatique tenue en Afrique du Sud au Cap ("Convention du Cap"), où l'écrit est défini comme "une information (y compris communiquée par télétransmission) qui se présente sur un support matériel ou sous une autre forme de support, qui peut être reproduite ultérieurement sur un support matériel, ce support indiquant par un moyen raisonnable l'approbation de l'information par une personne."

52. On s'est opposé à cette proposition parce que la solution retenue dans la Convention du Cap avait été d'établir une définition du terme "écrit" qui permette l'utilisation de messages de données. La CNUDCI avait au contraire décidé de laisser le soin au droit national de définir ce qui constituait un "écrit", préférant fixer des critères d'équivalence fonctionnelle entre les messages de données et les documents écrits. En raison de cette différence fondamentale, la définition du terme "écrit" figurant dans la Convention du Cap ne pouvait pas être incorporée dans le projet de convention.

53. Il a été suggéré de faire figurer dans le projet de paragraphe 2 un critère supplémentaire d'équivalence fonctionnelle, à savoir l'impossibilité de modifier unilatéralement le message de données. Il a été répondu que l'ajout proposé répondait au souci de garantir l'intégrité du message de données et que, de ce fait, il s'apparentait davantage à la notion d'"original" qu'à celle d'"écrit" étant donné que l'exigence de la forme écrite répondait normalement au souci de garantir l'existence d'un enregistrement accessible mais pas nécessairement à celui de veiller à l'intégrité de cet enregistrement. On a noté à cet égard que le Groupe de travail n'avait pas jusqu'alors éprouvé la nécessité d'ajouter dans le projet de convention une disposition traitant de l'équivalence fonctionnelle entre les messages de données et les enregistrements "originaux". Les prescriptions légales concernant la production ou la conservation d'enregistrements originaux étaient généralement liées aux règles de preuve dans les procédures judiciaires et les échanges avec l'administration publique. On a estimé qu'une règle d'équivalence fonctionnelle de ce type n'était pas nécessaire dans un instrument qui traitait uniquement d'échanges de nature commerciale.

Paragraphe 3

54. On s'est dit préoccupé par le fait que tant la variante A que la variante B énonçaient une exigence concernant la fiabilité d'une signature. On a noté qu'elles se fondaient sur les exigences énoncées respectivement dans la Loi type sur le commerce électronique[13] et la Loi type sur les signatures électroniques[14]. On a relevé que certains États n'avaient pas imposé comme exigence distincte qu'une signature électronique soit fiable, à condition qu'il soit possible de reconnaître le signataire et son intention. Le Groupe de travail a pris note de cette observation.

55. En réponse à une question concernant la différence entre les variantes A et B, il a été souligné que la variante B énonçait des critères détaillés permettant de déterminer la fiabilité d'une signature électronique. Par conséquent, toutes les signatures électroniques répondant aux exigences de la variante A ne satisfaisaient pas à tous les critères énoncés au paragraphe 4 de la variante B. La fiabilité d'une signature électronique pouvait toutefois être démontrée par la partie intéressée conformément au paragraphe 5 de la variante B.

56. On s'est déclaré très favorable à la variante A du paragraphe 3, car on estimait qu'elle fixait des critères simples et techniquement neutres pour la reconnaissance des signatures électroniques.

57. Selon un point de vue, toutefois, la variante A ne garantissait pas, s'agissant des méthodes de signature et d'authentification, un niveau de sécurité suffisamment

---

[14] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8.

élevé. Comme il était préférable d'imposer des normes de sécurité plus élevées pour les communications électroniques, la variante B devrait avoir la préférence. Il a été suggéré de fusionner les variantes A et B afin de satisfaire les États où les exigences applicables aux signatures électroniques devraient être formulées de façon plus précise. On a fait observer que ce résultat pouvait être obtenu en conservant uniquement la variante A en tant que paragraphe 3 de l'article 9 puis en ajoutant une disposition autorisant un État à faire, conformément à l'article X, une déclaration indiquant qu'il n'appliquerait pas le paragraphe 3 de l'article 9 mais une règle plus stricte fondée sur un texte inspiré de la variante B. Après un débat, il a toutefois été déclaré que l'on préférait conserver uniquement la variante A.

58. Sous réserve des modifications et des observations ci-dessus, le Groupe de travail a approuvé d'une manière générale le projet d'article quant au fond.

Article 10 [11]. Moment et lieu de l'expédition et de la réception d'un message de données

59. Le texte du projet d'article était le suivant:

"1. Le moment de l'expédition d'un message de données est réputé être le moment où celui-ci entre dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur ou de la personne ayant envoyé le message au nom de l'expéditeur.

2. Le moment de la réception d'un message de données est déterminé comme suit:

a) Si le destinataire a désigné un système d'information pour recevoir des messages de données, le message de données est réputé être reçu au moment où il entre dans le système d'information désigné;

b) Si le destinataire a désigné un système d'information pour recevoir des messages de données mais que le message de données est envoyé à un autre système d'information du destinataire, il est réputé être reçu au moment où il est relevé par le destinataire;

c) Si le destinataire n'a pas désigné de système d'information, le message de données est réputé être reçu lorsqu'il entre dans un système d'information du destinataire à moins…

[Variante A

… qu'il n'ait été déraisonnable que l'expéditeur choisisse ce système d'information particulier pour envoyer le message de données, eu égard aux circonstances de l'espèce et au contenu du message.] [ou]

[Variante B

… que ce dernier n'ait pas pu raisonnablement s'attendre à ce que le message de données soit adressé à ce système d'information particulier.]

3. Le paragraphe 2 du présent article s'applique même si le lieu où est situé le système d'information est différent du lieu où le message de données est réputé avoir été reçu selon le paragraphe 5 du présent article.

4. Lorsque l'expéditeur et le destinataire utilisent le même système d'information, tant l'expédition que la réception d'un message de données ont lieu au moment à partir duquel celui-ci peut être relevé et traité par le destinataire.

5. Un message de données est réputé avoir été expédié du lieu où l'expéditeur a son établissement et avoir été reçu au lieu où le destinataire a son établissement, tel que déterminé conformément à l'article 7."

60. Il a été rappelé qu'à l'exception du projet de paragraphe 4, les dispositions de ce projet d'article étaient fondées sur l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, certaines modifications d'ordre rédactionnel ayant été apportées pour en harmoniser le texte avec celui des autres dispositions du projet de convention. Il a également été rappelé que les projets de paragraphes 1 et 2 avaient été remaniés car le texte précédent avait été jugé peu clair (voir A/CN.9/528, par. 140 et 148 et 149). Le Groupe de travail a également pris note d'un document établi par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.2) qui portait notamment sur le moment de la réception et de l'expédition des messages de données et sur la formation des contrats, et dans lequel on examinait des dispositions de droit interne régissant le moment où un message de données devait être considéré comme ayant été envoyé et reçu.

Paragraphes 1 et 2

61. Le Groupe de travail a noté que l'un des principaux objectifs du projet de convention était de donner des indications en vue de l'application, dans le contexte des contrats électroniques, de notions classiques utilisées dans les conventions internationales et le droit interne telles que celles d'"expédition" et de "réception". Ces notions classiques étant essentielles à l'application des règles régissant la formation des contrats en droit interne et en droit uniforme, fournir des équivalents fonctionnels pour le contexte électronique était, a-t-on dit, un objectif important du projet de convention. On s'est déclaré très favorable à cet objectif et, d'une manière générale, à l'idée de traiter cette question dans le projet de convention.

62. Il a toutefois été rappelé au Groupe de travail qu'il avait eu des discussions approfondies sur les projets de paragraphes 1 et 2 à ses trente-neuvième et quarante et unième sessions (voir A/CN.9/509, par. 93 à 98 et A/CN.9/528, par 137 à 151, respectivement). Les critiques qui avaient été formulées au sujet de ces dispositions concernaient principalement le sens de l'expression "systèmes d'information" et l'impression de complexité que donnait le projet d'article, en raison en particulier de la distinction entre les systèmes d'information "désignés" et "non désignés". Le Groupe de travail a été invité à examiner des propositions visant à répondre à ces critiques.

63. Selon un point de vue et comme cela avait été dit lors de sessions antérieures du Groupe de travail, le principal problème que soulevait ce projet d'article tenait au fait qu'il s'appuyait sur la notion de "système d'information" pour déterminer le moment de l'expédition et de la réception des messages de données. On a dit que cette solution était inadaptée dans un contexte essentiellement immatériel, car la notion de système d'information pouvait être interprétée comme impliquant l'existence de matériel pour transmettre et traiter des messages de données. Il a été proposé que le projet d'article mette l'accent non pas sur la notion de système

d'information mais sur le contrôle d'un message de données pour déterminer le moment de l'expédition et de la réception de ce message.

64. Sur cette base, il a été suggéré d'indiquer dans les paragraphes 1 et 2 de l'article 10 qu'un message de données est envoyé lorsqu'il quitte la sphère de contrôle de l'expéditeur et que le mode d'envoi a été accepté par le destinataire. En outre, un message devrait être réputé avoir été reçu lorsqu'il peut être relevé et traité par le destinataire ou, si un mode d'envoi autre que celui proposé par le destinataire a été utilisé, lorsque celui-ci en connaît l'existence.

65. Il a également été proposé au Groupe de travail de remplacer l'ensemble du projet d'article 10 par le texte suivant:

> "1. Le moment de l'expédition d'un message de données est réputé être le moment où ce message entre dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur ou de la personne ayant envoyé le message au nom de l'expéditeur.
>
> 2. Le moment de la réception d'un message de données est réputé être le moment à partir duquel ce message peut être relevé par le destinataire ou par toute autre personne désignée par le destinataire.
>
> [3. Le moment de la réception d'un message de données envoyé à un système d'information automatisé est réputé être le moment à partir duquel ce message peut être traité par ce système.]"

66. On a vivement appuyé ces propositions qui ont été saluées comme une bonne base pour la poursuite des discussions du Groupe de travail. Il a été dit que le remplacement des différentes situations concrètes mentionnées au projet de paragraphe 2 par des règles générales simples mettant l'accent sur le contrôle du message de données ou la capacité de relever ce message constituait une meilleure solution dans un instrument juridique uniforme.

67. Il a été noté que les différents critères utilisés aux alinéas b) et c) du paragraphe 2 pour déterminer qu'un message de données avait été reçu risquaient d'aboutir à des résultats contradictoires. Par exemple, si le terme "système d'information" englobait les systèmes qui acheminaient les messages de données à leurs destinataires, y compris par exemple un serveur extérieur, un message de données, même s'il avait été perdu avant d'être relevé, pourrait être réputé avoir été reçu par le destinataire en vertu de l'alinéa c) dès lors que la perte s'était produite après l'entrée du message dans le système du serveur et que ce système était un "système d'information désigné". En vertu de l'alinéa b) en revanche, le message perdu ne serait pas réputé avoir été reçu par le destinataire au motif qu'il n'avait pas été effectivement relevé par le destinataire simplement parce que celui-ci n'avait pas "désigné" le système d'information du serveur. Il a été dit que rien ne justifiait cette anomalie, qui était simplement due à la complexité du projet de paragraphe.

68. En élaborant d'autres règles inspirées des propositions qui avaient été soumises, on pourrait également éviter de s'appuyer sur la notion de "système d'information", qui était jugée ambiguë et risquait d'aboutir à des résultats contradictoires, selon que cette notion englobait par exemple une boîte aux lettres, un serveur d'une société, un serveur extérieur, un réseau fermé ou la totalité ou seulement certains de ces éléments. Le texte proposé, qui faisait référence au moment à partir duquel un message pouvait être relevé, donnait en revanche des

éléments suffisants à une juridiction étatique ou à un tribunal arbitral pour déterminer le moment où un message avait été effectivement reçu, au cas où il y aurait une contestation à ce sujet.

69. Il a été répondu que la recherche de la simplicité, qui en soi pourrait être appréciée par le monde des affaires, ne devrait pas inciter les rédacteurs de la convention à négliger la nécessité d'assurer un haut degré de prévisibilité et de sécurité en ce qui concerne la formation des contrats. On a affirmé avec force que, s'agissant de questions aussi importantes que le moment et le lieu de la formation des contrats, la sécurité était une exigence primordiale. À cet égard, on a considéré que les variantes proposées pour les projets de paragraphes 1 et 2 étaient vagues et insuffisantes pour répondre aux besoins pratiques des usagers du commerce électronique. L'expéditeur d'un message de données, a-t-on dit, n'avait aucun moyen de déterminer le moment à partir duquel un message de données entré dans un système d'information qui ne dépendait pas de lui pouvait être relevé dans ce système. En supprimant l'élément de fait lié à l'entrée du message de données dans un système d'information particulier, les nouvelles propositions éliminaient le seul facteur objectif dont disposaient les parties pour déterminer à l'avance le moment où leurs messages prendraient effet. On devrait s'efforcer dans ce projet d'article d'écarter les doutes possibles et de prévenir les litiges susceptibles d'en résulter au lieu de se contenter simplement de proposer des règles pouvant être appliquées a posteriori pour régler un litige résultant d'une incertitude quant au moment où un message de données a été reçu. Si la notion de "système d'information" soulevait des problèmes, il serait préférable d'améliorer la définition donnée à l'alinéa e) du projet d'article 5 plutôt que d'abandonner cette notion utile.

70. On a également objecté que les nouvelles propositions semblaient éliminer la notion de "système d'information désigné". Or, il était important de conserver cette notion, car elle permettait aux parties de choisir un système d'information déterminé pour recevoir certaines communications, comme c'était le cas par exemple lorsqu'une offre spécifiait expressément l'adresse à laquelle l'acceptation devait être envoyée. On a dit que cette possibilité revêtait une grande importance dans la pratique, en particulier pour les grandes sociétés qui utilisaient les divers systèmes de communication à différents endroits et dont on ne pouvait pas attendre qu'elles accordent le même degré d'attention à tous les systèmes d'information qu'elles avaient mis en place. Il serait excessif par exemple de considérer une grande société comme liée par le contenu d'un message de données envoyé à l'une quelconque de ses nombreuses boîtes aux lettres électroniques simplement parce que ce message "peut être relevé" par cette société.

71. Il a été souligné en outre que les projets des paragraphes 1 et 2 étaient fondés sur les solutions retenues dans l'article 15 de la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[13], lesquelles avaient fait leurs preuves et avaient déjà été incorporées dans la législation interne de plusieurs pays. On a dit que ces solutions protégeaient les intérêts de l'expéditeur, qui autrement dépendrait entièrement de la volonté du destinataire de prendre connaissance du message de données ou serait à la merci d'une éventuelle défaillance du système d'information de celui-ci. Les nouvelles dispositions proposées prenaient le contre-pied en imposant entièrement à l'expéditeur la charge de prouver la réception d'un message de données. Or, par principe, le Groupe de travail ne devrait pas s'écarter des orientations qu'il avait

fixées dans des textes antérieurs approuvés par la Commission si la nécessité d'un tel changement d'orientation n'était pas démontrée.

72. Le Groupe de travail a examiné de façon approfondie les divers points de vue qui avaient été exprimés au sujet des projets de paragraphes. Selon une opinion largement partagée, les nouvelles dispositions proposées contenaient des éléments positifs qui méritaient un complément d'examen et elles pourraient être utiles pour répondre à certaines des préoccupations qui avaient été exprimées à propos des paragraphes 1 et 2. On était en même temps de plus en plus conscient que ces propositions ne donnaient pas, comme le faisait actuellement la notion d'entrée dans un système d'information, d'éléments positifs utiles pour déterminer le moment où un message prenait effet. Le Groupe de travail a également noté que, bien qu'elle semble complexe, la distinction entre les systèmes "désignés" et "non désignés" était utile dans la pratique car un destinataire ne devrait pas être réputé avoir reçu des messages envoyés à un système d'information où il ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à les recevoir.

73. Il a été dit qu'un moyen de répondre à ces préoccupations pourrait être de combiner certains des éléments qui avaient été proposés avec certains passages du texte existant de manière à établir une présomption de connaissance de l'existence d'un message par le destinataire (au sens que celui-ci pouvait y accéder ou en prendre connaissance) du fait que ce message était entré dans un système d'information du destinataire, à condition que le choix de ce système par l'expéditeur ait été raisonnable. La nouvelle version du projet de paragraphe 2 qui en résulterait pourrait être libellée à peu près comme ceci:

> "Le moment de la réception d'un message de données est réputé être le moment à partir duquel ce message peut être relevé par le destinataire ou par toute autre personne désignée par celui-ci. Un message de données est présumé pouvoir être relevé par un destinataire lorsqu'il entre dans un système d'information de ce destinataire à moins qu'il ait été déraisonnable que l'expéditeur choisisse ce système d'information particulier pour envoyer le message de données, eu égard aux circonstances de l'espèce et au contenu du message."

74. Le Groupe de travail est convenu dans l'ensemble que la nouvelle version du projet de paragraphe 2 qui était proposée constituait une bonne base pour résoudre les problèmes qu'il avait relevés. Il a été souligné que le fait d'associer la capacité de relever un message de données au moment où ce message entrait dans un système d'information du destinataire transposait de façon efficace au contexte électronique l'idée que, pour prendre effet, une communication relative à un contrat devait parvenir au destinataire en entrant dans la sphère de contrôle de celui-ci, idée qui était exprimée de façon implicite par exemple dans l'article 24 de la Convention des Nations Unies sur les ventes. Par conséquent, la nouvelle proposition aboutirait en fait au même résultat que les diverses situations envisagées à l'article 15-2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[13], bien que la formulation utilisée soit différente. En réponse à une objection selon laquelle la nouvelle proposition ne faisait pas mention du consentement des parties à utiliser un moyen de communication particulier, il a été souligné que les questions concernant le consentement d'une partie à utiliser des moyens électroniques pour la conduite d'opérations étaient envisagées au paragraphe 2 du projet d'article 8. Par ailleurs, la possibilité de choisir un moyen de communication électronique particulier était

implicitement prévue dans le critère du choix raisonnable énoncé dans la dernière partie de la nouvelle proposition. En fait, celle-ci préservait le droit du destinataire de choisir un système d'information particulier pour recevoir des messages de données, étant donné qu'il aurait la possibilité, par exemple, de contester le choix d'une adresse électronique particulière par l'expéditeur au motif que ce choix était déraisonnable parce qu'il ne tenait pas compte du fait que le destinataire avait désigné un autre système.

75. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail a estimé dans l'ensemble que le nouveau texte proposé pouvait remplacer le texte actuel du paragraphe 2 et devrait servir de base pour ses délibérations futures sur la question. Il a noté toutefois qu'il pourrait être encore nécessaire de revoir la définition du terme "système d'information" au projet d'article 5 afin de s'assurer qu'il couvre de façon adéquate les situations concrètes auxquelles le projet d'article 10 s'appliquait.

76. Ayant accepté le principe du remaniement du projet d'article 2, le Groupe de travail a de nouveau concentré son attention sur le paragraphe 1. Selon une opinion, le critère utilisé dans ce projet de paragraphe pour déterminer le moment de l'expédition d'un message de données était inadapté, étant donné que l'expédition était définie comme le moment où un message de données entrait dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur. Or, il serait plus logique de dire qu'un message était réputé avoir été expédié lorsqu'il quittait la sphère de contrôle de l'expéditeur ou, pour reprendre la terminologie du projet de convention, lorsqu'il quittait un système d'information dépendant de l'expéditeur. On a fortement soutenu cette proposition, qui a été jugée plus conforme à la notion d'expédition que le libellé actuel.

77. Toutefois, l'idée de modifier le critère actuellement utilisé dans le projet de paragraphe a suscité de vives réserves. On a souligné que le fait de sortir d'un système d'information dépendant de l'expéditeur et celui d'entrer dans un autre système d'information ne dépendant pas de lui étaient deux aspects d'une même situation de fait, étant donné qu'un message quittait généralement un système lorsqu'il entrait dans un autre. Le libellé actuel, qui était également utilisé à l'article 15-1 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[13], a été jugé préférable car il mettait l'accent sur un élément facile à prouver étant donné que les protocoles de transmission de messages de données indiquaient généralement l'heure à laquelle un message avait été délivré au système d'information du destinataire ou à des systèmes de transmission intermédiaires, mais n'indiquaient pas normalement à quel moment il avait quitté le système de l'expéditeur.

78. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail est convenu de placer les deux variantes entre crochets dans le paragraphe 1 en vue de les examiner à un stade ultérieur.

79. Par la suite, après avoir achevé ses délibérations sur le projet de paragraphe 4 (voir plus loin par. 83) le Groupe de travail est convenu de remanier le texte du paragraphe 1 comme suit, en vue de son examen ultérieur:

> "Le moment de l'expédition d'un message de données est réputé être le moment où ce message [entre dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur ou de la personne ayant envoyé le message au nom de l'expéditeur] [quitte un système d'information dépendant de l'expéditeur

ou de la personne qui a envoyé le message au nom de l'expéditeur], ou, si le message [n'est pas entré dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur ou de la personne qui a envoyé le message au nom de l'expéditeur] [n'a pas quitté un système d'information dépendant de l'expéditeur ou de la personne qui a envoyé le message au nom de l'expéditeur], le moment où le message est reçu."

80. Le Groupe de travail a pris note de suggestions visant à améliorer la rédaction du paragraphe 1 et notamment d'une proposition tendant à remplacer les mots "est réputé être le moment" par les mots "est le moment". Selon une autre suggestion, ces mots devraient être remplacés par les mots "est présumé être".

Paragraphe 3

81. Il a été demandé si ce paragraphe était nécessaire dans le projet de convention étant donné que la question du moment de la réception était traitée au paragraphe 2 et que la question du lieu de situation des parties était traitée au paragraphe 5. On a fait observer à titre de réponse que le projet de disposition avait simplement pour but de préciser qu'un message de données pouvait être considéré comme ayant été reçu même si le lieu où il avait été reçu (c'est-à-dire le lieu où se trouvait le système d'information dans lequel le message était entré) ne coïncidait pas avec le lieu où le destinataire avait son établissement. Une telle précision était utile dans un contexte électronique car, contrairement au courrier postal qui était normalement remis à domicile aux destinataires, des messages de données pouvaient être réputés avoir été reçus lorsqu'ils avaient été délivrés à des systèmes d'information situés en dehors du lieu où le destinataire avait son établissement.

82. Sous réserve d'une proposition visant à le placer après l'actuel paragraphe 5, le Groupe de travail a approuvé le projet de paragraphe 3 quant au fond.

Paragraphe 4

83. Il a été proposé de supprimer le paragraphe 4 car le principe qu'un message de données était reçu lorsqu'il pouvait être relevé était maintenant exprimé dans la nouvelle version du paragraphe 2 (voir par. 73 plus haut). Il a toutefois été souligné que le paragraphe 2 traitait uniquement de la réception des messages de données alors que le paragraphe 4 fixait également des règles concernant l'expédition de ces messages lorsque les deux parties utilisaient le même système d'information. Ayant examiné ces vues, le Groupe de travail est convenu que les règles concernant l'expédition qui étaient énoncées dans le paragraphe 4 pouvaient être incorporées au paragraphe 1 (voir par. 76 à 80 plus haut) et que le paragraphe 4 pouvait être supprimé pour l'instant. Le Groupe de travail n'est pas parvenu à un consensus sur le point de savoir s'il était réaliste ou utile d'envisager la question des messages circulant au sein du même système d'information.

Paragraphe 5

84. Aucune observation n'a été faite en ce qui concerne ce projet de paragraphe, que le Groupe de travail a approuvé d'une manière générale.

Nouveau paragraphe proposé

85. Il a été dit que le projet d'article 10 ne constituait pas une disposition appropriée pour la réception lorsque les messages de données étaient transmis au moyen d'un système d'information automatisé. Il a été suggéré que, pour l'examen de ce point, le Groupe de travail considère que les négociations contractuelles menées par l'intermédiaire d'un système d'information automatisé (par exemple pour la vente de billets d'avion) s'apparentaient dans une large mesure à des communications "face à face" ou "instantanées". Sur cette base, on a émis l'opinion qu'il fallait considérer qu'un message de données envoyé à un système d'information automatisé avait été reçu dès lors qu'il pouvait être traité par ce système. Il a été dit que l'amendement proposé visait la situation où un message de données était traité sans autre intervention supplémentaire du destinataire qui administrait le système d'information automatisé.

86. Il a été convenu de suspendre l'examen de la question des systèmes d'information automatisés jusqu'à ce que le Groupe de travail ait examiné le projet d'article 14. À cet égard, le Groupe de travail a dit qu'il fallait se garder d'établir pour les systèmes d'information automatisés une règle différente de celle qui était applicable d'une manière générale à la réception des messages de données. Il a également été dit que la nouvelle version du paragraphe 2 (voir par. 73 plus haut) visait peut-être déjà la réception de messages de données par des systèmes d'information automatisés. Sur cette base, le Groupe de travail est convenu de revoir la question des systèmes d'information automatisés dans le contexte de ses délibérations sur le projet d'article 14.

Article 11 [15]. Informations générales devant être fournies par les parties

87. Le texte du projet d'article était le suivant:

> "[Les messages de données utilisés pour annoncer ou offrir des biens ou des services contiennent les informations ci-après:
>
> a) Le nom de la partie au nom de laquelle l'annonce ou l'offre est faite et, lorsqu'il s'agit d'une personne morale, sa dénomination sociale complète et son lieu d'enregistrement, son centre organique ou son lieu de constitution;
>
> b) L'emplacement et l'adresse géographiques de l'établissement de cette partie, y compris son adresse de courrier électronique et autres coordonnées.]"

88. Le Groupe de travail a noté que le projet d'article, qui était inspiré de l'article 5-1 de la Directive 2000/31/CE de l'Union européenne ("la Directive de l'UE"), avait été placé entre crochets car aucun consensus ne s'était dégagé sur le point de savoir si cette disposition était nécessaire (voir A/CN.9/509, par. 61 à 65). Sous sa forme actuelle, le projet d'article ne prévoyait pas de sanctions ni de conséquences si une partie ne fournissait pas les informations requises, mais cette question devait encore être examinée par le Groupe de travail (voir A/CN.9/509, par. 123, et A/CN.9/527, par. 103).

89. Le Groupe de travail a noté que le projet d'article avait donné lieu, à sa trente-neuvième session, à un débat approfondi au cours duquel un grand nombre de

délégations l'avaient jugé éminemment souhaitable, et un nombre équivalent très discutable (A/CN.9/509, par. 60 à 65). Cette divergence d'opinions apparaissait de nouveau clairement à la session en cours.

90. Un soutien énergique a été apporté au projet d'article, dont on a dit qu'il contenait des éléments importants permettant d'aider les parties à déterminer si une opération particulière serait considérée comme nationale ou internationale et à prendre les mesures nécessaires pour protéger leurs droits, en particulier en cas de litige ou de procédure judiciaire. Le projet d'article, a-t-il été déclaré, ne saurait être considéré comme impliquant une immixtion excessive et n'imposait pas une obligation déraisonnable aux entreprises commerciales, puisque les informations envisagées dans celui-ci avaient un caractère général et ne concernaient pas leurs affaires internes. Les entreprises qui exerçaient des activités commerciales légitimes ne devraient pas craindre de révéler leur identité ou leur établissement.

91. En outre, le fait que les instruments internationaux établissant des règles de droit commercial uniformes ne contenaient pas d'obligations analogues pour les opérations effectuées par des moyens traditionnels n'empêchait pas que des obligations spécifiques soient créées pour les opérations effectuées par des moyens électroniques. Le commerce électronique était un phénomène relativement nouveau qui pouvait justifier l'établissement de nouvelles règles juridiques. Dans un environnement non électronique, il serait difficilement concevable que des parties concluent un contrat sans connaître l'identité de leur cocontractant ni savoir où il se trouve. On a fait valoir, cependant, que certaines techniques de négociation, telles que les contrats passés sur le Web, pouvaient permettre l'exécution complète d'un contrat et le paiement y afférent sans que les parties aient accès à d'autres informations que les messages de données qu'elles échangeaient. La sécurité juridique, la transparence et la confiance dans le commerce électronique seraient renforcées par la promotion de bonnes normes commerciales, telles que l'obligation de fournir certaines informations fondamentales. Si la disposition était jugée trop rigide, il était possible de l'assouplir, et les sanctions, s'il en était prévu, pouvaient relever de la loi applicable. Il était possible d'atténuer davantage le caractère apparemment réglementaire du projet d'article en supprimant les termes "annoncer" ou "l'annonce", qui pouvaient sembler empiéter sur les domaines de la protection du consommateur et de la réglementation de la publicité. Dans l'ensemble, cependant, le projet d'article devait être conservé.

92. Selon l'avis contraire, qui lui aussi a bénéficié d'un fort soutien, le projet d'article revêtait un caractère normatif, n'avait pas sa place dans un instrument de droit commercial, impliquait une immixtion excessive et pouvait porter atteinte à certaines pratiques commerciales existantes. Des obligations de communication, comme celles prévues ici, étaient habituellement énoncées dans des textes juridiques visant principalement à protéger le consommateur, à l'instar de la Directive de l'Union européenne dont s'inspirait le projet de disposition. Dans le cas de ces autres textes, toutefois, l'application de dispositions normatives de ce type s'appuyait sur un certain nombre de mesures administratives et autres qui ne pouvaient être prévues dans le projet de convention.

93. On a également fait valoir que les opérations commerciales effectuées dans un environnement non électronique n'étaient soumises à aucune obligation similaire et que l'application de telles obligations spéciales au commerce électronique ne contribuerait pas à promouvoir ce dernier. De plus, dans des situations particulières,

par exemple sur certains marchés financiers ou dans des modèles économiques comme les plates-formes de vente aux enchères sur Internet, vendeurs et acheteurs avaient pour habitude de s'identifier uniquement à l'aide de pseudonymes ou de codes pendant toute la phase de négociation ou d'enchérissement. De même, dans certains systèmes faisant appel à des intermédiaires commerciaux, l'identité du fournisseur final n'était pas révélée aux acheteurs potentiels. Dans ces cas, les parties avaient diverses raisons légitimes de tenir secrètes leur identité ainsi que leur stratégie de négociation, plutôt que d'avoir à indiquer, contre leur gré, leur nom ou leur établissement pour un motif illégitime ou par crainte de sanctions légales. Le projet d'article a en outre été jugé inefficace, quelle que puisse être sa finalité. Dans la plupart des cas, les parties auraient un intérêt commercial à indiquer leur nom et leur établissement, sans devoir y être contraintes par la loi. Le projet de convention n'apporterait donc pas plus de sécurité juridique. Si l'objectif était plutôt d'enrayer la fraude et d'empêcher l'utilisation illicite du commerce électronique, il n'était pas un mécanisme efficace, car il ne pourrait pas s'accompagner de sanctions susceptibles de dissuader les fraudeurs. On a également souligné que le projet d'article ne devait pas être considéré comme essayant d'établir des règles de compétence, question qui n'entrait pas dans le champ d'application du projet de convention.

94. Le Groupe de travail a longuement examiné les différentes vues exprimées. Il est généralement convenu que l'objectif était d'élaborer des règles ou des principes qui contribuent à renforcer la sécurité juridique et à susciter la confiance dans le commerce électronique, par exemple en favorisant la transparence et en aidant les parties à obtenir les moyens de déterminer la loi applicable à leurs opérations. Toutefois, compte tenu des opinions divergentes sur l'opportunité et l'utilité du projet d'article, le Groupe de travail a été invité à examiner différentes possibilités de parvenir à un compromis sur ce point.

95. Une possibilité, a-t-on dit, serait de reformuler le projet d'article sous la forme d'une disposition invitant ou exhortant les parties commerciales à révéler les informations qu'il mentionnait, par exemple en remplaçant les mots "contiennent les informations ci-après" par "peuvent contenir les informations ci-après". On a objecté que cette proposition rendrait l'article facultatif dans son ensemble et que la fourniture d'un minimum d'informations ne serait donc plus garantie. Une autre proposition était de soumettre le projet d'article au principe de l'autonomie de la volonté, de sorte qu'une partie décidant d'effectuer des opérations commerciales avec une autre partie qui n'avait pas indiqué son identité ou son établissement serait réputée avoir accepté de renoncer aux exigences du projet d'article 11. Cette proposition a elle aussi suscité des critiques, car elle risquait de créer des conflits avec des législations internes ou régionales qui exigeaient la communication des informations mentionnées dans le projet d'article, exigence à laquelle les parties n'étaient pas autorisées à déroger.

96. D'autres propositions ont été avancées pour répondre aux objections soulevées contre le projet d'article, par exemple exclure des situations particulières comme les cas où les parties négociaient sur des réseaux fermés auxquels elles avaient accédé après identification initiale, ou les cas dans lesquels les parties avaient déjà réalisé des opérations par le passé ou considéraient que les informations requises avaient été communiquées ou pouvaient leur être communiquées. On a toutefois rétorqué qu'il serait difficile de définir ces situations particulières et qu'en tout état de cause

elles ne couvriraient pas les cas d'anonymat absolu. De plus, les exemples de modèles économiques dans lesquels les parties recouraient à des pseudonymes pour leurs opérations, tels que les plates-formes de vente aux enchères sur Internet, étaient très fréquemment utilisés par les consommateurs, dont les intérêts étaient par ailleurs protégés par des réglementations particulières.

97. À cet égard, selon un avis, les problèmes soulevés par le projet d'article tenaient au moins pour partie à sa nature apparemment obligatoire. Ces problèmes, a-t-il été déclaré, pourraient être évités en reformulant l'article comme une disposition exhortative tendant à ce que les parties s'abstiennent de faire de fausses déclarations quant à leur identité ou à leur lieu de situation. Toujours à cet égard, il a été proposé, pour éviter les problèmes liés aux éventuelles sanctions pénalisant la non-communication d'informations par une partie, que le projet d'article intègre une disposition analogue au paragraphe 2 des articles 8 et 9 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques[14], qui prévoit que les parties assument les conséquences juridiques de tout manquement aux exigences énoncées. Ces propositions ont cependant été contestées aux motifs qu'une référence à d'éventuelles sanctions en vertu du droit interne n'était pas de nature à accroître la sécurité juridique et qu'une disposition exhortant à ne pas faire de fausses déclarations n'était pas compatible avec le caractère de droit commercial du projet de convention.

98. Un autre problème relevé dans le projet d'article au cours de la discussion tenait au fait qu'il imposait une obligation de communication à la partie offrant des biens ou des services, mais non à l'autre partenaire contractant. Cela, a-t-il été indiqué, témoignait de l'intention initiale de la disposition, qui était censée viser principalement la protection du consommateur. En réponse, il a été noté que l'accent placé, dans le projet d'article, sur la partie offrant des biens ou des services était un choix logique, cette partie étant celle qui visait à atteindre un nombre potentiellement important de personnes. C'est à l'auteur de l'offre qu'il incomberait d'organiser son système de négociation de façon qu'il permette aux parties intéressées d'indiquer leurs propres coordonnées ou les oblige à le faire. En tout état de cause, cependant, la partie répondant à une offre pouvant être invitée, par exemple, à effectuer un paiement immédiat ou à communiquer des informations personnelles, ou pouvant avoir un intérêt légitime à obtenir des informations nécessaires pour protéger ses droits, par exemple en cas de différend, il était raisonnable que le projet d'article se concentre sur les obligations de communication de la partie faisant l'offre initiale.

99. Selon un avis, aucune des propositions existantes ne suffisait à résoudre les problèmes posés par le projet d'article, qu'il faudrait peut-être restructurer de fond en comble ou supprimer. Il a été avancé, à cet égard, que les articles premier et 7 offraient déjà un cadre acceptable pour ce qui est de déterminer le lieu de situation des parties, et qu'aucune information supplémentaire ne serait nécessaire pour déterminer la loi régissant un contrat donné.

100. Afin de rendre le projet d'article plus souple, il a alors été proposé de le reformuler afin d'en faire une disposition facultative qui pourrait se lire comme suit:

"1. Avant qu'un contrat ne devienne final, chaque partie indique à l'autre:

a) Son nom, sa raison sociale ou son identité;

b) Le lieu à partir duquel elle passe contrat; et

c) Une méthode permettant de la joindre par des moyens électroniques.

2. La communication des renseignements visés au paragraphe 1 n'est pas exigée lorsque les parties ont conclu des contrats l'une avec l'autre précédemment ou que l'on peut présumer qu'elles connaissent ces informations.

3. Si une partie ne respecte pas les exigences ci-dessus, la présente convention ne s'applique pas au contrat."

101. Le Groupe de travail a apprécié les efforts accomplis pour parvenir par consensus à une solution pratique sur cette question. Toutefois, cette nouvelle proposition a également suscité des critiques à la fois de la part de ceux qui appuyaient le projet d'article 11 et de ceux qui souhaitaient qu'il soit supprimé. Les uns ont objecté que cette proposition rendait facultatif le respect d'exigences qu'il y avait lieu de considérer comme étant d'ordre public et qui devraient donc être impératives. Pour les autres, la proposition allait à l'encontre de l'objectif même du projet de convention étant donné qu'elle priverait automatiquement tous les contrats conclus en contravention des dispositions de l'article 11 du bénéfice de l'uniformité et de la sécurité juridique accrues qu'offrait le projet de convention.

102. Compte tenu du désaccord qui persistait au sein du Groupe de travail en ce qui concerne ce projet d'article, il a été suggéré de traiter la question sous un angle différent, à savoir au moyen d'une disposition qui reconnaîtrait l'existence possible d'obligations de communication imposées par le droit matériel régissant le contrat et qui rappellerait aux parties qu'elles étaient tenues de se conformer à ces obligations. Une telle disposition, qui pourrait être placée à un endroit approprié dans les chapitres I ou II du projet de convention, pourrait se lire comme suit:

"Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur l'application d'aucune règle de droit qui peut obliger les parties à communiquer leur identité, leur établissement ou toute autre information, ni n'exonère une partie des conséquences juridiques auxquelles elle s'exposerait en faisant des déclarations inexactes ou fausses à cet égard."

103. On a été largement d'accord au sein du Groupe de travail sur le fait que la nouvelle démarche proposée pour traiter la question des renseignements à communiquer constituait une bonne base pour parvenir à un consensus sur la question. On a souligné que la nouvelle proposition avait l'avantage de faire ressortir que les parties étaient tenues de se conformer aux dispositions du droit interne avant d'utiliser des messages de données pour passer des contrats. Bien que cette proposition entraînerait la suppression de l'actuel projet d'article 11, elle réaffirmerait le principe qu'il fallait rappeler les bonnes pratiques aux parties lorsque celles-ci passaient contrat par voie électronique. On a souligné en outre que cette nouvelle démarche éviterait des conflits entre les obligations de communication impératives prévues par le droit interne et les obligations similaires prévues par la Convention, en particulier dans les cas où les parties auraient le droit de déroger à ces dernières par voie conventionnelle, comme cela a été proposé précédemment au cours des délibérations, étant donné que ce droit n'était pas toujours prévu par la législation interne. Le Groupe de travail a toutefois pris note

d'un point de vue, qui n'était pas isolé, selon lequel il aurait été préférable que le projet de convention, en tant qu'instrument de droit uniforme, prévoie lui-même des obligations de communication, plutôt que de s'en remettre pour cela entièrement au droit interne.

104. À cet égard, le Groupe de travail a débattu de façon relativement approfondie de la question de savoir si la nouvelle disposition proposée serait soumise à l'autonomie des parties en vertu du projet d'article 4 ou si une exception devrait être prévue expressément dans ce projet d'article. De l'avis général du Groupe de travail, étant donné la nature de cette nouvelle disposition, qui s'en remettait au droit interne pour la question des renseignements à communiquer, les règles fixées par le droit interne resteraient applicables même si les parties essayaient de s'y soustraire en excluant l'application de la nouvelle disposition.

105. Sous réserve de la décision finale que prendra ultérieurement le Groupe de travail en ce qui concerne l'endroit où il conviendrait d'insérer la nouvelle disposition, le Groupe de travail a décidé d'inclure celle-ci dans l'avant-projet de convention et de supprimer le projet d'article 11.

Article 12 [9]. Invitations à l'offre

106. Le texte du projet d'article était le suivant:

"Variante A

1. Une proposition de conclure un contrat faite par l'intermédiaire d'un ou plusieurs messages de données qui n'est pas adressée à une ou plusieurs personnes déterminées mais qui est normalement accessible à des personnes utilisant des systèmes d'information doit être considérée seulement comme une invitation à l'offre, à moins qu'elle n'indique l'intention de l'auteur de la proposition d'être lié en cas d'acceptation.

2. Sauf indication contraire de son auteur, une proposition de conclure un contrat qui utilise des applications interactives permettant de passer [automatiquement] des commandes par l'intermédiaire d'un système d'information de ce type constitue une offre et est présumée indiquer l'intention de son auteur d'être lié en cas d'acceptation.

Variante B

Une proposition de conclure un contrat faite par l'intermédiaire d'un ou plusieurs messages de données qui n'est pas adressée à une ou plusieurs personnes déterminées mais qui est normalement accessible à des parties utilisant des systèmes d'information, y compris des propositions qui utilisent des applications interactives permettant de passer [automatiquement] des commandes par l'intermédiaire d'un système d'information de ce type, doit être considérée comme une invitation à l'offre, à moins qu'elle n'indique clairement l'intention de l'auteur de la proposition d'être lié en cas d'acceptation."

Remarques générales

107. Le Groupe de travail a été invité à examiner tout d'abord la question de savoir si l'on avait besoin d'une règle supplétive pour déterminer quand une partie qui avait proposé de conclure un contrat au moyen de messages de données devrait être considérée comme ayant fait une offre ferme et dans quelles conditions les parties pouvaient être considérées comme liées par des offres faites au moyen de systèmes automatisés. Il a été noté que cette disposition s'inspirait de l'article 14-1 de la Convention des Nations Unies sur les ventes et résultait d'une analogie qui avait été établie entre les offres faites par des moyens électroniques et celles faites par des moyens plus classiques (A/CN.9/509, par. 76 à 85). Il a été rappelé que la règle générale énoncée au paragraphe 1 de la variante A et dans la variante B traduisait le principe selon lequel une partie qui offrait des biens ou des services par l'intermédiaire de messages de données qui n'étaient pas adressés à une ou plusieurs personnes déterminées ne devrait pas être réputée avoir fait une offre ferme, sauf indication contraire claire de sa part. Cette règle générale est fondée sur la crainte que le fait d'associer une présomption d'intention irrévocable à l'utilisation d'applications interactives pour la passation de contrats ne soit préjudiciable au vendeur détenant un stock limité de marchandises données si celui-ci était tenu de satisfaire toutes les commandes reçues d'un nombre potentiellement illimité d'acheteurs.

108. Il a été noté que le paragraphe 1 de la variante A réaffirmait simplement le principe général selon lequel les offres de biens et de services qui étaient accessibles à un nombre illimité de personnes ne constituaient pas des offres fermes mais devaient être considérées comme des invitations à l'offre, alors que le paragraphe 2 de cette variante disposait, à titre d'exception à la règle générale énoncée dans le paragraphe 1, que lorsqu'une application interactive était utilisée, ces offres devaient être considérées comme fermes. La variante B, qui regroupe les paragraphes 1 et 2 en une seule disposition, traite les offres de biens et de services comme des invitations à l'offre, même lorsqu'une "application interactive" est utilisée (voir A/CN.9/528, par. 110 à 119).

109. Dans le cadre de l'examen de ce projet d'article, le Groupe de travail a été informé de la façon dont les notions traditionnelles d'offre et d'acceptation avaient été appliquées à la passation des contrats électroniques par la doctrine et la jurisprudence. Il a été noté que les auteurs étaient nombreux à penser que le concept d'"invitation à entrer en pourparlers" ne pouvait probablement pas être transposé sans discernement dans un environnement Internet et qu'il fallait faire une distinction entre les sites Internet offrant des biens ou des services par l'intermédiaire d'applications interactives et ceux qui utilisaient des applications non interactives (voir A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.1, par. 4 à 7). Le Groupe de travail a également noté que certaines décisions judiciaires semblaient conforter le point de vue selon lequel les offres faites dans le cadre de conventions dites "d'achat au clic" et de ventes aux enchères sur Internet pouvaient être considérées comme des offres fermes.

Choix entre les variantes A et B

110. L'idée de supprimer cet article a été appuyée. Il a été dit que celui-ci, parce qu'il visait à traiter des questions de droit matériel concernant la formation des contrats, allait au-delà de l'objectif déclaré du projet de convention, qui était de

faciliter les opérations électroniques. Il a été dit en outre que cet article ne complétait pas utilement les règles déjà énoncées dans la Convention des Nations Unies sur les ventes et faisait donc double emploi. Malgré ce point de vue, le Groupe de travail est finalement convenu qu'il serait utile que le projet de convention clarifie cette question et que les solutions proposées dans le projet d'article constituaient un bon point de départ pour atteindre cet objectif. On a fait observer à cet égard que cette disposition énonçait une règle supplétive qui adaptait de façon adéquate au contexte électronique une règle établie par la Convention des Nations Unies sur les ventes.

111. À titre d'observation générale, il a été dit qu'une proposition de conclure un contrat ne constituait une offre, conformément à l'article 14-1 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, que si un certain nombre de conditions étaient remplies; en particulier, cette offre devait être suffisamment précise, c'est-à-dire désigner les marchandises et fixer expressément ou implicitement la quantité et le prix ou donner des indications permettant de le faire. Il était important de revoir le projet d'article afin de s'assurer qu'il ne donne pas l'impression que l'intention d'une partie d'être liée suffirait pour constituer une offre en l'absence de ces autres éléments. Le Groupe de travail a pris note de ces observations et est convenu qu'il devrait en être tenu compte dans une version future du projet d'article.

112. La variante A a été appuyée parce qu'elle offrait un large éventail de possibilités et laissait une place à l'intention des parties. Toutefois, on s'est déclaré préoccupé par le fait que le paragraphe 2 de la variante A présumait que des personnes utilisant des applications interactives pour faire des offres avaient toujours l'intention de faire des offres fermes, ce qui ne correspondait pas à la pratique dominante sur le marché. Par conséquent, si la variante A était conservée comme cela avait été suggéré, le paragraphe 2 devrait être supprimé. En réponse à cette proposition, on a toutefois fait observer que certains modèles économiques étaient fondés sur la règle que les offres faites par l'intermédiaire d'applications interactives constituaient des offres fermes. En pareil cas, pour faire face aux problèmes éventuels liés au fait que les produits ou les services offerts étaient disponibles en quantité limitée, on indiquait que ces offres ne valaient que pour une quantité limitée et les commandes étaient traitées automatiquement dans l'ordre où elles avaient été reçues.

113. L'opinion majoritaire a été défavorable au principe énoncé au paragraphe 2 de la variante A. Toutefois, comme le paragraphe 1 de la variante A n'était guère utile à lui seul pour l'interprétation des règles pertinentes de la Convention des Nations Unies sur les ventes, le Groupe de travail a estimé qu'il serait préférable de poursuivre les délibérations sur la base de la variante B.

114. S'agissant de la variante B, on a dit que le terme "applications interactives" qui y était utilisé était trop étroit et ne correspondait pas à la terminologie des autres dispositions du projet de convention, où le terme "systèmes d'information automatisés" était utilisé. Il a été rappelé à titre de réponse qu'à sa trente-neuvième session, le Groupe de travail avait conclu que l'emploi dans ce projet d'article de l'expression "systèmes d'information automatisés" ne donnait pas d'indications utiles étant donné que la partie passant la commande n'aurait peut-être aucun moyen de vérifier comment il serait donné suite à cette commande et dans quelle mesure le système d'information était automatisé. La notion "d'application interactive" était en revanche considérée comme une notion objective qui décrivait mieux une

situation qui était évidente pour toute personne utilisant le système, à savoir qu'elle était invitée à échanger des informations par l'intermédiaire de ce système grâce à des actions et à des réactions immédiates visiblement automatiques. On a fait observer qu'il ne s'agissait pas d'une notion juridique mais plutôt d'une notion technique qui mettait en évidence que cette disposition visait une situation manifeste pour la partie qui utilisait le système et non le fonctionnement interne de ce système. Sur cette base, le Groupe de travail a décidé de conserver le terme "applications interactives".

115. On a dit que l'expression "une invitation à l'offre" ne convenait pas car elle était inconnue dans certains systèmes juridiques. Il a été proposé de remplacer les mots "doit être considérée comme une invitation à l'offre" par les mots "ne doit pas être considérée comme une offre", estimant que cette solution serait plus neutre. Bien que cette proposition ait bénéficié d'un certain appui, on a fait observer que le libellé de ce projet de disposition faisait pendant à celui de l'article 14-2 de la Convention des Nations Unies sur les ventes et que le Groupe de travail ne devrait pas s'écarter de ce libellé dans le projet de convention. Pour la même raison, il a été suggéré de retirer les propositions tendant à supprimer le mot "clairement" dans la variante B étant donné que ce terme était également utilisé dans la Convention des Nations Unies sur les ventes.

116. Le Groupe de travail a achevé ses délibérations sur le projet d'article en décidant de conserver la variante B comme base pour la poursuite des travaux.

Article 13 [8]. Utilisation de messages de données dans la formation des contrats

117. Le texte du projet d'article était le suivant:

> "1. [Une offre et l'acceptation d'une offre peuvent être exprimées au moyen de messages de données.] Lorsque des messages de données sont utilisés [pour la formation d'un contrat] [pour la transmission ou l'acceptation d'une offre], la validité ou la force exécutoire [de celui-ci] [du contrat en résultant] ne sont pas déniées pour le seul motif que des messages de données ont été utilisés à cet effet.
>
> Variante A
>
> 2. Lorsqu'elles sont exprimées sous la forme d'un message de données, une offre et l'acceptation d'une offre prennent effet lorsqu'elles sont reçues par le destinataire.
>
> Variante B
>
> 2. Lorsque le droit d'un État contractant attache des conséquences au moment auquel une offre ou l'acceptation d'une offre atteint le destinataire ou l'auteur de l'offre, et qu'un message de données est utilisé pour exprimer ladite offre ou acceptation, le message de données est réputé atteindre le destinataire ou l'auteur de l'offre lorsque celui-ci le reçoit."

118. Le Groupe de travail a noté que le projet d'article contenait un certain nombre de dispositions relatives à l'efficacité des messages de données utilisés pour la transmission ou l'acceptation d'offres contractuelles. On a fait observer que ces

dispositions figuraient à l'origine, bien que sous une forme différente, dans une version antérieure du projet de convention. Cette version reprenait les règles fondamentales de la formation des contrats énoncées dans la Convention des Nations Unies sur les ventes. Le projet d'article initial avait fait l'objet d'un débat approfondi et de nombreuses critiques à la trente-neuvième session du Groupe de travail, lorsque celui-ci est convenu que le texte devait être remanié et que le projet de convention devait comporter uniquement les dispositions de fond strictement nécessaires pour faciliter l'utilisation de messages de données dans la formation de contrats internationaux (voir A/CN.9/509, par. 87 à 92). Le projet de disposition avait ensuite été revu par le Groupe de travail à sa quarante et unième session. À cette session, le Groupe de travail n'avait pas pu parvenir à un accord sur la question de savoir si le projet d'article devait être conservé ou supprimé. Après avoir examiné l'avis selon lequel le projet d'article contenait des dispositions utiles pour faciliter la détermination de la formation d'un contrat par des moyens électroniques, le Groupe de travail est convenu de prier le secrétariat de reformuler le projet d'article afin qu'il puisse le revoir ultérieurement (voir A/CN.9/528, par. 94 à 108). La version actuelle du projet d'article, en particulier le paragraphe 2, tient compte de suggestions qui ont été faites à cette session (voir A/CN.9/528, par. 105 et 106).

119. À la session en cours, on a de nouveau émis de vives objections au maintien du projet d'article. On a fait remarquer que cette disposition ne traitait pas spécifiquement des questions relatives aux contrats électroniques, auxquelles le projet d'instrument devait se cantonner. Même sous sa forme actuelle, qui était censée en limiter la portée aux opérations de commerce électronique, le projet d'article devait être supprimé. Si le projet de paragraphe 1 avait pour objet, par exemple, de permettre de déterminer plus facilement le moment de la formation du contrat lorsque des messages de données étaient utilisés à cette fin, il n'était pas nécessaire, car le nouveau texte du projet d'article 8-1 reconnaissait déjà expressément la possibilité d'exprimer une offre ou l'acceptation d'une offre au moyen de messages de données.

120. Le paragraphe 2 devrait aussi être supprimé, car on a estimé que les deux variantes traitaient de questions relevant du droit des contrats, sur lesquelles le projet de convention ne devrait pas avoir d'incidence. On a dit, en particulier, que le projet de convention ne devait pas chercher à poser une règle relative au moment de la formation des contrats, afin d'éviter la création d'un régime double dans lequel des règles différentes régiraient le moment de la formation d'un contrat de commerce électronique relevant du projet de convention et le moment de la formation d'autres types de contrat n'entrant pas dans le champ d'application de ce dernier.

121. Après avoir examiné les divers points de vue exprimés, le Groupe de travail est convenu de supprimer le projet d'article 13.

Article 14 [12]. Utilisation de systèmes d'information automatisés pour la formation des contrats

122. Le texte du projet d'article était le suivant:

> "Un contrat peut être formé par l'interaction d'un système d'information automatisé et d'une personne ou par l'interaction de systèmes d'information

automatisés, même si aucune personne n'a examiné chacune des actions exécutées par ces systèmes ni la convention qui en résulte."

123. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition, dont il avait décidé, à sa trente-neuvième session, de conserver la teneur (voir A/CN.9/509, par. 103), développait un principe exposé en termes généraux dans l'article 13-2 b) de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[13].

124. Le Groupe de travail est convenu dans l'ensemble que le projet d'article dissipait des doutes éventuels concernant la validité des contrats qui résultaient de l'interaction de systèmes d'information automatisés. Il a été souligné qu'un certain nombre de pays avaient jugé nécessaire, ou du moins utile, d'adopter des dispositions similaires dans leur législation sur le commerce électronique.

125. On a fait observer que, bien que le projet d'article s'inspire de l'article 13-2 b) de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[13], les deux dispositions n'étaient pas identiques quant à leur objet. L'article 13-2 b) de la Loi type traitait de l'attribution des messages envoyés par un système d'information automatisé, tandis que le projet d'article revêtait le caractère d'une règle non discriminatoire. Cela dit, indépendamment de ce point, il se pourrait que la disposition ne soit pas nécessaire, car on pouvait considérer qu'elle était déjà couverte par le projet d'article 8-1. Il serait préférable, à la place, de compléter le projet d'article en y ajoutant des dispositions claires relatives à l'attribution, analogues à celles qui sont contenues dans la Loi type.

126. Le Groupe de travail est convenu qu'il y avait une différence entre le projet d'article et la disposition apparentée sur l'attribution des messages de données figurant dans la Loi type, qui portait essentiellement sur les messages de données en tant que tels. Le texte actuel, cependant, allait un peu plus loin et reconnaissait expressément que les messages de données échangés par des systèmes d'information automatisés pouvaient créer des obligations contraignantes, même sans intervention humaine ni examen par une personne de ces obligations ou des actions qui conduisaient à leur création. C'était là une précision importante qui devrait être conservée dans le projet de convention. La teneur de l'article n'était pas déjà couverte par le projet d'article 8-1, car il traitait d'une catégorie particulière de messages de données.

127. La possibilité d'inclure dans le projet d'article des règles sur l'attribution de messages de données indiquant clairement qu'un contrat résultant de l'interaction d'un ordinateur avec un autre ordinateur ou une personne était attribuable à la personne au nom de laquelle il était conclu a recueilli un certain appui. Cette suggestion a toutefois donné lieu à de vives objections, en raison de la difficulté de trouver une solution acceptable aux problèmes juridiques liés à l'attribution des messages de données, eu égard à la grande diversité des situations de fait qu'il faudrait prendre en compte, comme on l'avait constaté lors de l'élaboration de l'article 13 de la Loi type. Le Groupe de travail a noté qu'aucun consensus ne s'était dégagé sur la nécessité de faire figurer des règles relatives à l'attribution des messages de données dans le projet de convention et a décidé de ne pas élaborer de telles règles. Il a toutefois été entendu que cette décision pourrait être réexaminée ultérieurement.

128. Dans la mesure toutefois où la formulation actuelle du projet d'article suscitait des doutes quant à son objet et à son effet, notamment en ce qui concerne le sens du

membre de phrase “un contrat peut être formé”, jugé peu clair, il a été convenu d’en modifier le libellé. Une proposition visant à le rédiger de manière qu’il énonce un principe de non-discrimination a été de le remplacer par un texte tel que le suivant:

> “La validité ou la force exécutoire d’un contrat formé par l’interaction d’un système d’information automatisé et d’une personne ou par l’interaction de systèmes d’information automatisés ne sont pas refusées au seul motif qu’aucune personne n’a examiné chacune des actions exécutées par ces systèmes ni la convention qui en résulte.”

129. Le Groupe de travail est convenu que la nouvelle version constituait une bonne base pour la suite des délibérations sur la question et a décidé de la substituer au texte actuel. Il est convenu d’examiner à un stade ultérieur où il serait approprié de placer la nouvelle disposition.

Article 15 [16]. Mise à disposition des clauses contractuelles

130. Le texte du projet d’article était le suivant:

> “Une partie offrant des biens ou des services par l’intermédiaire d’un système d’information normalement accessible à des personnes utilisant des systèmes d’information met le ou les messages de données contenant les clauses contractuelles à la disposition de l’autre partie [pendant une durée raisonnable] d’une manière qui permette de conserver et de reproduire ce message ou ces messages. [Un message de données est réputé n’être pas susceptible d’être conservé ou reproduit si l’expéditeur empêche qu’il soit imprimé ou conservé par l’autre partie.]”

131. Le Groupe de travail a noté que le projet d’article, qui s’inspirait de l’article 10-3 de la Directive 2000/31/CE de l’Union européenne, figurait entre crochets, car il n’était pas parvenu à un consensus sur le point de savoir si cette disposition était nécessaire (voir A/CN.9/509, par. 123 à 125).

132. Le Groupe a en outre noté que si cette disposition était conservée, il pourrait avoir à s’interroger sur le fait de savoir si le projet d’article devrait prévoir des conséquences dans le cas où une partie ne mettrait pas les clauses contractuelles à la disposition de l’autre partie, et, le cas échéant, quelles seraient les conséquences appropriées. Il a été souligné que dans certains systèmes juridiques, les conséquences pourraient être qu’une clause contractuelle qui n’a pas été mise à la disposition de l’autre partie ne peut lui être opposée.

133. Selon un avis, le projet d’article 15 devrait être supprimé pour les mêmes raisons que celles indiquées lors de l’examen du projet d’article 11. Il a été déclaré qu’il était inutile de fixer des règles dans le projet d’instrument, en particulier si aucune sanction n’était prévue. En faveur de la suppression, il a également été dit que le projet d’article 15 aurait pour résultat d’imposer des règles qui n’existaient pas dans le contexte des opérations fondées sur des documents papier et que l’on s’écarterait ainsi du principe selon lequel le projet de convention ne devrait pas mettre en place deux régimes, l’un applicable aux contrats papier et l’autre aux opérations électroniques. Qui plus est, le projet d’article reposait sur des hypothèses erronées, comme le fait que les clauses ou conditions générales n’existaient, dans le commerce électronique, que sous forme électronique, ou que les clauses contractuelles dépendaient toujours de l’auteur de l’offre, ce qui pourrait ne pas être

le cas, par exemple, lorsque les parties utilisaient une plate-forme de négociation fournie par un intermédiaire. Enfin, le projet d'article énonçait une règle visant clairement à protéger le consommateur, ce qui n'était pas l'objet du projet de convention.

134. À cet argument, il a été opposé qu'à l'exception de la deuxième phrase, le principe général énoncé dans le projet d'article devrait être conservé, étant donné qu'il concernait expressément un élément qui était particulièrement important dans le contexte des contrats électroniques. En particulier lorsque les parties négociaient par le truchement de réseaux ouverts tels que l'Internet, il existait un risque réel que les parties se voient demander d'accepter certaines clauses et conditions générales affichées par un vendeur, auxquelles elles ne pourraient plus accéder à un stade ultérieur. Cette situation, qui pourrait aussi se produire dans des négociations entre entités commerciales ou négociants professionnels, était clairement défavorable à la partie qui acceptait les clauses contractuelles de l'autre partie. Le problème décrit n'avait pas la même ampleur dans l'environnement non électronique car, à l'exception des contrats purement verbaux, les parties auraient, dans la plupart des cas, accès à un enregistrement tangible des clauses régissant leur contrat. Il a été convenu, cependant, qu'il pourrait être nécessaire d'examiner plus avant les conséquences du non-respect du projet d'article 15.

135. Ayant pris en considération les points de vue qui avaient été exprimés et noté l'absence de consensus parmi ses membres sur l'opportunité d'élaborer une règle allant dans le sens du projet d'article 15, le Groupe de travail a décidé que l'examen de cette question devrait être poursuivi à un stade ultérieur. Il a été convenu de demander à cet effet au secrétariat d'établir, en se fondant sur la discussion ci-dessus, une version révisée du projet d'article 15, qui serait placée entre crochets pour être examinée à une session future. Il a été demandé en outre au secrétariat d'ajouter, également entre crochets, une variante de ce projet d'article qui suivrait l'approche que le Groupe de travail avait décidé d'adopter pour le projet d'article 11 (voir plus haut par. 102). Cette variante poserait qu'aucune disposition du projet de convention n'aurait d'incidence sur l'application d'aucune règle de droit qui pourrait obliger une partie qui négociait un contrat par un échange de messages de données à mettre à la disposition de l'autre partie les messages de données contenant les clauses contractuelles d'une manière particulière, ni n'exonèrerait une partie des conséquences juridiques auxquelles elle s'exposerait si elle ne le faisait pas.

B. Note du Secrétariat sur les aspects juridiques du commerce électronique: contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention, document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-deuxième session

(A/CN.9/WG.IV/WP.103) [Original: Anglais]

1. Le Groupe de travail a entamé ses délibérations sur les contrats électroniques à sa trente-neuvième session (New York, 11-15 mars 2002) en examinant une note de secrétariat sur certains aspects des contrats électroniques (A/CN.9/WG.IV/WP.95) qui contenait également un texte préliminaire intitulé provisoirement "Avant-projet de convention sur les contrats [internationaux] conclus ou constatés au moyen de messages de données" (A/CN.9/WG.IV/WP.95, annexe I).

2. À cette session, le Groupe de travail a procédé à un échange de vues général sur la forme et le champ d'application de l'instrument, mais il est convenu de ne pas aborder la question des exclusions avant d'avoir eu la possibilité d'étudier les dispositions concernant le lieu de situation des parties et la formation des contrats (voir A/CN.9/509, par. 18 à 40). Il a ensuite examiné les articles 7 et 14, qui traitent tous les deux de questions relatives au lieu de situation des parties (A/CN.9/509, par. 41 à 65). Après avoir terminé l'examen initial de ces dispositions, le Groupe de travail a entamé l'examen des dispositions relatives à la formation des contrats figurant aux articles 8 à 13 (A/CN.9/509, par. 66 à 121). La lecture du projet de convention à cette session s'est achevée par l'examen du projet d'article 15 relatif à la mise à disposition des clauses contractuelles (A/CN.9/509, par. 122 à 125). Le Groupe de travail est alors convenu que les articles 2 à 4, traitant du champ d'application du projet de convention, et les articles 5 (définitions) et 6 (interprétation) seraient examinés à sa quarantième session (A/CN.9/509, par. 15).

3. Le Groupe de travail a repris l'examen de l'avant-projet de convention à sa quarantième session (Vienne, 14-18 octobre 2002). Il a commencé ses délibérations par une discussion générale sur le champ d'application de l'avant-projet de convention (A/CN.9/527, par. 72 à 81). Il a ensuite examiné les articles 2 à 4, traitant du champ d'application du projet de convention, et les articles 5 (définitions) et 6 (interprétation) (A/CN.9/527, par. 82 à 126).

4. Le secrétariat a par la suite établi une version révisée de l'avant-projet de convention (A/CN.9/WG.IV/WP.100, annexe). Le Groupe de travail, à sa quarante et unième session (New York, 5-9 mai 2003), a examiné les articles 1er à 11 de cette version révisée (voir A/CN.9/528, par. 26 à 151). Il a prié le secrétariat d'établir une version révisée de l'avant-projet de convention, qu'il examinerait à sa quarante-deuxième session (Vienne, 17-21 novembre 2003).

5. La nouvelle version révisée de l'avant-projet de convention, qui tient compte des délibérations et des décisions des sessions précédentes du Groupe de travail, figure en annexe à la présente note.

ANNEXE

Avant-projet de convention[1] sur l'utilisation de messages de données dans [le commerce international] [le contexte des contrats internationaux]

CHAPITRE PREMIER. SPHÈRE D'APPLICATION

Article premier
Champ d'application

1. La présente Convention s'applique à l'utilisation[2] de messages de données [en rapport avec un contrat existant ou envisagé] [dans le contexte de la formation ou de l'exécution de contrats][3] entre des parties ayant leurs établissements dans des États différents:

a) Lorsque ces États sont des États contractants;

b) Lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant; ou[4]

c) Lorsque les parties sont convenues qu'elle s'applique[5].

---

[1] La forme d'une convention représente uniquement une hypothèse de travail (A/CN.9/484, par. 124) et est sans préjudice de la décision finale que prendra le Groupe de travail au sujet de la nature de cet instrument.

[2] La dernière version de cet article décrivait le champ d'application comme suit: "La présente Convention s'applique [à toute information sous la forme de messages de données qui est utilisée] [à l'utilisation de messages de données] dans le contexte [d'opérations] [de contrats] [...]". Le Groupe de travail a estimé que le choix entre ces options était une question de style (voir A/CN.9/528, par. 41). Le secrétariat propose de ne retenir que le second membre de phrase car le projet de convention ne porte que sur la reconnaissance juridique de l'utilisation de messages de données dans le contexte des contrats, à la différence de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, qui porte sur la valeur juridique de l'information sous la forme de messages de données, indépendamment du fait que l'information soit effectivement "utilisée" (par exemple dans le cadre de l'article 10 de la Loi type, qui porte sur la conservation des enregistrements). La suppression du mot "opérations" fait suite à une décision du Groupe de travail (A/CN.9/528, par. 40). Cette modification a également été apportée à d'autres dispositions qui faisaient préalablement référence à des "opérations".

[3] La variante qui apparaît entre crochets vise à rapprocher davantage le texte du projet d'article de celui du projet d'article 8.

[4] Ce paragraphe reproduit une règle qui est énoncée dans les dispositions relatives à la sphère d'application d'autres instruments de la CNUDCI. Il y a eu des objections à cette règle, au motif qu'une telle extension du champ d'application de la Convention *ex post facto* par nature, affaiblirait nettement la sécurité au moment de la conclusion du contrat (A/CN.9/509, par. 38). À sa quarante et unième session, le Groupe de travail a décidé de conserver cet alinéa (A/CN.9/528, par. 42). Si ce projet de paragraphe est conservé, le Groupe de travail devra encore examiner si des réserves à cette règle devraient être admises, comme suggéré à sa quarante-deuxième session (A/CN.9/528, par. 42). Voir également le paragraphe 1 du projet d'article X.

[5] Cette possibilité est prévue, par exemple, au paragraphe 2 de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by. Le Groupe de travail a décidé d'attendre d'avoir examiné les dispositions de fond du projet de convention pour

2. Il n'est pas tenu compte du fait que les parties ont leurs établissements dans des États différents lorsque ce fait ne ressort ni du contrat, ni de transactions effectuées entre les parties, ni de renseignements donnés par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat.

3. Ni la nationalité des parties, ni le caractère civil ou commercial des parties ou du contrat ne sont pris en considération pour l'application de la présente Convention.

Article 2
Exclusions[6]

La présente Convention ne s'applique pas à l'utilisation de messages de données [en rapport avec les contrats suivants, existants ou envisagés] [dans le contexte de la formation ou de l'exécution des contrats suivants]:

a) Contrats conclus à des fins personnelles, familiales ou domestiques [à moins que la partie offrant les biens ou les services, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censée savoir que ces biens et ces services étaient destinés à un tel usage];[7]

[b) Contrats autorisant l'utilisation limitée de droits de propriété intellectuelle;][8]

c) [*Autres exclusions qui pourraient être ajoutées par le Groupe de travail.*][9] [Autres matières indiquées par un État contractant dans une déclaration faite conformément à l'article X][10].

---

se prononcer sur l'alinéa en question (A/CN.9/528, par. 43 et 44). Il voudra peut-être examiner s'il devrait être possible pour les États contractants d'exclure cette disposition dans une déclaration faite conformément au paragraphe 1 du projet d'article X.

6 La dernière version de ce projet d'article comportait deux variantes reflétant des manières différentes de traiter les contrats faisant intervenir des consommateurs. La variante A excluait les contrats faisant intervenir des consommateurs en utilisant la même technique que celle utilisée à l'alinéa a) de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur les ventes. La variante B renvoyait à la législation interne visant à protéger les consommateurs, sans exclure du projet de convention les opérations faisant intervenir des consommateurs (voir A/CN.9/527, par. 89; voir également A/CN.9/528, par. 51 à 54). Dans sa version actuelle, le projet d'article retient uniquement la variante A. L'ancienne variante B a été incorporée dans le projet d'article 3, car elle est plus proche de cet article sur le fond, dans son libellé actuel.

7 Le dernier membre de phrase apparaît entre crochets car un certain soutien a été exprimé à la quarante et unième session du Groupe de travail en faveur de la proposition tendant à supprimer tout ce qui figure après "domestiques" (A/CN.9/528, par. 52).

8 Cette exclusion apparaît entre crochets car le Groupe de travail n'est pas encore parvenu à un accord à ce sujet (voir A/CN.9/527, par. 90 à 93 et A/CN.9/528, par. 55 à 60).

9 Si le Groupe de travail décidait de prévoir des exclusions supplémentaires, elles pourraient être ajoutées dans ce projet d'article. L'annexe II du projet initial (A/CN.9/WG.IV/WP.95) présentait, sans prétendre à l'exhaustivité, des exemples d'exclusions que l'on trouve généralement dans les lois internes sur le commerce électronique. D'autres exclusions, qui avaient été proposées à la quarantième session du Groupe de travail et réitérées à sa quarante et unième session, portaient sur certains marchés de services financiers existants avec des règles bien établies résultant de réglementations spécifiques, accords types et usages, règles de systèmes ou autres. Ces exclusions concernaient notamment les systèmes de paiement, les instruments négociables, les produits dérivés, les opérations de swap, les conventions de rachat, les devises, les valeurs mobilières et les marchés obligataires et incluaient, le cas échéant, les activités générales des

Article 3
Matières non régies par la présente Convention

La présente Convention ne porte atteinte ou ne se substitue[11] à aucune règle de droit concernant:

[a) La protection des consommateurs;][12]

b) La validité du contrat ni d'aucune de ses clauses ni d'aucun usage [sauf s'il en est disposé autrement dans les articles [...]][13];

c) Les droits et obligations des parties découlant du contrat ou de l'une quelconque de ses clauses ou de tout usage[14]; ou

d) Les effets que le contrat peut avoir sur la propriété des droits créés ou transférés par le contrat[15].

Article 4
Autonomie des parties

Les parties peuvent exclure l'application de la présente Convention ou déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets [sauf dans les cas suivants ...][16].

---

banques dans le domaine de l'approvisionnement et les activités de prêt (A/CN.9/527, par. 95 et A/CN.9/528, par. 61). Les autres exclusions proposées à la quarante et unième session du Groupe de travail concernent notamment les "opérations immobilières, de même que les contrats faisant intervenir des tribunaux ou des autorités publiques et les contrats concernant le droit de la famille et le droit des successions" (A/CN.9/528, par. 63). À cet égard, le Groupe de travail pourrait noter que la Commission a décidé, à sa trente-sixième session, d'entreprendre des travaux dans le domaine des marchés publics, y compris par des moyens électroniques (A/58/17, par. 225 à 230). Cela pourrait rendre inappropriée une exclusion sans limite des "contrats faisant intervenir des tribunaux ou des autorités publiques".

10 Ce membre de phrase constitue une autre solution qui rendrait inutile une liste commune d'exclusions (A/CN.9/527, par. 96).

11 Cette formulation a été utilisée conformément à une suggestion faite à la quarante et unième session du Groupe de travail, suivant laquelle les termes utilisés précédemment ("La présente Convention ne concerne pas") ne convenaient pas (A/CN.9/528, par. 67).

12 Le projet d'alinéa a) apparaît entre crochets, car il représente, à certains égards, une variante de l'alinéa a) du projet d'article 2 (voir A/CN.9/528, par. 52). En vertu de cette règle, les opérations faisant intervenir des consommateurs ne seraient pas automatiquement exclues du champ d'application du projet de convention, mais les dispositions de celle-ci ne se substitueraient pas ou ne porteraient pas atteinte aux règles relatives à la protection des consommateurs.

13 Le projet d'alinéa b) est inspiré de l'alinéa a) de l'article 4 de la Convention des Nations Unies sur les ventes. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le lien entre les exclusions générales prévues par ce projet d'article et d'autres dispositions qui, par exemple, affirment la validité des messages de données, notamment les projets d'articles 8, 9 et 13 (voir A/CN.9/527, par. 103).

14 L'avant-projet de convention ne traite pas des questions de fond soulevées par le contrat, lequel reste par ailleurs soumis à la loi qui le régit (voir A/CN.9/527, par. 10 à 12).

15 Le projet d'alinéa d) a été modelé *mutatis mutandis* sur l'alinéa b) de l'article 4 de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

16 Le Groupe de travail doit encore examiner la question de savoir s'il serait opportun ou souhaitable d'apporter une restriction au principe de l'autonomie des parties dans le contexte de l'avant-projet de convention, eu égard en particulier à certaines de ses dispositions telles que les

CHAPITRE II. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 5
Définitions[17]

Aux fins de la présente Convention:

a) Le terme “message de données” désigne l’information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l’échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie;

b) Le terme “échange de données informatisées (EDI)” désigne le transfert électronique d’une information d’ordinateur à ordinateur mettant en œuvre une norme convenue pour structurer l’information;

c) Le terme “expéditeur” désigne la personne par laquelle, ou au nom de laquelle, le message de données est réputé[18] avoir été envoyé ou créé avant d’avoir été éventuellement conservé, mais non la personne qui agit en tant qu’intermédiaire pour ce message;

d) Le terme “destinataire” désigne la personne qui, dans l’intention de l’expéditeur, est censée recevoir le message de données, mais non la personne qui agit en tant qu’intermédiaire pour ce message;

e) Le terme “système d’information” désigne un système utilisé pour créer, envoyer, recevoir, conserver ou traiter de toute autre manière des messages de données[19];

f) Le terme “système d’information automatisé” désigne un programme informatique, un moyen électronique ou un autre moyen automatisé qui permet d’entreprendre une action ou de répondre à des messages de données ou à des opérations en tout ou en partie, sans qu’une personne physique ait à procéder à un examen ou à intervenir chaque fois qu’une action est entreprise ou qu’une réponse est produite par le système[20];

---

projets d’articles 9, paragraphes 3; 11 et 15 (voir A/CN.9/527, par. 109; voir aussi A/CN.9/528, par. 71 à 75). La version précédente de cet article comportait un second paragraphe sur le consentement des parties quant à l’utilisation des messages de données dans le contexte d’un contrat. Cette disposition est désormais combinée au projet d’article 8.

17 Les définitions figurant dans les projets d’alinéas a) à e) sont reprises de l’article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. La définition du terme “signature électronique” correspond à la définition de ce même terme dans l’article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques. Les définitions des termes “auteur de l’offre” et “destinataire de l’offre” ont été supprimées, bien que le Groupe de travail les ait provisoirement maintenues (A/CN.9/527, par. 115). Le secrétariat estime que les termes sont devenus superflus compte tenu de la reformulation des projets d’articles 8 et 13 (voir A/CN.9/528, par. 106).

18 Cette définition est reprise de l’alinéa c) de l’article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Il a été suggéré au secrétariat qu’il serait préférable de supprimer les termes “est réputé avoir été envoyé” et de les remplacer par “a été envoyé”.

19 Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s’il convient de clarifier davantage cette définition, compte tenu des questions soulevées concernant le paragraphe 2 de l’ancien article 11 (l’article 10 actuel) (voir A/CN.9/528, par. 148 et 149).

20 Cette définition est inspirée de celle du terme “agent électronique” figurant dans l’article 2-6 de la Loi uniforme des États-Unis sur les opérations électroniques; une définition similaire figure

[g) Le terme “signature électronique” désigne des données sous forme électronique contenues dans un message de données jointes ou logiquement associées audit message, qui peuvent être utilisées pour identifier la personne détenant les données afférentes à la création de signature dans le cadre du message de données et indiquer que cette personne approuve l’information contenue dans ce message[21];

[h) Le terme “établissement” [22] désigne [tout lieu d’opérations où une personne exerce de façon non transitoire une activité avec des moyens humains ou des biens ou des services;] [23] [le lieu où une partie a un établissement stable pour mener une activité économique autre que la fourniture temporaire de biens ou de services à partir d’un lieu déterminé;][24]

[i) Les termes “personne” et “partie” englobent les personnes physiques et morales;][25]

[j) Autres définitions que le Groupe de travail pourra souhaiter ajouter.][26]

également à l’article 19 de la Loi uniforme canadienne sur le commerce électronique. Elle a été incluse dans l’avant-projet de convention en raison des dispositions du projet d’article 14.

[21] Le projet initial présenté dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.95 proposait, dans une variante de cette disposition, une définition générale du terme “signature”. Bien que le Groupe de travail ait décidé provisoirement de conserver les deux variantes, le secrétariat pense que, compte tenu du fait que le champ d’application du projet de convention est limité, il serait peut-être préférable de ne définir que le terme “signature électronique” et de s’en remettre, pour la définition du terme “signature”, aux règles de droit applicables par ailleurs, comme l’a suggéré le Groupe de travail à sa quarantième session (voir A/CN.9/527, par. 116 à 119).

[22] La définition proposée a été placée entre crochets pour tenir compte du fait que la Commission n’a pas encore défini le concept d’“établissement” (voir A/CN.9/527, par. 120 à 122). À la trente-neuvième session du Groupe de travail, il a été suggéré d’ajouter aux critères concernant le lieu de situation des parties des éléments tels que le lieu d’organisation ou d’immatriculation d’une personne morale (A/CN.9/509, par. 53). Il a été convenu que le Groupe de travail pourrait examiner s’il serait souhaitable de compléter les critères utilisés pour définir le lieu de situation des parties en développant la définition du terme “établissement” (A/CN.9/509, par. 54). Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si les critères supplémentaires proposés ainsi que d’autres nouveaux éléments éventuels devraient remplacer les éléments actuellement utilisés ou être proposés seulement à titre de règle supplétive pour les personnes morales n’ayant pas d’“établissement”. Il pourrait peut-être examiner également les cas où la plus grande partie des ressources humaines ou des biens ou services utilisés pour une activité commerciale donnée se trouvent dans un lieu qui n’a guère de rapport avec celui où une société mène l’essentiel de ses activités, par exemple lorsque les moyens matériels et humains utilisés par une entreprise dite “virtuelle” située dans un pays se limitent exclusivement à l’espace loué à un tiers dans un serveur situé ailleurs.

[23] Cette variante tient compte des éléments essentiels de la notion d’“établissement” telle qu’on l’entend dans la pratique commerciale internationale et telle qu’elle est utilisée à l’alinéa f) de l’article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur l’insolvabilité internationale.

[24] Cette variante propose une définition de l’établissement qui est conforme à l’interprétation donnée à ce terme au sein de l’Union européenne (voir le paragraphe 19 du préambule de la Directive 2000/31/CE de l’Union européenne).

[25] Lors de l’élaboration de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, il a été estimé qu’une telle définition ne devait pas apparaître dans le texte de l’instrument, mais dans le Guide pour son incorporation. Une convention n’étant normalement pas accompagnée de commentaires détaillés, la définition proposée a été insérée sous la forme d’une disposition, au cas où le Groupe de travail jugerait nécessaire une telle définition, en particulier compte tenu de dispositions telles que l’alinéa 4 b) de la variante B du projet d’article 9.

Article 6
Interprétation

1. Pour l'interprétation de la présente Convention, il est tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international.

2. Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle sont réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable [en vertu des règles du droit international privé][27].

Article 7
Lieu de situation des parties[28]

1. Aux fins de la présente Convention, une personne est présumée avoir son établissement au lieu qu'elle a indiqué [, sauf si la personne n'a pas d'établissement dans ce lieu [[et] qu'une telle indication est donnée uniquement pour déclencher ou éviter l'application de la présente Convention]].

2. Si une personne [n'a pas indiqué d'établissement, ou, sous réserve du paragraphe 1 du présent article, si une personne][29] a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération aux fins de la présente Convention est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat considéré et son exécution, eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat.

---

[26] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il conviendrait de définir d'autres termes, tels que "signataire" (si la variante B du projet d'article 10 (ancien article 14) est adoptée), "applications interactives", "courrier électronique" ou "nom de domaine".

[27] Le membre de phrase final a été placé entre crochets à la demande du Groupe de travail. Les dispositions similaires d'autres instruments avaient été interprétées à tort comme autorisant le renvoi immédiat au droit applicable conformément aux règles de conflit de lois de l'État du for pour l'interprétation d'une convention, sans qu'il soit tenu compte des règles de conflit figurant dans cette convention (A/CN.9/527, par. 125 et 126).

[28] Le projet de paragraphe 1 est fondé sur une proposition faite à la trente-huitième session du Groupe de travail, à savoir que les parties devraient être tenues de révéler leur établissement (A/CN.9/484, par. 103). Cette obligation apparaît à l'alinéa b) du paragraphe 1 du projet d'article 11. Ce projet de disposition n'a pas pour objet de créer un nouveau concept d'"établissement" pour les opérations en ligne. Le membre de phrase apparaissant entre crochets a pour objet d'empêcher une partie de tirer profit de déclarations inexactes ou mensongères faites de façon inconsidérée (A/CN.9/509, par. 49), et non de restreindre la possibilité qu'auraient les parties d'opter pour la Convention ou de convenir autrement de la loi applicable. Les deux variantes qui figuraient auparavant dans le projet de paragraphe ont été combinées, le Groupe de travail préférant l'ancienne variante A (A/CN.9/528, par. 88). Les mots "clair et patent" ont été supprimés car le Groupe de travail a estimé qu'ils étaient juridiquement équivoques (A/CN.9/528, par. 86).

[29] Il a été suggéré au secrétariat que la présomption envisagée dans le projet d'article soit également applicable au cas où une partie n'indique pas son établissement. Cette proposition a été insérée entre crochets, car la présomption envisagée dans le projet d'article a été utilisée dans d'autres instruments de la CNUDCI uniquement en relation avec des établissements multiples.

3. Si une personne n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

4. Le lieu de situation du matériel et de la technologie sur lesquels s'appuie un système d'information utilisé par une personne en rapport avec la formation d'un contrat ou le lieu à partir duquel ce système d'information est accessible à d'autres personnes ne constitue pas en soi ou à lui seul un établissement [sauf si cette personne morale n'a pas d'établissement [au sens de l'article 5 h)]][30].

5. Le seul fait qu'une personne utilise un nom de domaine ou une adresse électronique associée à un pays particulier ne constitue pas une présomption que son établissement est situé dans ce pays[31].

CHAPITRE III. UTILISATION DE MESSAGES DE DONNÉES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX[32]

Article 8 [10]
Reconnaissance juridique des messages de données[33]

1. Toute communication, déclaration, demande, notification ou requête que les parties sont tenues de faire ou de choisir de faire [en rapport avec un contrat existant ou envisagé] [dans le contexte de la formation ou de l'exécution d'un contrat][34] [, notamment une offre ou l'acceptation d'une offre][35] peut être exprimée

---

30 Ce projet de paragraphe reflète le principe selon lequel les règles relatives au lieu de situation ne doivent pas aboutir à ce qu'une partie donnée soit considérée comme ayant son établissement dans un pays lorsqu'elle contracte électroniquement et dans un autre pays lorsqu'elle contracte par des moyens plus classiques (A/CN.9/484, par. 103). Il reprend la solution proposée au paragraphe 19 du préambule de la Directive 2000/31/CE de l'Union européenne. Le membre de phrase entre crochets vise uniquement les "sociétés virtuelles" et non les personnes physiques, auxquelles s'applique la règle figurant dans le projet de paragraphe 3. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si les projets de paragraphes 4 et 5, qu'il a décidé de conserver en vue de les examiner plus avant, devraient être réunis en une seule disposition (A/CN.9/509, par. 59).

31 L'actuel système d'attribution des noms de domaine n'a pas été conçu à l'origine dans une optique géographique. Par conséquent, le lien apparent entre un nom de domaine et un pays est souvent insuffisant pour conclure qu'il existe un lien véritable et permanent entre l'utilisateur de ce nom de domaine et ce pays (A/CN.9/509, par. 44 à 46). Toutefois, dans certains pays, un nom de domaine n'est attribué à une personne qu'après vérification de l'exactitude des informations fournies par elle et notamment de la présence dans le pays auquel le nom de domaine demandé est rattaché. Dans le cas de ces pays, il pourrait être justifié de se fier, au moins en partie, aux noms de domaines aux fins de l'article 7, contrairement à ce que donne à penser le projet de paragraphe (A/CN.9/509, par. 58). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il y a lieu d'élargir les règles proposées afin de tenir compte de ces situations.

32 Le présent chapitre a été restructuré. Les chiffres entre crochets figurant après les numéros des articles renvoient aux numéros correspondants dans la version précédente du projet de convention (A/CN.9/WG.IV/WP.100).

33 Les paragraphes 1 et 2 ont été fusionnés pour éviter les répétitions inutiles. Les termes "sauf convention contraire des parties" ont été supprimés, comme ailleurs dans le texte (voir A/CN.9/528, par. 97 à 110 et 126).

34 La référence à un "contrat existant ou envisagé" a été ajoutée à la suggestion du Groupe de travail (A/CN.9/528, par. 125). Ces mots, et la référence selon la variante à "la formation et l'exécution d'un contrat" ont également été utilisé ailleurs.

35 La référence à "une offre ou l'acceptation d'une offre" entre crochets vise à faciliter l'examen,

au moyen de messages de données et la validité ou la force exécutoire de celle-ci ne sont pas déniées pour le seul motif que des messages de données ont été utilisés à cet effet.

[2. Aucune disposition de la présente Convention n'oblige une personne à utiliser ou à accepter des informations sous forme de message de données, mais le fait qu'elle y consent peut être déduit de son comportement.][36]

[3. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les cas suivants: [...] [Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux matières désignées par un État contractant en vertu d'une déclaration faite conformément à l'article X.][37]

Article 9 [14]
Conditions de forme

[1. Aucune disposition de la présente Convention n'exige qu'un contrat ou toute autre communication, déclaration, mise en demeure, notification ou demande que les parties sont tenues d'adresser ou choisissent d'adresser [en rapport avec un contrat existant ou envisagé] [dans le contexte de la formation ou de l'exécution d'un contrat][38] soit établi ou constaté [sous une forme particulière, y compris par écrit] [par des messages de données, un écrit ou sous toute autre forme] ou qu'un contrat satisfasse à toute autre condition de forme][39].

2. Lorsque la loi exige qu'un contrat ou toute autre communication, déclaration, mise en demeure, notification ou demande que les parties sont tenues d'adresser ou choisissent d'adresser en rapport avec un contrat soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement[40].

---

par le Groupe de travail, de la question de savoir s'il serait judicieux de fusionner la teneur des projets d'articles 8 et 13 (voir A/CN.9/528, par. 105).

[36] Cette disposition reflète l'idée que les parties ne devraient pas être obligées d'accepter des offres contractuelles ou des actes d'acceptation par des moyens électroniques si elles ne le souhaitent pas (A/CN.9/527, par. 108). Ce paragraphe figurait initialement dans le projet d'article 4 (voir la note 15).

[37] Le projet de convention englobant maintenant l'ensemble des communications électroniques et pas seulement la formation des contrats, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si d'autres exclusions spécifiques seraient nécessaires. On s'est dit favorable à l'élaboration d'une liste commune d'exclusions, afin d'assurer un haut degré d'uniformité dans l'application de la convention, mais on a également exprimé des doutes quant à la faisabilité d'établir une telle liste. Le Groupe de travail est convenu de conserver les deux options dans le texte et de revenir ultérieurement sur la question (A/CN.9/528, par. 131).

[38] La clause "entrant dans le champ d'application de la présente Convention" a été supprimée dans ce projet de paragraphe et ailleurs, afin d'éviter les conflits possibles entre le champ d'application du projet de Convention et celui d'autres conventions, auxquelles fait référence le projet d'article Y.

[39] Conformément à ce qui a été suggéré à la trente-neuvième session du Groupe de travail (A/CN.9/509, par. 115), cette disposition intègre le principe général de la liberté de forme énoncé dans l'article 11 de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

[40] Cette disposition définit les critères d'équivalence fonctionnelle entre les messages de données et les documents papier de la même façon que l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Le Groupe de travail voudra peut-être s'interroger sur ce qu'il faut entendre par "loi" et "sous forme écrite" et sur la nécessité de définir ou non ces termes (voir

3. Lorsque la loi exige qu'un contrat ou toute autre communication, déclaration, mise en demeure, notification ou demande que les parties sont tenues d'adresser ou choisissent d'adresser en rapport avec un contrat soit signé, ou prévoit des conséquences en l'absence d'une signature, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données:

Variante A[41]

a) Si une méthode est utilisée pour identifier le signataire et pour indiquer que celui-ci approuve l'information contenue dans le message de données; et

b) Si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière.

Variante B[42]

... s'il est fait usage d'une signature électronique dont la fiabilité est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière.

4. Une signature électronique est considérée comme fiable pour ce qui est de satisfaire les exigences visées au paragraphe 3 du présent article si:

a) Les données afférentes à la création de signature sont, dans le contexte dans lequel elles sont utilisées, liées exclusivement au signataire;

b) Les données afférentes à la création de signature étaient, au moment de la signature, sous le contrôle exclusif du signataire;

c) Toute modification apportée à la signature électronique après le moment de la signature est décelable; et

d) Dans le cas où l'exigence légale de signature a pour but de garantir l'intégrité de l'information à laquelle elle se rapporte, toute modification apportée à cette information après le moment de la signature est décelable.

5. Le paragraphe 4 du présent article ne restreint pas la possibilité pour toute personne:

a) D'établir de toute autre manière, aux fins de satisfaire l'exigence visée au paragraphe 3 du présent article, la fiabilité de la signature électronique;

A/CN.9/509, par. 116 et 117).

41 La variante A énumère les critères généraux d'équivalence fonctionnelle entre les signatures manuscrites et les méthodes d'identification électronique visées à l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

42 La variante B est fondée sur l'article 6-3 du projet de Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si une définition du terme "personne" (qui figure actuellement à l'alinéa i) du projet d'article 5) est nécessaire étant donné que des dispositifs d'authentification et de signature peuvent être délivrés à une personne qui assume des fonctions particulières au sein d'une entreprise ou d'un autre type de personne morale.

b) D'apporter des preuves de la non-fiabilité de la signature électronique.

Article 10 [11]
Moment et lieu de l'expédition et de la réception d'un message de données[43]

1. Le moment de l'expédition d'un message de données est réputé être le moment où celui-ci entre dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur ou de la personne ayant envoyé le message au nom de l'expéditeur.

2. Le moment de la réception d'un message de données est déterminé comme suit:

a) Si le destinataire a désigné un système d'information pour recevoir des messages de données, le message de données est réputé être reçu au moment où il entre dans le système d'information désigné;

b) Si le destinataire a désigné un système d'information pour recevoir des messages de données mais que le message de données est envoyé à un autre système d'information du destinataire, il est réputé être reçu au moment où il est relevé par le destinataire;

c) Si le destinataire n'a pas désigné de système d'information, le message de données est réputé être reçu lorsqu'il entre dans un système d'information du destinataire à moins…[44]

[Variante A

… qu'il n'ait été déraisonnable que l'expéditeur choisisse ce système d'information particulier pour envoyer le message de données, eu égard aux circonstances de l'espèce et au contenu du message.] [ou]

[Variante B

… que ce dernier n'ait pas pu raisonnablement s'attendre à ce que le message de données soit adressé à ce système d'information particulier.]

3. Le paragraphe 2 du présent article s'applique même si le lieu où est situé le système d'information est différent du lieu où le message de données est réputé avoir été reçu selon le paragraphe 5 du présent article.

4. Lorsque l'expéditeur et le destinataire utilisent le même système d'information, tant l'expédition que la réception d'un message de données ont lieu au moment à partir duquel celui-ci peut être relevé et traité par le destinataire[45].

---

[43] À l'exception du projet de paragraphe 4, les règles énoncées dans ce projet d'article sont fondées sur l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, quelques modifications ayant été apportées afin de les harmoniser avec le libellé des autres dispositions du projet de convention. Les paragraphes 1 et 2 ont tous deux été reformulés car leur libellé a été jugé peu clair (A/CN.9/528, par. 140 et 148 et 149).

[44] Les variantes placées entre crochets à l'alinéa c) reflètent des propositions faites à la quarante et unième session du Groupe de travail (A/CN.9/528, par. 146 et 147). Le secrétariat, estimant que ces formules ne sont pas nécessairement incompatibles, les a reliées par la conjonction "ou".

[45] Ce projet de paragraphe vise les situations où l'expéditeur et le destinataire utilisent le même système d'information. En pareil cas, le critère indiqué dans le projet de paragraphe 1 ne peut pas être appliqué étant donné que le message reste dans un système qu'on ne peut pas considérer

5. Un message de données est réputé avoir été expédié du lieu où l'expéditeur a son établissement et avoir été reçu au lieu où le destinataire a son établissement, tel que déterminé conformément à l'article 7.

[*Article 11 [15]*
Informations générales devant être fournies par les parties[46]

1. Les messages de données utilisés pour annoncer ou offrir des biens ou des services[47] contiennent les informations ci-après[48]:

a) Le nom de la partie au nom de laquelle l'annonce ou l'offre est faite et, lorsqu'il s'agit d'une personne morale, sa dénomination sociale complète et son lieu d'enregistrement, son centre organique ou son lieu de constitution[49];

b) L'emplacement et l'adresse géographiques de l'établissement de cette partie, y compris son adresse de courrier électronique et autres coordonnées.][50]

---

comme "ne dépendant pas de l'expéditeur". La règle proposée dans ce projet de paragraphe serait de considérer que l'expédition et la réception d'un message de données ont lieu de façon simultanée au moment à partir duquel celui-ci "peut être relevé et traité par le destinataire". Cette situation n'est pas envisagée dans l'article 15-1 de la Loi type. On estime toutefois que la règle spéciale ainsi proposée, qui est inspirée de l'article 23-1 a) de la Loi uniforme canadienne sur le commerce électronique, n'est pas incompatible avec les règles énoncées dans l'article 15 de la Loi type. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'utilisation du Web, d'un site Web ou d'une page Web particulière à des fins de communication devrait être considérée comme une utilisation du "même système d'information".

46 Ce projet d'article, qui est inspiré de l'article 5-1 de la Directive 2000/31/CE de l'Union européenne, a été placé entre crochets car le Groupe de travail n'est pas parvenu à un consensus sur le point de savoir s'il était nécessaire (A/CN.9/509, par. 61 à 65). Sous sa forme actuelle, le projet d'article ne prévoit pas de sanctions ni de conséquences si une partie ne fournit pas les informations requises, et cette question doit encore être examinée par le Groupe de travail (voir A/CN.9/509, par. 123, et A/CN.9/527, par. 103). Ce projet d'article ne s'appliquerait qu'aux messages de données liés à des contrats qui ne sont pas exclus du champ d'application du projet de convention conformément à l'article 2.

47 La version précédente du projet d'article contenait la phrase "Une partie qui utilise des messages de données pour annoncer ou offrir des biens ou des services […]". Le Groupe de travail souhaitera peut-être s'interroger sur le point de savoir si un libellé mettant l'accent sur le message de données et son contenu, plutôt que sur une obligation imposée à une personne, contribuerait à apaiser les inquiétudes exprimées quant au caractère apparemment réglementaire de la disposition (A/CN.9/509, par. 63). Le second paragraphe de la version antérieure, qui disposait que les informations requises au paragraphe 1 devaient être "facilement et directement accessibles en permanence", a été supprimé, car la nouvelle formulation du projet d'article suppose un accès direct.

48 Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il est souhaitable de préciser dans cette disposition comment ces informations doivent être mises "à disposition", par exemple si elles doivent être contenues dans le ou les messages de données offrant des biens ou des services ou par une référence appropriée y figurant, et en particulier si elles doivent aussi pouvoir être relevées ou conservées par le destinataire.

49 La mention concernant les registres du commerce et les numéros d'immatriculation a été remplacée par une mention plus générale concernant la dénomination sociale et le lieu d'enregistrement, le centre organique ou le lieu de constitution.

50 Les anciens alinéas b) et c) du projet de disposition ont été fusionnés afin que le texte se lise mieux.

Article 12 [9]
Invitations à l'offre[51]

Variante A

1. Une proposition de conclure un contrat faite par l'intermédiaire d'un ou plusieurs messages de données qui ne sont pas adressés à une ou plusieurs personnes déterminées mais qui sont normalement accessibles à des personnes utilisant des systèmes d'information doit être considérée seulement comme une invitation à l'offre, à moins qu'elle n'indique l'intention de l'auteur de la proposition d'être lié en cas d'acceptation[52].

2. Sauf indication contraire de son auteur, une proposition de conclure un contrat qui utilise des applications interactives permettant de passer [automatiquement] des commandes par l'intermédiaire d'un système d'information de ce type[53] constitue une offre et est présumée indiquer l'intention de son auteur d'être lié en cas d'acceptation[54].

---

[51] Cette disposition traite d'une question qui a fait l'objet de larges débats. À la quarante et unième session du Groupe de travail, on a fait observer "qu'il n'existait pour l'heure aucune pratique commerciale normalisée dans ce domaine" (A/CN.9/528, par. 117). Les deux variantes correspondent donc aux deux différentes pratiques commerciales existantes. Bien que ces variantes soient toutes deux censées constituer des règles par défaut applicables lorsque l'intention de la personne n'est pas clairement indiquée, on s'est interrogé sur l'opportunité de les faire figurer dans le projet de convention (A/CN.9/528, par. 117 et 118).

[52] Cette disposition est inspirée de l'article 14-1 de la Convention des Nations Unies sur les ventes et résulte d'une analogie qui a été établie entre les offres faites par des moyens électroniques et celles faites par des moyens plus classiques (A/CN.9/509, par. 76 à 85). Cependant, le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait élaborer des règles spécifiques pour traiter les offres de biens faites sur des sites d'enchères sur Internet et les opérations analogues, qui sont considérées dans de nombreux systèmes juridiques comme des offres irrévocables de vendre les biens au mieux disant.

[53] La version précédente du projet d'article faisait référence à l'utilisation de "systèmes d'information automatisés" ou, autre option, à l'utilisation "d'une application interactive qui permet apparemment la conclusion automatique du contrat". À la trente-neuvième session du Groupe de travail, il a été dit que la partie passant commande n'aurait peut-être aucun moyen de vérifier comment il serait répondu à cette commande et si elle traitait effectivement avec des "systèmes d'information automatisés permettant la conclusion automatique du contrat" ou si d'autres opérations exigeant une intervention humaine ou l'utilisation d'autres équipements étaient nécessaires pour effectivement conclure le contrat ou répondre à la commande. On a également émis des critiques au sujet du libellé initial du projet de paragraphe, estimant que les mots "permettant la conclusion automatique du contrat", qui donnaient à penser qu'un contrat valide avait été conclu, étaient trompeurs dans un contexte où il était question de mesures pouvant conduire à la formation d'un contrat (A/CN.9/509, par. 82). Le présent projet d'article se réfère aux applications qui permettent de "passer" des commandes et non de les "traiter", car la disposition met l'accent sur les éléments qui sont apparents pour la personne passant commande plutôt que sur le fonctionnement interne du mécanisme utilisé. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la formulation actuelle autorise le degré d'objectivité qu'il souhaite.

[54] La règle proposée dans la variante A est similaire à celle que propose la doctrine pour le fonctionnement des distributeurs automatiques (A/CN.9/WG.IV/WP.95, par. 54).

Variante B[55]

Une proposition de conclure un contrat faite par l'intermédiaire d'un ou plusieurs messages de données qui ne sont pas adressés à une ou plusieurs personnes déterminées mais qui sont normalement accessibles à des parties utilisant des systèmes d'information, y compris des propositions qui utilisent des applications interactives permettant de passer [automatiquement] des commandes par l'intermédiaire d'un système d'information de ce type, doit être considérée comme une invitation à l'offre, à moins qu'elle n'indique clairement l'intention de l'auteur de la proposition d'être lié en cas d'acceptation.

Article 13[8]
Utilisation de messages de données dans la formation des contrats[56]

1. [Une offre et l'acceptation d'une offre peuvent être exprimées au moyen de messages de données.] Lorsque des messages de données sont utilisés [pour la formation d'un contrat] [pour la transmission ou l'acceptation d'une offre], la validité ou la force exécutoire [de celui-ci] [du contrat en résultant] ne sont pas déniées pour le seul motif que des messages de données ont été utilisés à cet effet[57].

Variante A

2. Lorsqu'elles sont exprimées sous la forme d'un message de données, une offre et l'acceptation d'une offre prennent effet lorsqu'elles sont reçues par le destinataire[58].

---

[55] À la trente-neuvième session du Groupe de travail, il a été souligné que les entreprises qui offraient des biens ou des services par l'intermédiaire d'un site Web permettant, grâce à des applications interactives, de négocier et de traiter immédiatement les commandes de biens ou de services indiquaient fréquemment sur ce site qu'elles n'étaient pas liées par ces offres. Si tel est déjà le cas dans la pratique, il ne serait pas judicieux que le Groupe de travail adopte une démarche inverse dans ce projet de disposition (A/CN.9/509, par. 82). La variante B, qui résulte de la fusion des paragraphes 1 et 2 en une seule disposition, tient compte de cet argument et traite les offres de biens ou de services, même lorsqu'un "système d'information automatisé" est utilisé, comme des invitations à l'offre (A/CN.9/528, par. 119).

[56] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si ce projet d'article resterait pertinent s'il décidait d'en fusionner la teneur avec celle du projet d'article 8 (voir A/CN.9/528, par. 105).

[57] Les paragraphes 1 et 3 ont été fusionnés afin d'aligner cette disposition sur la nouvelle structure du projet d'article 8. La première phrase a été placée entre crochets car ses éléments sont peut-être déjà couverts par les termes supplémentaires placés entre crochets au premier paragraphe du projet d'article 8. Dans la seconde phrase, on a placé entre crochets deux libellés possibles.

[58] La règle énoncée dans ce paragraphe, qui figurait dans la version antérieure du projet d'article 8, reflète l'essentiel des règles relatives à la formation des contrats contenues, respectivement, à l'article 15-1 et à l'article 18-2 de la Convention des Nations Unies sur les ventes. Le verbe "atteindre", qui est employé dans ladite Convention, a été remplacé par le verbe "recevoir" dans le présent projet d'article afin d'en aligner le libellé sur celui du projet d'article 10, qui se fonde sur l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si cette règle est effectivement nécessaire, étant donné qu'il s'agit d'une règle de fond et compte tenu du champ d'application limité de l'instrument.

Variante B

2. Lorsque le droit d'un État contractant attache des conséquences au moment auquel une offre ou l'acceptation d'une offre atteint le destinataire ou l'auteur de l'offre, et qu'un message de données est utilisé pour exprimer ladite offre ou acceptation, le message de données est réputé atteindre le destinataire ou l'auteur de l'offre lorsque celui-ci le reçoit[59].

Article 14 [12]
Utilisation de systèmes d'information automatisés pour la formation des contrats[60]

Un contrat peut être formé par l'interaction d'un système d'information automatisé et d'une personne ou par l'interaction de systèmes d'information automatisés, même si aucune personne n'a examiné chacune des actions exécutées par ces systèmes ni la convention qui en résulte.

[*Article 15 [16]*
Mise à disposition des clauses contractuelles[61]

Une partie offrant des biens ou des services par l'intermédiaire d'un système d'information normalement accessible à des personnes utilisant des systèmes d'information [62] met le ou les messages de données contenant les clauses contractuelles[63] à la disposition de l'autre partie [pendant une durée raisonnable] d'une manière qui permette de conserver et de reproduire ce message ou ces messages. [Un message de données est réputé n'être pas susceptible d'être conservé

---

[59] Cette proposition a été faite à la quarante et unième session du Groupe de travail (voir A/CN.9/528, par. 105 et 106). Cependant, ce dernier voudra peut-être examiner s'il conviendrait d'ajouter une disposition parallèle qui prenne en compte la notion d'"expédition", même si celle-ci n'est pas la règle principale relative à la formation des contrats dans la Convention des Nations Unies sur les ventes, car elle peut être pertinente pour des contrats non couverts par ladite convention, en fonction de la loi applicable.

[60] Ce projet de paragraphe, que le Groupe de travail, à sa trente-neuvième session, a décidé de conserver pour l'essentiel (A/CN.9/509, par. 103), développe un principe formulé en termes généraux dans l'article 13-2 b) de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Il n'innove pas par rapport à la convergence de vues actuelle concernant les effets juridiques des opérations automatisées, telle qu'elle a été exprimée par le Groupe de travail, à savoir qu'un contrat résultant de l'interaction d'un ordinateur avec un autre ordinateur ou une personne est attribuable à la personne au nom de laquelle il est conclu (A/CN.9/484, par. 106).

[61] Ce projet d'article, qui est inspiré de l'article 10-3 de la Directive 2000/31/CE de l'Union européenne, a été placé entre crochets car le Groupe de travail n'est pas parvenu à un consensus sur le point de savoir s'il était nécessaire (A/CN.9/509, par. 123 à 125). Si cette disposition est conservée, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le projet d'article devrait prévoir des conséquences dans le cas où une partie ne met pas les clauses contractuelles à la disposition de l'autre partie, et, le cas échéant, quelles seraient les conséquences appropriées. Dans certains systèmes juridiques, les conséquences pourraient être qu'une clause contractuelle qui n'a pas été mise à la disposition de l'autre partie ne peut pas lui être opposable.

[62] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si ces mots décrivent de façon adéquate les types de situations que le Groupe de travail entend traiter dans ce projet d'article.

[63] Les mots "et les conditions générales" ont été supprimés afin d'éviter une redondance. Cependant, le Groupe de travail voudra peut-être se poser la question de savoir si cette disposition devrait indiquer de façon plus explicite quelle est la version des clauses contractuelles qui doit être conservée.

ou reproduit si l'expéditeur empêche qu'il soit imprimé ou conservé par l'autre partie.][64]

Article 16 [13]
Erreur dans les communications électroniques

Variante A[65]

[Sauf convention contraire [expresse] des parties,][66] un contrat conclu par une personne accédant au système d'information automatisé d'une autre partie n'a pas d'effet juridique ni force exécutoire si la personne a commis une erreur dans un message de données et si[67]:

a) Le système d'information automatisé n'a pas donné à la personne la possibilité de prévenir ou de corriger l'erreur;

b) La personne avise dans les meilleurs délais l'autre partie de l'erreur lorsqu'elle en prend connaissance et lui signale qu'elle a commis une erreur dans le message de données;

[c) La personne prend des mesures raisonnables, notamment des mesures conformes aux instructions de l'autre partie, pour rendre les biens ou

---

64 Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si cette phrase est suffisamment souple pour que des documents électroniques "originaux" ou "uniques" puissent être créés dans les cas où les parties pourraient avoir une raison légitime de faire en sorte qu'il soit impossible de les reproduire (A/CN.9/509, par. 124).

65 Le présent paragraphe traite de la question des erreurs dans les opérations automatisées (voir A/CN.9/WG.IV/WP.95, par. 74 à 79). Les versions antérieures du projet d'article contenaient, au paragraphe 1 de la variante A, une règle inspirée de l'article 11-2 de la Directive 2000/31/CE de l'Union européenne, qui prévoit l'obligation pour les personnes offrant des biens ou des services par l'intermédiaire de systèmes d'information automatisés d'offrir des moyens de corriger les erreurs commises dans la saisie des données, et exigeaient que ces moyens soient "appropriés, effectifs et accessibles". Ce projet d'article a essentiellement soulevé deux types d'objections: selon l'une, le projet de convention ne devrait pas traiter d'une question de fond aussi complexe que l'erreur, le Groupe de travail n'ayant pas encore pris de décision finale sur ce sujet; selon l'autre, les obligations envisagées au paragraphe 2 de l'article 14 de la première version du projet de convention (figurant dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.95) étaient considérées comme étant d'ordre réglementaire ou de droit public (A/CN.9/509, par. 108). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le problème soulevé dans la seconde objection pourrait être réglé en supprimant la référence à l'obligation de donner des moyens de corriger les erreurs et en envisageant uniquement les conséquences en droit privé de l'absence de ces moyens.

66 Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la possibilité d'une dérogation conventionnelle doit être mentionnée expressément ou si elle peut résulter d'une convention tacite, par exemple lorsqu'une partie passe commande par l'intermédiaire du système d'information automatisé du vendeur, en dépit du fait qu'il est évident pour elle que ce système n'offre pas la possibilité de corriger les erreurs de saisie.

67 Cette disposition traite des effets juridiques des erreurs commises par une personne physique communiquant avec un système d'information automatisé. Cette disposition est inspirée de l'article 22 de la Loi uniforme canadienne sur le commerce électronique. À la trente-neuvième session du Groupe de travail, il a été émis l'opinion qu'une disposition de ce type pourrait ne pas convenir dans le contexte d'opérations commerciales (c'est-à-dire des opérations qui ne font pas intervenir des consommateurs), car le droit général des contrats ne prévoyait pas toujours nécessairement le droit de résoudre un contrat en cas d'erreur importante. Le Groupe de travail a néanmoins décidé de la conserver en vue de l'examiner plus avant (A/CN/509, par. 110 et 111).

services éventuellement reçus à la suite de l'erreur, ou, si elle a reçu pour instruction de le faire, pour détruire ces biens ou ces services; et

[d) La personne n'a pas tiré d'avantage matériel, financier ou autre, des biens ou services éventuellement reçus de l'autre partie.][68]

Variante B

1. [Sauf convention contraire [expresse] des parties,][69] un contrat conclu par une personne accédant au système d'information automatisé d'une autre partie n'a pas d'effet juridique ni force exécutoire si la personne a commis une erreur dans un message de données et si le système d'information automatisé n'a pas donné à la personne la possibilité de prévenir ou de corriger l'erreur. La personne qui invoque l'erreur doit en aviser dans les meilleurs délais l'autre partie et lui signaler qu'elle a commis une erreur dans le message de données[70].

[2. Une personne ne peut invoquer une erreur en vertu du paragraphe 1:

a) Si elle n'a pas pris des mesures raisonnables, notamment des mesures conformes aux instructions de l'autre partie, pour rendre les biens ou services éventuellement reçus à la suite de l'erreur, ou, si elle a reçu pour instruction de le faire, pour détruire ces biens ou ces services; ou

b) Si elle a utilisé les biens ou services éventuellement reçus de l'autre partie ou en a tiré un avantage matériel, financier ou autre.][71]

[*Autres dispositions de fond que le Groupe de travail pourra souhaiter ajouter.*][72]

---

68 Les alinéas c) et d) ont été placés entre crochets parce qu'il a été dit, à la trente-neuvième session du Groupe de travail, que les questions qui y étaient traitées ne se limitaient pas à la formation des contrats et s'écartaient des conséquences de la résolution des contrats prévues dans certains systèmes juridiques (A/CN.9/509, par. 110).

69 Voir note 66.

70 Cette variante regroupe dans deux paragraphes les divers éléments qui figuraient dans les paragraphes 2 et 3 et les alinéas a) à d) de la première version du projet d'article (A/CN.9/WG.IV/WP.95), comme l'avait demandé le Groupe de travail (A/CN.9/509, par. 111).

71 Voir note 68.

72 Ces dispositions supplémentaires pourraient comprendre, en plus des conséquences en cas de non-respect par une personne des projets d'articles 11, 15 et 16, question que le Groupe de travail n'a pas encore examinée (A/CN.9/527, par. 103), d'autres questions traitées dans la législation sur le commerce électronique, telles que la responsabilité des fournisseurs de services d'information en cas de perte ou de retard dans la délivrance de messages de données.

CHAPITRE IV. DISPOSITIONS FINALES

[*Article X*
Déclarations relatives aux exclusions[73]

1. Tout État peut déclarer, lors du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, qu'il n'appliquera pas l'alinéa 1 b) de l'article premier de la présente Convention.][74]

2. Tout État peut déclarer, lors du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, qu'il n'appliquera pas la présente Convention aux matières indiquées dans sa déclaration.

3. Toute déclaration faite en application des paragraphes 1 et 2 du présent article prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de [six] mois à compter de la date à laquelle elle a été reçue par le dépositaire.]

Article Y
Communications régies par d'autres conventions internationales[75]

1. Sauf indication contraire dans une déclaration faite conformément au paragraphe 2 du présent article, un État partie à la présente Convention [peut déclarer à tout moment qu'il][76] s'engage à appliquer les dispositions [de l'article 7 et] du chapitre III[77] de la présente Convention à l'envoi [par l'intermédiaire de

---

[73] Le Groupe de travail n'a pas encore achevé ses délibérations sur les questions pouvant être exclues du champ d'application de l'avant-projet de convention en vertu du projet d'article 2 (A/CN.9/527, par. 83 à 98). Ce projet d'article est proposé comme une autre solution au cas où aucun consensus ne serait obtenu en ce qui concerne les questions pouvant être exclues.

[74] À sa quarante et unième session, le Groupe de travail a décidé d'examiner ultérieurement une disposition inspirée de l'article 95 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, qui autoriserait un État contractant à exclure l'application de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article premier (A/CN.9/528, par. 42).

[75] Ce projet d'article a pour objet de proposer une solution commune susceptible de remédier à certains des obstacles juridiques au commerce électronique qui résultent des instruments internationaux existants étudiés dans une note antérieure du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.94). À la quarantième session du Groupe de travail, il a été convenu d'une manière générale de procéder ainsi, dans la mesure où ces questions étaient communes, ce qui était à tout le moins le cas de la plupart de celles soulevées par les instruments mentionnés dans la variante A (voir A/CN.9/527, par. 33 à 48). Quant à la variante B, elle permettrait à un État contractant d'appliquer également, s'il le jugeait bon, le nouvel instrument à l'utilisation de messages de données dans le contexte d'autres conventions internationales. Ces deux variantes pourraient même être combinées (voir note 78).

[76] Le texte placé entre crochets vise à permettre une application plus souple de ce projet d'article car sans cette précision, on pourrait comprendre, à la lecture de la disposition, qu'un engagement en vertu du projet d'article doit être pris au moment de la signature, de la ratification ou de l'accession et ne peut intervenir ultérieurement. Si ces termes sont conservés, il faudra peut-être insérer aussi dans le projet d'article Y une disposition inspirée du paragraphe 3 du projet d'article X.

[77] La référence spécifique aux dispositions de fond du projet de convention figurant au chapitre III est destinée à éviter de laisser penser que les dispositions relatives au champ d'application du projet de convention pourraient avoir un effet sur la définition du champ d'application d'autres conventions internationales. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les dispositions du projet d'article 7, auxquelles il est fait référence entre crochets, conviennent aussi pour une application à titre subsidiaire (interprétative) dans le contexte d'autres conventions

messages de données] de toute communication, déclaration, mise en demeure, notification ou demande [, y compris une offre et l'acceptation d'une offre] que les parties sont tenues ou choisissent d'adresser en rapport avec ou conformément à...

Variante A

... l'un quelconque des accords ou des conventions internationaux ci-après auxquels cet État est partie contractante ou peut le devenir:

Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 14 juin 1974) et Protocole y relatif (Vienne, 11 avril 1980)

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 11 avril 1980)

Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 17 avril 1991)

Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit-stand-by (New York, 11 décembre 1995)

Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (New York, 12 décembre 2001)

Variante B

... tout accord ou convention international relatif à des matières de droit commercial privé auquel l'État est partie contractante et qui est indiqué dans la déclaration de cet État.][78]

2. Un État peut déclarer à tout moment qu'il n'appliquera pas la présente Convention [ou toute disposition particulière de celle-ci] aux contrats internationaux entrant dans le champ d'application [de l'une quelconque des conventions ci dessus.] [d'un ou de plusieurs accords, traités ou conventions internationaux auquel l'État est partie contractante et qui sont indiqués dans la déclaration de cet État.]

3. Toute déclaration faite en application du paragraphe 2 du présent article prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de [six] mois à compter de la date à laquelle elle a été reçue par le dépositaire.

[*Dispositions habituelles et autres dispositions finales que le Groupe de travail pourrait souhaiter ajouter.*]

---

internationales, ou si elles risquent d'interférer avec l'interprétation qui est actuellement faite de ces conventions.

78 Une troisième possibilité pourrait être de combiner les deux variantes de sorte que l'application du paragraphe 1 aux conventions énumérées se ferait sans préjudice du droit d'un État contractant à étendre l'application du nouvel instrument à l'utilisation de messages de données dans le contexte d'autres conventions internationales.

C. Note du Secrétariat sur les aspects juridiques du commerce électronique: contrats électroniques: informations de base, document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-deuxième session

(A/CN.9/WG.IV/WP.104 et Add.1 à 4) [Original: Anglais]

(A/CN.9/WG.IV/WP.104)

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-2

II. Questions relatives au lieu de situation des parties 3-26

A. Lieu de situation des systèmes d'information 9-17

B. Noms de domaine et adresses électroniques 18-20

C. L'indication de l'établissement doit-elle être obligatoire? 21-26

I. Introduction

1. La présente note rend compte de façon succincte des recherches menées par le secrétariat sur certaines des grandes questions que le Groupe de travail IV (Commerce électronique) a examinées dans le cadre de ses travaux sur un avant-projet de convention sur les contrats électroniques[1]. Elle a pour but de faciliter les délibérations de la quarante-deuxième session du Groupe de travail (Vienne, 17-21 octobre 2003).

2. Les questions traitées dans la présente note se rapportent essentiellement au lieu de situation des parties. Des notes complémentaires, portant sur d'autres questions telles que la qualification de l'intention des parties, le moment de l'expédition et de la réception des messages de données, l'authentification et l'attribution des messages de données, l'utilisation de systèmes d'information automatisés et la mise à disposition des clauses contractuelles, ainsi que d'autres informations, seront publiées dans des documents séparés.

[1] La première version de l'avant-projet de convention sur les contrats électroniques figure dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.95. Le Groupe de travail l'a examinée à ses trente-neuvième (New York, 11-15 mars 2002) et quarantième (Vienne, 14-18 octobre 2002) sessions. Il est rendu compte des débats de ces sessions dans les rapports correspondants (documents A/CN.9/509 et A/CN.9/527, respectivement). Une deuxième version de l'avant-projet figure dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.100, que le Groupe de travail a examiné à sa quarante et unième session (New York, 5-9 mai 2003). À cette session, dont le rapport a été publié sous la cote A/CN.9/528, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir une version révisée de l'avant-projet de convention pour examen à sa quarante-deuxième session. Ce texte figure dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.103.

II. Questions relatives au lieu de situation des parties

3. L'un des soucis majeurs du Groupe de travail, depuis qu'il examine les questions que soulèvent les contrats électroniques, est de renforcer la sécurité juridique et la prévisibilité, ce qui serait possible grâce à des règles uniformes permettant de déterminer plus facilement, entre autres, le caractère international ou national d'un contrat et le lieu de formation de celui-ci. Le Groupe de travail a estimé que, d'une manière générale, il serait souhaitable de formuler des dispositions internationales uniformes contenant des éléments qui permettent aux parties de connaître d'emblée le lieu de situation de leurs partenaires (A/CN.9/484, par. 103).

4. L'examen de cette question par le Groupe de travail a reposé sur la considération suivante: du fait du recours accru aux communications électroniques, il est encore plus important que les opérateurs soient fixés dans un délai raisonnable sur certaines questions essentielles concernant les contrats, comme celle de savoir si un contrat valide et ayant force exécutoire a été conclu et quelle est la loi qui le régit.

5. Le champ d'application de la plupart des conventions de droit commercial international se limite aux opérations "internationales". Diverses solutions ont été adoptées aux niveaux tant national qu'international pour définir le caractère "international" d'un contrat, allant de critères généraux, comme le fait que le contrat présente "des liens importants avec plusieurs États" ou se rattache "au commerce international", à des éléments plus spécifiques, comme le fait que les parties ont leur "établissement" ou leur résidence habituelle dans différents pays[2]. Lorsqu'une partie a plusieurs établissements, ces instruments mentionnent le lieu ayant la relation la plus étroite avec le contrat et son exécution[3].

6. Lorsque les parties à un contrat conclu sous forme électronique indiquent expressément le lieu de situation de leur établissement aux fins de ce contrat, cette indication doit être considérée comme un critère important, sinon comme le plus

---

[2] Voir, par exemple, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises ("Convention des Nations Unies sur les ventes") (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, n° 25567, p. 3, également consultable à l'adresse www.uncitral.org/french/texts/sales/CISG-f.htm), paragraphe 1 de l'article premier; la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises ("Convention des Nations Unies sur la prescription") (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1511, n° 26119, p. 3), article 2 a); et la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/50/640 et Corr.1, annexe), article 1 a). Voir également la Convention d'Unidroit sur le crédit-bail international, article 3-1 a) (www.unidroit.org/french/conventions/c-leas.htm) et la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international, article 2-1 a) (www.unidroit.org/french/conventions/c-fact.htm).

[3] Voir, par exemple, la Convention des Nations Unies sur les ventes, article 10 a); la Convention des Nations Unies sur la prescription, article 2 c); la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, article 4-2 a); la Convention d'Unidroit sur le crédit-bail international, article 3-2; et la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international, article 2-2.

important, pour déterminer si ce contrat est international ou non[4]. Cela étant, cette règle n'a guère d'intérêt lorsqu'une telle indication n'a pas été donnée.

7. Des difficultés peuvent également résulter des règles nationales sur les conflits de lois, qui utilisent souvent des notions figurant habituellement dans les conventions internationales ("établissement" ou lieu ayant "la relation la plus étroite avec le contrat ou son exécution", par exemple). D'autres problèmes peuvent également découler de règles de droit international privé mentionnant le lieu de conclusion d'un contrat comme facteur de rattachement, étant donné que le lieu de situation des parties ne ressort par forcément de manière évidente des communications électroniques que celles-ci échangent.

8. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail s'est demandé s'il existait des circonstances qui permettraient de déduire le lieu de situation de l'établissement à prendre en considération et d'établir une présomption juridique quant au lieu de situation d'une partie.

A. Lieu de situation des systèmes d'information

9. Même si les protocoles de transmission des communications électroniques n'indiquent pas d'ordinaire le lieu de situation des parties, ils contiennent souvent un certain nombre d'autres informations apparemment objectives, telles que des adresses de protocole Internet (adresses IP)[5], des noms de domaine[6] ou des informations relatives aux systèmes d'information intermédiaires. La question se pose donc de savoir quelle valeur il faut accorder, si tant est qu'il y ait lieu de le faire, à de telles informations pour déterminer le lieu de situation physique des parties.

10. Les études préparatoires réalisées par le secrétariat pour la première version de l'avant-projet de convention tendaient à montrer que le lieu de situation du matériel et de la technologie sur laquelle il reposait n'était peut-être pas un élément adéquat pour déterminer le lieu de situation des parties parce qu'il ne renseignait pas suffisamment sur les véritables parties au contrat et pouvait changer au fil du temps et que souvent cet élément n'était pas connu des parties ou n'était pas évident pour elles lorsqu'elles échangeaient des communications (A/CN.9/WG.IV/WP.95, par. 42). Il a également été souligné que la gestion et l'exploitation d'un système d'information pouvaient être entièrement sous-traitées ou assurées par un tiers. Ainsi, un contrat établi au nom du vendeur pouvait être automatiquement conclu avec l'acheteur par l'ordinateur du fournisseur d'accès à Internet hébergeant le site Web du vendeur. S'en remettre au lieu de situation du matériel pouvait donc avoir pour effet indésirable de rattacher un contrat à un lieu géographique qui, bien que lié à l'itinéraire suivi par les messages électroniques échangés par les parties, n'avait peut-être que peu de rapport, voire aucun, avec le lieu de situation effectif de

---

[4] Voir, par exemple, la Convention des Nations Unies sur les ventes.

[5] L'adresse de protocole Internet (adresse IP) est un numéro à 32 bits (ou 128 pour la version 6 du protocole Internet) permettant d'identifier chaque expéditeur ou destinataire d'informations envoyées par paquets via Internet.

[6] Un nom de domaine est un nom associé à une adresse IP numérique et constituant l'un des éléments d'une adresse universelle (URL).

ces dernières[7]. Un autre effet indésirable serait qu'une personne pourrait avoir un établissement différent selon qu'elle négociait un contrat par voie électronique ou par d'autres moyens[8]. D'une manière générale, le Groupe de travail a souscrit à cette analyse (A/CN.9/509, par. 50 et 57).

11. Il est toutefois concevable que le commerce électronique et la "nouvelle économie" puissent donner lieu à des activités menées entièrement ou principalement au moyen de systèmes d'information, sans établissement fixe[9] ou sans le moindre lien avec un emplacement physique sauf, par exemple, l'enregistrement de statuts dans un registre donné. Il a été avancé qu'il ne serait peut-être pas raisonnable d'appliquer à ces "sociétés virtuelles" les mêmes critères que ceux qui sont utilisés habituellement pour déterminer l'établissement d'une personne. Autrement dit, est-il souhaitable d'accorder une valeur juridique au lieu de situation du matériel et de la technologie sur lesquels repose le système d'information ou aux endroits à partir desquels un tel système est accessible pour déterminer où se trouve l'établissement d'une telle "société virtuelle"?

12. Pour l'instant, le Groupe de travail ne semble pas désireux de s'écarter des critères actuels concernant la notion d'"établissement" (A/CN.9/509, par. 51 à 54 et 56 à 59; A/CN.9/528, par. 93). Cela étant, la question des "établissements virtuels" n'a pas encore été examinée de manière approfondie. À cet égard, le Groupe de travail pourrait prendre note des travaux annexes qui ont été menés par d'autres organisations.

13. La question du lieu de situation des entités offrant des biens et des services par des moyens électroniques a été étudiée par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) dans le cadre de ses travaux sur les aspects internationaux de la fiscalité. Le 22 décembre 2000, le Comité des affaires fiscales de l'OCDE a adopté des modifications aux commentaires sur l'article 5 du Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune ("Modèle de convention fiscale de l'OCDE") pour régler la question de l'application de la définition de l'établissement stable, telle qu'elle figure dans le Modèle de convention fiscale, dans le contexte du commerce électronique[10].

---

[7] La nécessité d'appliquer les mêmes définitions que celles utilisées pour les opérations hors ligne est également mentionnée en ces termes dans la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (*Journal officiel des Communautés européennes* n° L 178 du 17/07/2000, p. 0001-0016):

"Le lieu d'établissement d'un prestataire devrait être déterminé conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, selon laquelle le concept d'établissement implique l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable et pour une durée indéterminée; […] le lieu d'établissement d'une société fournissant des services par le biais d'un site Internet n'est pas le lieu où se situe l'installation technologique servant de support au site ni le lieu où son site est accessible, mais le lieu où elle exerce son activité économique."

[8] Le risque de créer un régime double en fonction des techniques utilisées, constituait l'une des principales préoccupations exprimées par la Chambre de commerce internationale concernant les travaux actuels de la CNUDCI sur les contrats électroniques (voir les documents A/CN.9/WG.IV/WP.96 et A/CN.9/WG.IV/WP.101).

[9] Thibault Verbiest et Maxime Le Borne, "*Le fonds de commerce virtuel: une réalité juridique?*" (www.droit-technologie.org), 24 mai 2002.

[10] Organisation de coopération et de développement économiques, *Clarification pour l'application*

14. Le Comité des affaires fiscales de l'OCDE relève que, même si un site où un équipement automatique est exploité par une entreprise "peut constituer un établissement stable dans le pays où il est situé", une distinction doit être faite "entre l'équipement informatique, qui pourrait être installé sur un site de façon à constituer un établissement stable dans certaines circonstances, et les données et le logiciel qui sont utilisés par cet équipement ou stockés dans celui-ci". Selon cette interprétation, un site Web, qui est une combinaison de logiciels et de données électroniques, "n'implique en soi aucun bien corporel. Il n'a donc pas d'emplacement qui puisse constituer une 'installation d'affaires' car il n'existe pas une 'installation telle que des locaux ou, dans certains cas, des machines ou de l'outillage' […] en ce qui concerne le logiciel et les données constituant ce site Web". En revanche, le Comité souligne que "le serveur sur lequel le site Web est hébergé et par l'intermédiaire duquel il est accessible est un élément d'équipement ayant une localisation physique et cette localisation peut donc constituer une 'installation fixe d'affaires' de l'entreprise qui exploite ce serveur"[11].

15. La distinction entre un site Web et le serveur sur lequel il est hébergé et utilisé est justifiée comme suit:

> "[...] l'entreprise qui exploite le serveur peut être différente de celle qui exerce son activité par l'intermédiaire du site Web. Par exemple, il est courant que le site Web par l'intermédiaire duquel une entreprise exerce son activité soit hébergé sur le serveur d'un fournisseur de services sur l'Internet (FSI). Bien que la rémunération versée au FSI en vertu de ces accords puisse être calculée en fonction de la quantité d'espace de disque utilisée pour stocker le logiciel et les données requises par le site Web, ces contrats n'ont pas généralement pour effet de mettre le serveur et son emplacement à la disposition de l'entreprise [...], même si l'entreprise a été en mesure de déterminer que son site Web devrait être hébergé sur un serveur particulier situé dans un endroit particulier. En l'occurrence, l'entreprise n'a même pas de présence physique à cet endroit puisque le site Web n'est pas un bien corporel. Dans ces cas, l'entreprise ne peut pas être considérée comme ayant acquis une installation d'affaires en vertu de cet accord d'hébergement. Toutefois, si l'entreprise exerçant une activité par l'intermédiaire d'un site Web a le serveur à sa disposition, par exemple si elle possède (ou loue) et exploite le serveur sur lequel le site Web est logé et utilisé, l'endroit où ce serveur est situé peut constituer un établissement stable de l'entreprise si les autres conditions [de l'article 5 du Modèle de convention fiscale][12] sont remplies."

---

de la définition d'établissement stable dans le cadre du commerce électronique: modifications des commentaires sur l'article 5 (disponible à l'adresse www.oecd.org/dataoecd/46/33/1923388.pdf, consultée pour la dernière fois le 3 septembre 2003).

[11] Ibid., par. 42.2.

[12] Les paragraphes 1, 2 et 4 de l'article 5 ("Établissement stable") du Modèle de convention fiscale se lisent comme suit:

"1. Au sens de la présente Convention, l'expression 'établissement stable' désigne une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité.

2. L'expression 'établissement stable' comprend notamment:

a) un siège de direction;

b) une succursale;

c) un bureau;

16. Pour faire la distinction entre un site Web et le serveur sur lequel il est hébergé, le Comité des affaires fiscales de l'OCDE souligne qu'il importe de déterminer le lieu où une entreprise commerciale exerce ses fonctions essentielles, par opposition à ses activités auxiliaires (consistant, par exemple, à assurer un lien de communication entre fournisseurs et clients, faire la publicité de biens ou services, relayer des informations à l'aide d'un serveur miroir à des fins de sécurité et d'efficience, collecter des données sur le marché pour le compte de l'entreprise ou fournir des informations). À ce sujet, il précise ce qui suit:

> "42.9 La détermination des fonctions essentielles d'une entreprise donnée dépend à l'évidence de la nature des activités exercées par cette entreprise. À titre d'exemple, certains fournisseurs de services sur l'Internet (FSI) exploitent leurs propres serveurs dans le but d'héberger des sites Web ou d'autres applications pour le compte d'autres entreprises. Pour ces FSI, l'exploitation de leurs serveurs en vue de fournir des services à des clients constitue une composante essentielle de leur activité commerciale et ne saurait être considérée comme étant préparatoire ou auxiliaire. Un autre exemple est celui d'une entreprise (parfois appelée "cybermarchand") qui se consacre à la vente de produits via l'Internet. Dans ce cas, l'entreprise n'a pas pour activité d'exploiter des serveurs, et le simple fait qu'elle puisse le faire à un endroit donné n'est pas suffisant pour conclure que les activités exercées à cet endroit sont davantage que des activités préparatoires et auxiliaires. Dans pareil cas, il convient d'examiner la nature des activités exercées à cet endroit à la lumière de l'activité générale de l'entreprise. Si ces activités sont simplement préparatoires ou auxiliaires au regard de la vente de produits via l'Internet (par exemple, l'endroit est utilisé pour exploiter un serveur qui héberge un site Web, lequel, comme c'est souvent le cas, est utilisé exclusivement pour la publicité, l'affichage d'un catalogue de produits ou la fourniture d'informations aux clients potentiels), [...] l'endroit en question ne constitue pas un établissement stable. Si, toutefois, les fonctions typiques liées à une

---

d) une usine;

e) un atelier; et

f) une mine, un puits de pétrole ou de gaz, une carrière ou tout autre lieu d'extraction de ressources naturelles.

[...]

4. Nonobstant les dispositions précédentes du présent article, on considère qu'il n'y a pas 'établissement stable' si:

a) il est fait usage d'installations aux seules fins de stockage, d'exposition ou de livraison de marchandises appartenant à l'entreprise;

b) des marchandises appartenant à l'entreprise sont entreposées aux seules fins de stockage, d'exposition ou de livraison;

c) des marchandises appartenant à l'entreprise sont entreposées aux seules fins de transformation par une autre entreprise;

d) une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins d'acheter des marchandises ou de réunir des informations, pour l'entreprise;

e) une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins d'exercer, pour l'entreprise, toute autre activité de caractère préparatoire ou auxiliaire;

f) une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins de l'exercice cumulé d'activités mentionnées aux alinéas a) à e), à condition que l'activité d'ensemble de l'installation fixe d'affaires résultant de ce cumul garde un caractère préparatoire ou auxiliaire.

[...]."

vente sont exercées à cet endroit (par exemple, si la conclusion du contrat avec le client, le traitement du paiement et la livraison des produits sont effectués automatiquement par l'intermédiaire de l'équipement situé à cet endroit), ces activités ne peuvent pas être considérées comme étant simplement préparatoires ou auxiliaires."

17. Les éclaircissements ci-dessus font apparaître les conditions restrictives dans lesquelles un serveur peut être considéré comme un établissement stable à des fins fiscales. Bien que le terme "établissement", tel qu'il est généralement défini en droit privé, ne coïncide pas nécessairement avec la notion d'"établissement" utilisée en droit fiscal national et international, le Groupe de travail pourrait toutefois examiner dans quelle mesure les éclaircissements fournis par le Comité des affaires fiscales de l'OCDE contiennent des éléments susceptibles d'être utiles dans le contexte de l'article 7 de l'avant-projet de convention.

B. Noms de domaine et adresses électroniques

18. Une autre question connexe est celle de savoir dans quelle mesure l'adresse à partir de laquelle les messages électroniques ont été envoyés pourrait être prise en considération pour déterminer le lieu de situation d'une partie, de sorte que dans le cas d'adresses comportant des noms de domaine liés à un pays donné (se terminant par exemple par ".at" pour l'Autriche ou ".nz" pour la Nouvelle-Zélande), la partie pourrait être présumée avoir son établissement dans ce pays.

19. Au cours des délibérations du Groupe de travail, il a été indiqué que, dans certains pays, un nom de domaine n'était attribué à une personne qu'après vérification de l'exactitude des informations que celle-ci avait fournies et notamment de sa présence dans le pays auquel le nom de domaine demandé était rattaché. Dans le cas de ces pays, il pourrait être justifié de se fier, au moins en partie, aux noms de domaine pour déterminer le lieu de situation d'une partie (A/CN.9/509, par. 58). En revanche, dans les pays où aucune vérification de ce type n'avait lieu, une adresse électronique ou un nom de domaine ne pouvait être automatiquement considéré comme l'équivalent fonctionnel de la situation physique de l'établissement d'une partie[13]. De plus, il était courant dans certains secteurs que des sociétés offrent des biens et des services par l'intermédiaire de divers sites Web régionaux ayant des noms de domaine liés à des pays où ces sociétés n'avaient pas d'"établissement" au sens classique du terme. En outre, les marchandises commandées sur l'un quelconque de ces sites Web pouvaient être livrées à partir

---

[13] Selon l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), la responsabilité d'attribuer les noms de domaine de premier niveau comprenant un code de pays est confiée à des administrateurs désignés qui gèrent ces codes conformément à des politiques locales conçues pour répondre au mieux à la situation économique, culturelle, linguistique et juridique du pays ou territoire concerné (www.icann.org/tlds/). Il va de soi que chaque pays met au point ses propres règles détaillées concernant l'attribution de noms de domaine sur son territoire. Ainsi, le système suédois d'enregistrement de noms de domaine exigerait que l'entreprise prouve qu'elle a droit au nom de domaine demandé et qu'elle a un lien avec le pays, tandis que d'autres systèmes plus "libéraux", tel le système allemand, demandent seulement qu'un "interlocuteur" soit présent dans le pays (voir Frederik Roos, "'First come, not served': domain name regulation in Sweden", *International Review of Law Computers and Technology*, vol. 17, n° 1, p. 70).

d'entrepôts destinés à approvisionner une région particulière pouvant être située physiquement dans un pays autre que ceux liés aux noms de domaine en cause.

20. Le Groupe de travail pourrait étudier plus avant le rôle éventuel que les noms de domaine et les adresses électroniques pourraient jouer pour établir des présomptions quant au lieu de situation d'une partie et la manière dont une telle présomption devrait être formulée pour tenir compte des divers systèmes et pratiques nationaux d'attribution des noms de domaine. Un cas particulier qu'il devra garder à l'esprit est l'utilisation de noms de domaine de premier niveau "génériques"[14] tels que ".com" ou ".net". Les noms de domaine et les adresses électroniques de ce type ne sont rattachés à aucun pays particulier, ce qui est possible du fait que le système d'attribution de noms de domaine aux sites Internet n'a pas été conçu dans une optique strictement géographique.

C. L'indication de l'établissement doit-elle être obligatoire?

21. Il ressort de ce qui précède que les informations accessoires relatives aux messages électroniques, comme les adresses IP, les noms de domaine ou l'emplacement géographique des systèmes d'information, peuvent n'avoir qu'un intérêt limité pour déterminer le lieu de situation physique des parties.

22. L'une des solutions envisagées par le Groupe de travail est d'obliger les parties à des opérations électroniques à indiquer expressément le lieu de leur établissement, comme le prévoient actuellement les articles 7-1 et 11-1 b) de l'avant-projet de convention. Cette proposition a toutefois suscité un certain nombre d'interrogations, concernant par exemple le risque qu'une telle obligation, qui n'existe pas dans le cas d'opérations internationales reposant sur le papier, n'aboutisse à une dualité de régimes juridiques (voir A/CN.9/509, par. 63). On s'est interrogé également sur le type de conséquences juridiques que pourraient avoir l'absence ou l'inexactitude de ces informations et sur la manière dont un instrument international uniforme relatif aux contrats électroniques pourrait traiter cette question sans empiéter indûment sur les dispositions sous-jacentes du droit des contrats (A/CN.9/509, par. 44 à 50 et 62 à 65; A/CN.9/528, par. 83 à 91).

23. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, bien qu'il n'y ait aucune obligation analogue dans la Convention des Nations Unies sur les ventes, un certain nombre d'autres instruments contiennent des dispositions prévoyant l'obligation, pour les parties, d'indiquer le lieu de leur établissement. C'est le cas, par exemple, de la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer ("Règles de Hambourg")[15], dans son article 15-1 c), et – au moins implicitement – de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (résolution 50/48 de l'Assemblée générale, annexe), dans son article 4-1. Ces dispositions se rapportent certes aux indications à fournir dans certains documents devant être délivrés en vertu de ces conventions, mais il ne semble pas y avoir à priori de raison de ne pas faire figurer des règles analogues

---

[14] Les noms de domaine de premier niveau "génériques" sont enregistrés directement auprès des conservateurs de registre accrédités par l'ICANN (pour de plus amples renseignements sur ce système, voir le site www.iana.org/cctld/cctld.htm).

[15] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1695, n° 29215, p. 3.

dans l'avant-projet de convention, d'autant que son article 11 porte sur les informations devant accompagner les opérations commerciales.

24. Le non-respect du projet d'article 11 par une partie ne doit pas nécessairement entraîner la nullité ou l'inexécutabilité de l'opération, ce qui, a-t-on dit, serait "indésirable" et constituerait une "immixtion déraisonnable" (A/CN.9/509, par. 63). L'article 15-3 des Règles de Hambourg, par exemple, prévoit explicitement que le défaut, sur le connaissement, d'une ou plusieurs des indications demandées "n'affecte pas la nature juridique du document qui demeure un connaissement à condition toutefois de satisfaire aux conditions exigées". D'autres types de conséquences pourraient cependant être prévues pour que l'article 11 de l'avant-projet de convention ait un effet utile.

25. On pourrait envisager un type de conséquences se rapportant au champ d'application du projet de convention. Ainsi, une partie n'indiquant pas le lieu de son établissement pourrait être présumée avoir accepté de soumettre le contrat au régime du projet de convention si l'autre partie est située dans un État contractant et que la loi applicable est celle d'un État contractant. Cette solution ne serait bien sûr efficace que si les parties étaient convenues d'appliquer la Convention, même si elles ne se trouvaient pas toutes deux dans des États contractants, possibilité que le Groupe de travail n'a pas encore examinée de manière exhaustive (A/CN.9/528, par. 43 et 44).

26. On peut trouver dans la jurisprudence d'autres conséquences juridiques possibles lorsqu'une partie omet, de manière délibérée ou par inadvertance, de faire connaître le lieu de son établissement. Dans une affaire récente, un tribunal des États-Unis d'Amérique a confirmé la validité de la notification d'un acte de procédure adressée par voie électronique à une entreprise étrangère au motif que cette dernière avait organisé son activité de telle manière qu'il n'était possible de la joindre que par courrier électronique et qu'elle n'avait indiqué aucune adresse géographique facile à trouver[16]. Cette solution n'est peut-être pas facilement transposable au contexte d'un instrument de droit commercial international. Cela

[16] *Rio Properties, Inc. c. Rio International Interlink*, Cour d'appel de la neuvième circonscription judiciaire des États-Unis d'Amérique, 17 janvier 2002 (284 F.3d 1007). Cette affaire portait sur plusieurs actions en contrefaçon de la marque engagées par une entreprise américaine contre une entreprise commerciale étrangère fonctionnant par Internet. Après plusieurs tentatives de notification infructueuses faites par les moyens traditionnellement utilisés aux États-Unis d'Amérique, le requérant a déposé une requête d'urgence tendant à ce que la notification se fasse par courrier électronique, moyen de communication qui avait été reconnu comme étant celui que le défendeur préférait. Le tribunal de première instance a fait droit à cette requête. Il a prononcé un jugement par défaut à l'encontre du défendeur pour ne s'être pas conformé à ses ordonnances de communication d'informations. En appel, le défendeur a contesté le caractère suffisant de la notification faite par courrier électronique et courrier ordinaire conformément à l'article 4 f) 3 du code fédéral de procédure civile. Cet article permet d'effectuer la notification dans un lieu non situé dans une circonscription judiciaire des États-Unis d'Amérique, par tout moyen non interdit par un accord international que le tribunal peut choisir. La cour d'appel a conclu que la notification par courrier électronique était non seulement appropriée – c'est-à-dire qu'elle était raisonnable pour signifier au défendeur l'action engagée et qu'elle lui donnait la possibilité de répondre – mais qu'il s'agissait en l'espèce du mode de notification grâce auquel il y avait le plus de chances de le joindre. La cour a noté à cet égard que celui-ci avait organisé ses activités de telle manière qu'il n'était possible de le joindre que par courrier électronique, et qu'il ne fournissait aucune adresse géographique facile à trouver mais indiquait son site Web et dans sa documentation qu'il préférait qu'on le contacte par courrier électronique.

étant, cette voie jurisprudentielle indique le type de conséquence juridique que le Groupe de travail pourrait envisager, à savoir le fait que les parties qui ne font pas connaître par ailleurs le lieu de leur établissement seraient présumées accepter de recevoir des messages ou des notifications d'actes de procédure par l'intermédiaire d'un système d'information donné.

(A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.1)

Note du Secrétariat sur les aspects juridiques du commerce électronique: contrats électroniques: informations de base, document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-deuxième session

Additif

Table des matières

Paragraphes

III. Questions liées à l'utilisation de messages de données dans les contrats internationaux. 1-17

A. Qualification de l'intention des parties: offres et invitations à l'offre 2-17

1. "Offres" et "publicités" dans le commerce électronique. 4-7

2. Le débat au sein du Groupe de travail 8-10

3. Décisions judiciaires sur des cas particuliers. 11-17

III. Questions liées à l'utilisation de messages de données dans les contrats internationaux

1. Le présent chapitre traite de deux séries de questions générales relatives à la formation des contrats par des moyens électroniques. La section A ci-dessous examine comment les notions traditionnelles d'offre et d'acceptation peuvent être appliquées à la négociation de contrats par voie électronique. La section B, publiée dans un autre additif (A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.2), examine des questions touchant à la localisation temporelle des communications, notamment de la réception et de l'expédition de l'offre et de l'acceptation.

A. Qualification de l'intention des parties: offres et invitations à l'offre

2. Le paragraphe 1 de l'article 14 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises ("la Convention des Nations Unies sur les ventes")[1] dispose qu'une proposition de conclure un contrat adressée à une ou plusieurs personnes déterminées constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. Le paragraphe 2 de cet article prévoit en revanche qu'une proposition adressée à des personnes indéterminées est considérée seulement comme une invitation à l'offre, à moins que la personne qui a fait la proposition n'ait clairement indiqué le contraire.

[1] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, n° 25567, p. 3 (également accessible à l'adresse www.uncitral.org/french/texts/sales/CISG-F.htm).

3. Dans un environnement papier, les publicités dans les journaux, à la radio et à la télévision, les catalogues, les brochures et les barèmes de prix sont généralement considérés comme des invitations à soumettre des offres (y compris, d'après certains auteurs, lorsqu'ils s'adressent à un groupe précis de consommateurs), car en pareil cas l'intention d'être lié est jugée absente[2].

1. "Offres" et "publicités" dans le commerce électronique

4. Si on transpose dans un environnement électronique la notion d'"offre" telle qu'employée dans la Convention des Nations Unies sur les ventes, une société qui fait de la publicité pour ses biens ou ses services sur Internet ou sur d'autres réseaux ouverts devrait être considérée comme invitant seulement les personnes qui ont accès à son site à soumettre des offres. Par conséquent, une offre de biens ou de services par l'intermédiaire d'Internet ne constituerait pas à première vue une offre irrévocable[3].

5. Le problème qui peut se poser dans ce contexte est de savoir comment trouver un équilibre entre, d'une part, l'intention éventuelle (ou l'absence d'intention) d'un commerçant d'être lié par une offre et, d'autre part, la protection des parties se fiant à cette offre de bonne foi. Grâce à Internet, il est possible d'envoyer des informations précises à un nombre presque illimité de personnes et la technologie actuelle permet de conclure des contrats presque instantanément ou du moins donne l'impression qu'un contrat a été ainsi conclu.

6. Certains auteurs estiment que le concept d'"invitation à entrer en pourparlers" ne peut probablement pas être transposé sans discernement dans un environnement Internet. Un critère possible de distinction entre une offre irrévocable et une invitation à entrer en pourparlers peut se fonder sur la nature des applications utilisées par les parties. Il a été proposé, dans la doctrine sur les contrats électroniques, de distinguer entre les sites Web offrant des biens ou des services par l'intermédiaire d'applications interactives et ceux qui utilisent des applications non interactives. Lorsqu'un site Web donne uniquement des informations sur une société et ses produits et que les contacts éventuels avec les clients potentiels ne sont pas

---

[2] John Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 2e éd. (Kluwer, Deventer, 1991), p. 195 et 196; Ernst von Caemmerer et Peter Schlechtriem, *Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht*, 2e éd. (Munich, 1995), art. 14, n° 13 à 15, p. 144 à 146; Peter Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods* (CISG) (Clarendon Press, Oxford, 1998), art. 14, n° 13 à 15, p. 111 et 112; Heinrich Honsell, éd., *Kommentar zum UN-Kaufrecht* (Springer, Berlin/Heidelberg/New York, 1997) art. 14, n° 17 à 19, p. 121; Fritz Enderlein et Dietrich Maskow, *International Sales Law* (Oceana, New York/Londres/Rome, 1992), p. 83; et María del Pilar Perales Viscasillas, *La formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías* (Valencia, 1996), p. 289. Quelques commentateurs affirment toutefois que les catalogues envoyés par courrier à des destinataires nommément désignés pourraient être assimilés à des offres irrévocables, car ceux-ci ne peuvent être considérés comme ayant été adressés à des "personnes indéterminées" (Vincent Heuzé, *La vente internationale de marchandises* (L.G.D.J., Paris, 2000), n° 175, p. 156; voir aussi Bernard Audit, *La vente internationale de marchandises* (L.G.D.J., Paris, 1990), n° 62, p. 58; et Jean Thieffry et Chantal Granier, *La vente internationale*, 2e éd. (Centre français du commerce extérieur, Paris, 1992), p. 89).

[3] Jens Werner, "E-Commerce.CO.UK: local rules in a global net: online business transactions and the applicability of traditional English contract law rules", *International Journal of Communications Law and Policy*, n° 6, winter 2000/2001, p. 5.

établis à l'aide de ce support électronique, il n'y aurait guère de différence avec une publicité classique. En revanche, lorsqu'un site Web sur Internet utilise des applications interactives, il peut alors permettre de négocier et de conclure immédiatement un contrat (voire de l'exécuter tout de suite lorsqu'il porte sur des biens virtuels). D'après la doctrine sur le commerce électronique, ces applications interactives pouvaient être assimilées à une offre "qui reste valable jusqu'à épuisement des stocks", et non à une "invitation à entrer en pourparlers"[4].

7. Cette opinion, du moins à première vue, s'inscrit dans le droit fil de la doctrine concernant les opérations traditionnelles. En effet, la notion d'offre au public qui lie son auteur "jusqu'à épuisement des stocks" est également reconnue pour les opérations de vente internationale[5]. Toutefois, la portée potentiellement illimitée d'Internet ainsi que le risque d'erreurs dans les communications électroniques – en particulier dans l'affichage sur un site Web des prix et d'autres informations concernant le produit –, aggravé par l'utilisation de fonctions de réponse automatiques qui ne permettent pas de se relire et de corriger les erreurs, incitent apparemment à la prudence[6].

2. Le débat au sein du Groupe de travail

8. Il s'agit là en définitive d'une question de répartition des risques. Le vendeur devrait-il être lié par son "offre" parce qu'il a donné l'impression que cette offre était irrévocable et n'a pas indiqué le contraire ou l'acheteur devrait-il supporter le risque de renoncer éventuellement à d'autres bonnes affaires parce qu'il s'est fié à ce qui semblait être une offre irrévocable?

9. L'objectif de renforcement de la sécurité juridique dans les opérations internationales est invoqué pour justifier le fait qu'une présomption d'intention irrévocable soit associée par défaut à l'utilisation d'applications interactives. Il a été dit que les parties répondant à des offres de biens ou de services faites par l'intermédiaire d'applications interactives utilisées pour la conclusion de contrats pourraient être amenées à supposer que ces offres étaient fermes et qu'en passant une commande elles concluraient à ce moment là un contrat valide et exécutoire. Ces parties devraient pouvoir se fier à une telle hypothèse raisonnable étant donné les conséquences économiques considérables que pourrait avoir l'impossibilité d'exécuter le contrat, en particulier dans le cas d'ordres d'achat portant sur des titres, des produits de base ou d'autres articles dont les cours sont très fluctuants. Une règle par défaut pourrait contribuer à accroître la transparence des pratiques commerciales en encourageant les entreprises à indiquer clairement si elles acceptaient ou non d'être liées par l'acceptation d'offres de biens ou de services ou

---

[4] Christoph Glatt, "Comparative issues in the formation of electronic contracts", *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 6, spring 1998, p. 50.

[5] Von Caemmerer et Peter Schlechtriem, op. cit., p. 144; del Pilar Perales Viscasillas, op. cit., p. 295 et exemple sur la législation espagnole donné dans la note 41.

[6] Werner (op. cit., p. 5) souligne l'importance pratique de la distinction entre les invitations à entrer en pourparlers et les offres dans l'exemple suivant: "E-Tailer Argos a proposé par erreur un téléviseur Sony pour 3 livres au lieu de 299,99 livres. Les personnes ayant repéré la bonne affaire ont passé de nombreuses commandes qui constitueraient une acceptation (laquelle entraînerait la formation d'un contrat) si la publicité diffusée par Argos sur le Web pouvait être considérée comme une offre véritable."

si elles adressaient seulement des invitations à faire des offres (A/CN.9/509, par. 81).

10. Selon l'opinion contraire, une telle présomption serait préjudiciable aux vendeurs détenant un stock limité de marchandises données, s'ils étaient tenus de satisfaire toutes les commandes reçues d'un nombre potentiellement illimité d'acheteurs. Il a également été affirmé que ce type de règle pourrait être contraire à la pratique commerciale, étant donné que les sociétés offrant des biens ou des services sur Internet indiquent fréquemment sur leur site Web qu'elles ne sont pas liées par ces publicités (A/CN.9/509, par. 82; voir aussi A/CN.9/528, par. 116 et 117).

3. Décisions judiciaires sur des cas particuliers

11. Afin d'examiner plus facilement les implications d'une décision dans un sens ou dans l'autre, le Groupe de travail souhaitera peut-être prendre note des principes qui ont été posés par les juridictions nationales dans ce domaine. D'une manière générale, les décisions judiciaires récentes dans des affaires concernant des offres de biens meubles corporels faites sur Internet semblent confirmer cette interprétation[7]. Toutefois, d'autres affaires montrent apparemment que certains types d'activités commerciales menées via Internet nécessitent peut-être des règles particulières, comme on le verra ci-après.

a) Conventions d'achat au clic ("click-wrap" agreements)

12. Le premier groupe de décisions judiciaires a trait aux conventions dites d'achat au clic ("*click-wrap" agreements*) aux États-Unis d'Amérique. La plupart des affaires – sinon toutes – concernent des contrats conclus avec des fournisseurs d'accès à Internet ou des achats en ligne de logiciels ou d'autres informations numériques par l'intermédiaire de sites Web permettant de se connecter immédiatement à de tels fournisseurs ou de télécharger des logiciels en ligne[8]. Les utilisateurs voyaient généralement s'afficher sur leur écran d'ordinateur des messages leur demandant de manifester leur acceptation des conditions de l'accord de licence en cliquant sur une icône. Ils ne pouvaient obtenir ou utiliser les produits qu'après avoir cliqué sur cette icône. La principale question posée dans ces affaires

---

[7] Amtsgericht Butzbach, Décision n° 51 C 25/02 (71), 14 juin 2002, *JurPC-Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 348/2002 (www.jurpc.de/rechtspr/20020348.htm); Oberlandesgericht Frankfurt, 20 novembre 2002, *JurPC-Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 91/2003 (www.jurpc.de/rechtspr/20030091.htm); Amtsgericht Westerburg, Décision n° 21 C 26/03, 14 mars 2003, *JurPC-Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 184/2003 (www.jurpc.de/rechtspr/20030184.htm); et Landgericht Köln, Décision n° 9 S 289/02, 16 avril 2003, *JurPC-Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 138/2003 (www.jurpc.de/rechtspr/20030138.htm) (pages consultées le 9 septembre 2003).

[8] Voir *Lawrence Groff v. America Online, Inc.*, Superior Court of Rhode Island, 27 mai 1998, LEXIS 46 (R.I. Super., 1998) (legal.web.aol.com/decisions/dlother/groff.html, page consultée le 3 septembre 2003); *Hotmail Corp. v. Van$ Money Pie*, United States District Court for the Northern District of California, 16 avril 1998, U.S. Dist. LEXIS 10729 (U.S. Dist., 1998); *Steven J. Caspi, et al. v. The Microsoft Network, L.L.C., et al.*, Superior Court of New Jersey, Appellate Division, 2 juillet 1999 (New Jersey Superior Court Reports, vol. 323, p. 118); et *I. Lan Systems, Inc. v. Netscout Service Level Corp.*, United States District Court, District of Massachusetts, 2 janvier 2002 (Federal Supplement, 2nd series, vol. 183, p. 328).

était de savoir si les clauses contractuelles censément incorporées par référence avaient force exécutoire et dans quelles conditions un consommateur pouvait être valablement lié par ces clauses. Si les décisions n'avaient pas directement trait à la nature de l'offre formulée par le vendeur (à savoir s'il s'agissait d'une offre véritable ou d'une simple invitation à entrer en pourparlers), le raisonnement suivi par les juridictions dans ces affaires se fonde sur une certaine interprétation de la nature des communications dont il est possible d'inférer le caractère de l'"offre" en question.

13. Tout d'abord, les juridictions qui à ce jour ont connu d'affaires concernant des conventions d'achat au clic, même celles qui n'ont pas reconnu le caractère exécutoire de ces conventions ou de certaines de leurs clauses seulement à l'encontre des consommateurs[9], n'ont pas mis en doute l'intention du vendeur d'être lié par l'offre de logiciels ou de produits similaires faite sur Internet. Ensuite, si certaines juridictions ont douté de l'efficacité de l'opération consistant à cliquer sur une icône ou sur le bouton "j'accepte" pour accepter les clauses des accords de licence proposés par le vendeur, elles n'ont pas exigé de ce dernier qu'il accomplisse un acte subséquent pour qu'un contrat puisse être conclu. Les juridictions n'ont pas non plus nié l'existence d'un contrat au motif que l'action du consommateur constituait une offre contractuelle devant être acceptée par le vendeur. En fait, il est implicite dans leur raisonnement que, du moins en théorie, un contrat valide pourrait être formé dès que le consommateur a valablement indiqué son intention d'acheter le logiciel. Les juridictions n'ont pas considéré le client comme l'auteur effectif de l'offre et ont clairement – mais pas expressément – traité les offres faites sur des sites Web comme un engagement liant le vendeur et non comme une simple invitation à entrer en pourparlers.

14. On peut affirmer, même si les juridictions ne l'indiquent pas dans leurs décisions, que la possibilité de livrer ou d'utiliser immédiatement les produits ou les services offerts était un facteur décisif qui a conduit les juges à considérer l'action du consommateur comme entraînant la formation du contrat sans qu'aucune "acceptation" subséquente du vendeur ne soit requise. Le Groupe de travail souhaitera peut-être néanmoins examiner dans quelle mesure d'autres situations pourraient être traitées de la même manière.

b) Enchères sur Internet

15. Le deuxième groupe de décisions judiciaires a trait aux enchères sur Internet, que celles-ci soient destinées au grand public ou aux professionnels. Dans une ancienne affaire, un tribunal régional allemand a considéré qu'une personne offrant des biens par l'intermédiaire d'un site d'enchères sur une plate-forme Internet n'avait pas fait une offre irrévocable mais avait simplement adressé une invitation à présenter des offres concernant ces biens durant une période déterminée[10]. Cette décision a ensuite été infirmée par la cour d'appel, qui a estimé que l'exposition de

---

[9] Par exemple, *Specht. v. Netscape Communications Corp.*, Federal Supplement, 2nd series, vol. 150, p. 585, décision confirmée dans *Specht. v. Netscape Communications Corporation and America Online, Inc.*, United States Court of Appeals for the Second Circuit, 1er octobre 2002, Federal Reporter, 3rd series, vol. 306, p.17.

[10] Landgericht Münster, Décision n° 4 O 424/99, 21 janvier 2000, *JurPC-Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 60/2000 (www.jurpc.de/rechtspr/20000060.htm, page consultée le 1er septembre 2003).

biens en vue de leur vente aux enchères sur une plate-forme Internet constituait plus qu'une invitation à entrer en pourparlers et devait être considérée comme une offre contractuelle irrévocable[11]. Cette offre n'était pas un engagement sans restriction d'accepter un nombre illimité d'offres, puisque celui-ci était limité à l'acceptation de l'offre la plus élevée restant à la fin de la période d'enchères. Le processus de vente aux enchères par voie électronique permettait de déterminer le prix avec suffisamment de précision, si bien que tous les éléments essentiels d'une offre irrévocable de conclure un contrat de vente étaient présents.

16. Cette interprétation a été suivie par d'autres juridictions allemandes[12] et a également été confirmée par la Cour fédérale (*Bundesgerichtshof*), qui a expressément posé le principe selon lequel une offre de biens en vue de leur vente aux enchères sur Internet dans laquelle il était indiqué que le vendeur s'engageait à accepter l'offre effective la plus élevée constituait une acceptation anticipée valide de cette offre et pas seulement une invitation à entrer en pourparlers[13]. Une cour d'appel américaine est parvenue essentiellement à la même conclusion dans une affaire concernant la vente aux enchères d'un nom de domaine sur Internet. Elle a considéré que le fait pour une partie d'avoir qualifié après coup le contenu de son site Web de "simple publicité" n'excluait pas en soi le caractère contraignant d'un engagement de vendre un certain bien à la personne présentant l'offre la plus élevée pendant une durée déterminée[14].

17. Il n'est pas dit que cette jurisprudence s'écarterait complètement de la règle actuellement énoncée dans la variante B de l'article 12 de l'avant-projet de convention (A/CN.9/WG.IV/WP.103). Néanmoins, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si cette variante, dans l'hypothèse où il la conserverait, appellerait éventuellement des précisions supplémentaires, afin qu'elle ne porte pas atteinte aux principes posés par les juridictions internes.

---

[11] Oberlandesgericht Hamm, Décision n° 2 U 58/00, 14 décembre 2000, *JurPC-Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 255/2000 (www.jurpc.de/rechtspr/20000255.htm, page consultée le 1er septembre 2003).

[12] Amtsgericht Hanover, Décision n° 501 C 1510/01, 7 septembre 2000, *JurPC-Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 299/2002 (www.jurpc.de/rechtspr/20020299.htm, page consultée le 1er septembre 2003).

[13] Bundesgerichtshof, Décision n° VIII ZR 13/01, 7 novembre 2001, *JurPC-Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 255/2001 (www.jurpc.de/rechtspr/20010255.htm, page consultée le 1er septembre 2003).

[14] *Je Ho Lim v. The TV Corporation International*, (State) Court of Appeal of California, 24 juin 2002, 99 Cal. App. 4th 684.

(A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.2)

Note du Secrétariat sur les aspects juridiques du commerce électronique: contrats électroniques: informations générales, document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-deuxième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

III. Questions relatives à l'utilisation de messages de données dans les contrats internationaux 1-38

B. Moment de la réception et de l'expédition des messages de données et formation des contrats 1-38

1. Règles régissant la formation des contrats 3-9

2. Moment de l'expédition et de la réception de messages de données. 10-38

III. Questions relatives à l'utilisation de messages de données dans les contrats internationaux

B. Moment de la réception et de l'expédition de messages de données et formation des contrats

1. Dans sa version actuelle, l'avant-projet de convention ne se limite pas à la formation de contrats par des moyens électroniques mais traite, plus généralement, de l'utilisation de messages de données "en rapport avec un contrat existant ou envisagé" ou "dans le contexte de la formation ou de l'exécution de contrats" (voir A/CN.9/WG.IV/WP.103, annexe, art. 1er. par. 1). Ainsi, les règles relatives au moment de l'expédition et de la réception de messages de données énoncées à l'article 10 de l'avant-projet de convention s'appliqueraient aux messages échangés avant ou après la conclusion d'un contrat, ou même lorsque aucun contrat n'est finalement conclu.

2. Lorsque les parties utilisent des moyens plus classiques, l'efficacité des communications qu'elles échangent dépend de plusieurs facteurs, y compris le moment de la réception ou de l'expédition de ces communications, selon le cas. Si certains systèmes juridiques ont des règles générales sur l'efficacité des communications dans le contexte d'un contrat, dans de nombreux autres ces règles générales procèdent des règles particulières qui déterminent l'efficacité de l'offre et de son acceptation aux fins de la formation des contrats. La question fondamentale qui se pose au Groupe de travail est de savoir comment formuler des règles relatives au moment de la réception et de l'expédition de messages de données qui transposent de manière appropriée dans l'avant-projet de convention les règles qui régissent déjà d'autres moyens de communication.

1. Règles relatives à la formation des contrats

3. Les règles relatives à la formation des contrats font souvent la distinction entre la communication "instantanée" et la communication "non instantanée" de l'offre et de l'acceptation ou entre les communications échangées entre des parties présentes au même endroit en même temps (*inter praesentes*) et celles échangées à distance (*inter absentes*). Sauf si les parties communiquent de façon "instantanée" ou négocient face à face, un contrat est généralement formé lorsque l'"offre" de conclure le contrat a été expressément ou tacitement "acceptée" par la ou les parties auxquelles elle était adressée.

4. Si on laisse de côté la possibilité qu'un contrat soit formé en raison de son exécution ou d'autres actes qui supposent l'acceptation[1], ce qui en général nécessite une constatation des faits, le facteur qui détermine la formation des contrats dans lesquels les communications ne sont pas "instantanées" est le moment où l'acceptation de l'offre prend effet. Il existe actuellement quatre théories principales pour déterminer le moment où une acceptation prend effet en vertu du droit général des contrats mais elles sont rarement appliquées à la lettre ou dans tous les cas[2].

5. Selon la théorie de la "déclaration"[3], un contrat est formé lorsque le destinataire de l'offre manifeste sa volonté d'accepter l'offre, même si l'auteur de l'offre l'ignore encore. En vertu de la "règle du cachet de la poste", qu'appliquent traditionnellement la plupart des pays de *common law*[4], mais aussi certains pays de droit romain[5], une offre est acceptée lorsque le destinataire envoie son acceptation (par exemple, lorsqu'il met une lettre dans une boîte aux lettres). Selon la théorie de la "réception", adoptée par plusieurs pays de droit romain[6], l'acceptation prend effet lorsqu'elle parvient à l'auteur de l'offre. Enfin, la théorie de "l'information" exige, pour qu'un contrat soit formé, que l'auteur de l'offre sache que celle-ci a été acceptée[7]. Parmi ces théories, celle de la "règle du cachet de la poste" et celle de la réception sont les plus souvent appliquées dans les opérations commerciales.

---

[1] Voir le commentaire de l'article 2.6 des Principes relatifs aux contrats du commerce international (Unidroit, Rome, 1994).

[2] Voir l'exposé général des règles de *common law* et de droit romain qui régissent actuellement la formation des contrats dans María del Pilar Perales Viscasillas, *La formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías* (Valencia, 1996), p. 178.

[3] Qui semble être la règle générale pour la formation des contrats en Suisse, où un contrat est formé "*lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté*" (*Code des Obligations*, art. 1er).

[4] C'est le King's Bench (banc du roi) qui, en 1818, a adopté le premier la règle du cachet de la poste, pour éviter que la nécessité de confirmations de réception se succédant "à l'infini" (voir Adams c. Lindsell, England Law Reports, vol. 160, p. 250 (K.B. 1818)). Malgré certaines critiques, la règle du cachet de la poste a été adoptée dans la quasi-totalité des pays de *common law* (voir les références dans Paul Fasciano, "Internet electronic mail: a last bastion for the mailbox rule", *Hofstra Law Review*, vol. 25, n° 3 (printemps 1997), p. 971 à 1003, note 20).

[5] Par exemple, l'Argentine (*Código Civil*, art. 1154) et le Brésil (*Código Civil*, art. 434).

[6] Tels que l'Allemagne (*Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, sect. 130) et l'Autriche (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)*, art. 862).

[7] Par exemple, en Espagne (*Código Civil*, art. 1262) et au Venezuela (*Código de Comercio*, art. 120, par. 1). La théorie de l'"information" est la règle générale régissant la formation des contrats en Italie, où le contrat est conclu lorsque l'auteur de l'offre "a connaissance" de l'acceptation par le destinataire (*Codice Civile*, art. 1326). Cependant, la connaissance est présumée lorsque l'acceptation est reçue à l'adresse de l'auteur de l'offre (*Codice Civile*,

6. Dans certains systèmes juridiques, ces deux théories peuvent être invoquées en fonction du contexte[8]. On considère parfois que la notion de "réception" renvoie non seulement au *moment* mais aussi à la *forme*, ou même au *contenu* de la communication de l'acceptation. Ainsi, la doctrine et la jurisprudence allemandes ont interprété les règles du Code civil allemand[9] relatives à la prise d'effet des communications ou des "manifestations de volonté" juridiquement pertinentes dès leur réception comme signifiant qu'une communication doit non seulement atteindre la sphère de contrôle du destinataire, mais aussi avoir une forme qui garantisse que celui-ci peut en prendre connaissance[10]. Ce dernier élément a ensuite été divisé en plusieurs exigences de fond, telles que l'intelligibilité de la langue de la communication [11] ou la délivrance de celle-ci pendant les heures de travail normales[12].

7. La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises ("Convention des Nations Unies sur les ventes")[13] a adopté la théorie de la "réception" comme règle générale[14]. Aux termes de cette convention, le contrat est conclu "au moment où l'acceptation d'une offre prend effet"[15], c'est-à-dire lorsque "l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre"[16]. Aux fins des dispositions de la Convention relatives à la formation du contrat, une offre, une déclaration d'acceptation ou toute autre manifestation d'intention "parvient" à son destinataire "lorsqu'elle lui est faite verbalement ou est délivrée par tout autre moyen au destinataire lui-même, à son établissement, à son adresse postale ou, s'il n'a pas d'établissement ou d'adresse postale, à sa résidence habituelle"[17].

8. La notion de "réception" a été interprété par des commentateurs comme désignant le moment où la communication entre dans la "sphère de contrôle" du destinataire. Jusqu'à ce moment, l'auteur de la communication (dans le cas d'une

---

art. 1335), ce qui en pratique rapproche le système italien de la théorie de la "réception".

[8] Il semble que ce soit le cas en France, où la Chambre commerciale de la Cour de cassation a confirmé la théorie de l'expédition dans un jugement du 7 janvier 1981, tandis que des commentateurs continuent d'affirmer la validité de la théorie de la réception (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1981, p. 849 et 850, note de François Chabas).

[9] *BGB*, sect. 130.1.

[10] Otto Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 60e ed. (Munich, Beck, 2001), p. 103, n° 3 (commentaire sur la sect. 130 par H. Heinrichs); et *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 1, 3e ed. (München, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1993), p. 1055, n° 10 (commentaire de H. Förschler sur la sect. 130).

[11] Transposée dans le contexte de la Convention des Nations Unies sur les ventes, cette exigence a conduit, par exemple, à la conclusion que des clauses contractuelles standard ne pouvaient être invoquées si elles avaient été envoyées dans une autre langue que celle utilisée pendant les négociations (Amtsgericht Kehl, 6 octobre 1995, disponible à la page http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951006g1.html).

[12] Voir les ouvrages cités ailleurs (Palandt, op.cit; et *Münchener Kommentar* …, n° 12).

[13] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, n° 25567. Cette théorie a également été adoptée dans les *Principes relatifs aux contrats du commerce international* (Unidroit), comme il apparaît à la lecture combinée des articles 2.1 et 2.6-2.

[14] Cependant, la notion d'"expédition" joue aussi un rôle dans l'application d'un certain nombre de dispositions de la Convention, telles que les articles 19-2 (avis d'objection à des éléments complémentaires proposés par le destinataire de l'offre), 20 (délai d'acceptation) et 21 (conditions pour qu'une acceptation tardive produise effet).

[15] Convention des Nations Unies sur les ventes, art. 23.

[16] Convention des Nations Unies sur les ventes, art. 18-2.

[17] Convention des Nations Unies sur les ventes, art. 24.

acceptation, le destinataire de l'offre) doit s'assurer que la communication parvient à son destinataire et ce, dans les délais requis. Lorsque la notion d'"expédition" est pertinente, le moment crucial est celui où la communication quitte la sphère de contrôle de son auteur. À partir de ce moment, le risque de perte ou de retard de la communication ne concernerait plus l'auteur de la communication mais le destinataire.

9. Des commentateurs de la Convention des Nations Unies sur les ventes ont fait observer que le terme "parvient" à l'article 24 supposait des "faits extérieurs, faciles à établir" et visait à dégager l'auteur de la communication du "risque de communication défectueuse d'une déclaration à l'intérieur de la sphère organisationnelle du destinataire", ce qui signifiait que les dispositions de l'article 24 – contrairement aux règles strictes de certaines législations nationales – devaient être interprétées comme "n'exigeant pas en général que le destinataire ait l'occasion de prendre connaissance de la déclaration"[18]. Les autres manières d'appliquer cet article, par exemple en essayant de prendre en considération "les jours fériés nationaux et les heures de travail habituelles", étaient considérées comme des "sources de problèmes et d'insécurité juridique dans une loi régissant des situations internationales"[19].

2. Moment de l'expédition et de la réception de messages de données

10. Les considérations ci-dessus sont tout aussi importantes pour la formation des contrats au moyen de communications électroniques. En effet, même si certains ont suggéré au départ que la négociation de contrats par des moyens électroniques, en particulier dans un contexte d'échange de données informatisées (EDI), reproduisait le schéma des communications "face-à-face" ou "instantanées"[20], l'échange de messages électroniques, du moins lorsque la technique du courrier électronique est utilisée, semble s'apparenter davantage à celle de la correspondance postale[21].

11. En tout état de cause, des règles supplétives régissant le moment et le lieu d'expédition et de réception des messages de données devraient compléter les règles nationales relatives à l'expédition et à la réception en les adaptant à un environnement électronique. Ces dispositions devraient être suffisamment souples pour couvrir à la fois les cas dans lesquels la communication électronique semble instantanée et ceux dans lesquels la messagerie électronique s'apparente au courrier traditionnel. On trouvera ci-après une analyse des solutions utilisées dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et dans les législations nationales.

---

18 Peter Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods* (CISG) (Oxford, Clarendon Press, 1998), art. 24, n° 13 et 14, p. 167 et 168; voir aussi Ernst von Cammerer et Peter Schlechtriem, *Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht*, 2e ed. (Munich, 1995), art. 24, n° 13 et 14, p. 202 et 203.

19 Ibid.

20 Par exemple, Michael S. Baum et Henry H. Perritt, Jr., *Electronic Contracting, Publishing and EDI Law* (New York, Wiley Law Publications, 1991), p. 323, n° 6.8. Les auteurs mentionnent cependant plusieurs facteurs qui pourraient déboucher sur une conclusion différente, telles qu'"un certain caractère non instantané des offres et acceptations informatiques, indépendamment de la question de savoir si des boîtes aux lettres ou des techniques de stockage et de retransmission sont ou non utilisées dans la transmission."

21 "Contrairement à une idée répandue, [la transmission de courrier électronique par Internet] n'est pas instantanée mais prend en général plusieurs minutes, plusieurs heures ou dans certains cas, plusieurs jours" (Fasciano, loc. cit., p. 1000 et 1001).

On trouvera aussi un résumé du débat qui a eu lieu au sein du Groupe de travail et des éléments que celui-ci voudra peut-être examiner dans ses délibérations sur l'article 10 de l'avant-projet de convention.

a) La règle de l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique

12. Le paragraphe 1 de l'article 15 de la Loi type définit le moment de l'expédition d'un message de donnée comme le moment où le message entre "dans un système d'information"[22] "ne dépendant pas de l'expéditeur"[23], qui peut être le système d'information d'un intermédiaire ou un système d'information du destinataire. En vertu de cette disposition, un message de données ne devrait pas être considéré comme ayant été expédié s'il est parvenu au système d'information du destinataire mais qu'il n'y est pas entré[24].

13. En ce qui concerne le moment de la *réception*, le paragraphe 2 du même article fait une distinction entre plusieurs situations de fait: a) si le destinataire a désigné un système d'information particulier, qui peut ou non être le sien, pour recevoir des messages de données, le message de données est réputé être reçu au moment où il *entre dans le système d'information désigné*[25]; b) dans le cas où le message de données est envoyé à un autre système d'information du destinataire que le système désigné, la "réception" intervient au moment où le message est *relevé par le destinataire*; et c) si le destinataire n'a pas désigné de système d'information, la réception intervient au moment où le message de données *entre dans un système d'information du destinataire*.

14. La distinction faite entre système d'information "désigné" et "non désigné" vise à répartir de façon appropriée les risques et responsabilités entre auteur et

---

[22] Le terme "système d'information" est défini à l'article 2 f) de la Loi type comme "un système utilisé pour créer, envoyer, recevoir, conserver ou traiter de toute autre manière des messages de données". En fonction de la situation de fait, la notion de système d'information pourrait désigner "un réseau de communication et, dans d'autres cas, pourrait inclure une boîte aux lettres électronique ou même un télécopieur" (*Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique* (publication des Nations Unies, n° de vente F.99.V.4), par. 40).

[23] La notion de "contrôle" d'un système d'information ne devrait pas être interprétée comme signifiant que le système d'information doit se trouver dans les locaux du destinataire, car "l'emplacement du système d'information n'entre pas en ligne de compte au sens de la Loi type" (*Guide pour l'incorporation…*).

[24] Il convient de noter que la Loi type, comme l'indique le *Guide pour l'incorporation* (par. 104), "ne traite pas expressément des cas de mauvais fonctionnement du système d'information comme base de responsabilité. En particulier, lorsque le système d'information du destinataire ne fonctionne pas ou fonctionne mal, ou, bien que fonctionnant convenablement, n'est pas en mesure de recevoir le message de données (par exemple dans le cas d'un télécopieur constamment occupé), l'expédition ne se produit pas aux termes de la Loi type. On a pensé au cours de l'élaboration de la Loi type que le destinataire ne devrait pas avoir la lourde charge de maintenir son système d'information en fonctionnement à tout moment sous forme d'une disposition générale".

[25] Par l'expression "système d'information désigné", la Loi type vise un système qui a été expressément désigné par une partie, par exemple lorsqu'une offre indique expressément l'adresse à laquelle l'acceptation devrait être envoyée. Le paragraphe 102 du *Guide pour l'incorporation* précise que "la simple mention de l'adresse du courrier électronique ou de la télécopie sur un en-tête ou autre document ne devrait pas être considérée comme désignant expressément un ou plusieurs systèmes d'information".

destinataire du message. La personne qui désigne un système d'information particulier pour la réception de messages de données, même s'il s'agit d'un système géré par un tiers, devrait normalement assumer le risque de perte ou de retard des messages qui entrent effectivement dans ce système. Toutefois, si l'auteur choisit d'ignorer les instructions du destinataire et envoie le message à un autre système d'information que le système désigné, il ne serait pas raisonnable de considérer que le message a été délivré au destinataire tant que celui-ci ne l'a pas effectivement relevé. Lorsque aucun système particulier n'a été désigné, la règle suppose que pour le destinataire, le choix du système d'information auquel seront envoyés les messages est indifférent; on peut donc raisonnablement présumer qu'il acceptera les messages envoyés à n'importe lequel de ses systèmes d'information.

15. Tant dans la définition de l'expédition que dans celle de la réception, un message de données *entre* dans un système d'information lorsqu'il peut être traité dans ce système d'information. Il n'est pas nécessaire que le destinataire sache que le message a été reçu, ni qu'il le lise effectivement, ni même qu'il y ait accès. Si le message atteint la "boîte aux lettres" du destinataire, la réception est intervenue.

16. La question de savoir si le message de données est intelligible ou utilisable par le destinataire a été délibérément laissée hors du champ de la Loi type, qui ne vise pas à prévaloir sur des dispositions de la législation nationale en vertu desquelles la réception d'un message peut intervenir au moment où ledit message est placé sous le contrôle du destinataire, que ce message soit ou non intelligible ou utilisable par le destinataire[26].

b) Communications électroniques dans les textes de droit interne fondés sur la Loi type

17. Au niveau national, il semble n'y avoir guère d'objections à l'idée selon laquelle, d'un point de vue purement factuel, le moment où un message entre dans un système d'information qui est sous le contrôle du destinataire ou dans un système d'information qui n'est pas sous le contrôle de l'expéditeur représente à l'évidence l'équivalent électronique de la notion de "sphère de contrôle" utilisée pour définir la "réception" et l'"expédition" tant dans la règle de la "réception" que dans celle du "cachet de la poste".

18. À l'exception de la France[27], les plus de 20 pays et territoires qui ont déjà adopté la Loi type ont pris des dispositions relatives au moment et au lieu de l'expédition et de la réception des messages de données. Les textes fondés sur la Loi type ont tous sans exception repris la distinction faite entre systèmes désignés et

---

[26] Le *Guide pour l'incorporation* ajoute (par. 103) que la Loi type ne vise pas non plus "à aller à l'encontre des usages commerciaux, en vertu desquels certains messages codés sont réputés avoir été reçus avant d'être utilisables par le destinataire ou de lui être intelligibles. On a estimé que la Loi type ne devrait pas imposer une condition plus stricte que celle qui est actuellement imposée pour les documents sur papier, selon laquelle un message peut être considéré comme reçu même s'il n'est pas intelligible au destinataire ou n'est pas supposé être intelligible au destinataire (par exemple, des données codées peuvent être transmises à un dépositaire uniquement à des fins de conservation, pour des questions de protection des droits de propriété intellectuelle)".

[27] La législation française fondée sur la Loi type (*Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique*) traite essentiellement de la reconnaissance et de la valeur probante des enregistrements électroniques et non de leur communication.

systèmes non désignés[28]. C'est aussi le cas dans des pays tels que le Canada[29] et les États-Unis d'Amérique[30] où une loi uniforme a été élaborée sur la base de la Loi type. Toutefois, cette distinction n'est pas explicite dans l'Uniform Electronic Transactions Act de 1999 (UETA) (Loi uniforme des États-Unis sur les transactions électroniques), qui envisage, outre un système d'information désigné, un système d'information que le destinataire "utilise aux fins de recevoir des enregistrements électroniques ou des informations du type de ceux qui lui ont été envoyés et à partir duquel il peut récupérer l'enregistrement électronique"[31]. Bien que le libellé de l'UETA diffère de celui de l'article 15 de la Loi type, les deux instruments font une distinction entre un système qui est expressément choisi par une partie pour recevoir un message ou un type de message particuliers et d'autres systèmes d'information (non désignés) qui sont simplement utilisés par le destinataire. La seconde catégorie, d'une façon très similaire au système non désigné à l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI, a été prise en compte dans l'UETA afin de "[permettre] au destinataire d'enregistrements électroniques de garder le contrôle du lieu où ceux-ci seraient envoyés et reçus"[32].

---

[28] Australie (Electronic Transactions Act 1999, sect.14, sous-sect. 3 et 4); Colombie (*Ley Número 527 de 1999: Ley de comercio electrónico*, art. 24 a) et b)); Équateur (*Ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos*, 2002, art. 11 a) et b)); Inde (Information Technology Act 2000, sect. 13); Irlande (Electronic Commerce Act, 2000, sect. 21-2 et 3); Jordanie (Loi de 2001 sur les transactions électroniques (n° 85), art. 17); Maurice (Electronic Transactions Act 2000, sect. 14-2); Mexique (*Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal*, 26 avril 2000, art. 91); Nouvelle-Zélande (Electronic Transactions Act 2002, sect. 11 a) et b)); Pakistan (Electronic Transactions Ordinance 2002, sect. 15-2); Philippines (Electronic Commerce Act 2000, sect. 22 a) et b)); République de Corée (Loi cadre de 1999 sur le commerce électronique, art. 6-2); Singapour (Electronic Transactions Act 1998, sect. 15-2.); Slovénie (Loi de 2000 sur le commerce électronique et les signatures électroniques, art. 10-2); Thaïlande (Loi de 2002 sur les transactions électroniques, sect. 23); et Venezuela (*Decreto n° 1024 de 10 de febrero de 2001 – Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas*, art. 11). Les mêmes règles figurent dans les lois du Baillage de Jersey (Electronic Communications (Jersey) Law 2000, art. 6), et de l'île de Man (Electronic Transactions Act 2000, sect. 2), qui sont tous deux des dépendances de la Couronne britannique; dans les territoires britanniques d'outre-mer des Bermudes (Electronic Transactions Act 1999, sect. 18-2) et des îles Turques et Caïques (Electronic Transactions Ordinance 2000, sect. 16-2 et 3); et dans la Région administrative spéciale de Hong Kong (Chine) (Electronic Commerce Ordinance 2000), sect. 19-2).

[29] Loi uniforme sur le commerce électronique, sect. 23-2).

[30] Uniform Electronic Transactions Act (UETA), sect. 15 b).

[31] Cette formulation est aussi employée à la section 23 b) de l'Electronic Communications and Transactions Act 2002 d'Afrique du Sud.

[32] Les rédacteurs de l'UETA ont tenu compte du fait que "de nombreuses personnes ont de multiples adresses électroniques à des fins différentes. La [sous-section 15 b) de l'UETA] garantit que les destinataires peuvent désigner l'adresse électronique ou le système à utiliser pour une opération particulière. Ainsi, ils gardent la possibilité de désigner une adresse électronique privée pour des questions personnelles, une adresse professionnelle pour des affaires officielles ou une adresse distincte au sein d'une organisation uniquement pour les besoins professionnels de cette organisation. Si A envoie à l'adresse privée de B un message d'ordre professionnel, celui-ci peut ne pas être considéré comme ayant été reçu si B a désigné son adresse professionnelle comme seule adresse à des fins professionnelles. Les règles juridiques de fond par ailleurs applicables déterminent si on qualifie ou non de réception la connaissance effective résultant du fait que B a vu ce message sur sa messagerie privée". (Amelia H. Boss, "The Uniform Electronic Transactions Act in a global environment", *Idaho Law Review*, vol. 37, 2001, p. 329).

19. Les textes de droit interne adoptés sur la base de la Loi type définissent aussi de manière remarquablement uniforme le moment de la réception des messages de données envoyés à un système désigné. Presque tous reprennent la règle du paragraphe 2.a)-i) de l'article 15 de la Loi type, à savoir qu'un message envoyé à un système désigné est reçu lorsqu'il entre dans ce système.

20. Des variations nationales mineures existent lorsque le destinataire n'a pas désigné un système d'information particulier ou que l'auteur envoie le message à un autre système que le système désigné. La plupart des textes législatifs internes fondés sur la Loi type font cette distinction[33]. Dans ces pays, les conséquences sont en général les mêmes que celles prévues à l'article 15 de la Loi type: un message envoyé à un autre système d'information que le système désigné est considéré comme étant reçu uniquement lorsqu'il est relevé par le destinataire[34], mais si aucun système d'information n'a été désigné, il est considéré comme étant reçu lorsqu'il entre dans un système d'information du destinataire. Cependant, dans deux pays de ce groupe[35], la loi exige expressément que le message soit relevé dans les deux cas.

21. Les lois d'autres pays envisagent uniquement les cas où un destinataire n'a pas désigné de système d'information[36]. Dans ces pays, la réception intervient normalement lorsque le message a été relevé par le destinataire ou apporté à son attention, mais dans un pays[37], elle intervient au moment de l'entrée dans un système régulièrement utilisé par le destinataire. Deux pays envisagent uniquement l'hypothèse d'un message envoyé à un autre système d'information que celui qui a été désigné, auquel cas la réception intervient au moment où le message est relevé[38]. On ne sait pas exactement si, dans ce groupe de pays, les mêmes règles s'appliqueraient à un message envoyé à un système particulier alors qu'un autre système a été expressément désigné. On peut penser que les deux cas seraient traités de la même façon, comme il ressort de la loi d'un pays[39], qui dispose expressément que dans tous les cas autres que ceux où il a été envoyé à un système désigné, le message est reçu lorsqu'il est porté à l'attention du destinataire.

22. Seules l'UETA et la Loi uniforme sur le commerce électronique du Canada semblent s'écarter sensiblement de l'article 15 de la Loi type. Ces deux textes exigent non seulement que le message de données entre dans le système du destinataire, mais aussi que celui-ci puisse le relever et le traiter[40]. On a fait remarquer, à cet égard, que la Loi type met l'accent sur le moment[41]. En vertu de la Loi type, le message entre dans un système lorsqu'il est mis à disposition pour traitement, "qu'il puisse ou non être effectivement traité". Pour l'UETA et la loi

---

33 Par exemple, Bermudes, Colombie, Équateur, Inde, Jordanie, Maurice, Mexique, Pakistan, Philippines et République de Corée.

34 Certains textes, par exemple aux Bermudes, disposent que le message doit non pas être relevé par le destinataire mais porté à son attention". Dans la pratique, cela ne change pas la règle sur le fond.

35 Maurice et Mexique.

36 Par exemple, Australie, Canada, Irlande et Venezuela.

37 Venezuela.

38 Par exemple, Slovénie et Thaïlande.

39 Nouvelle-Zélande.

40 UETA, section 15.b.1) et 2); Loi uniforme sur le commerce électronique, section 23.2.a).

41 Boss, loc. cit., p. 328.

canadienne, en revanche, pour qu'il y ait véritablement réception, il faut que le destinataire puisse relever le message, et que celui-ci ait été envoyé sous une forme que son système puisse traiter. Néanmoins, "l'UETA et la Loi type ne sont sans doute pas incompatibles", car on peut comprendre que la Loi type "renvoie à la législation nationale en ce qui concerne la "possibilité de traiter"[42]. L'analyse juridique et la comparaison de l'UETA et de la Loi type ont montré que malgré leurs différences de formulation, les deux instruments produisent les mêmes résultats, comme le montre l'exemple ci-dessous[43]:

> "Supposons qu'à cause d'une panne de courant ou du système, ce dernier devienne inaccessible, et que, de ce fait, le destinataire ne puisse plus relever l'enregistrement. Dans un cas comme dans l'autre, il faudrait se poser la question de savoir quand la panne s'est produite. Si elle s'est produite avant que l'enregistrement électronique n'entre dans le système, la réception, au regard des deux textes, n'est pas encore intervenue. Si le message entre dans le système, la première question qu'il faut se poser dans le cas de l'UETA est de savoir si le destinataire est en mesure de le relever. Si le destinataire peut, ne serait-ce que pendant un instant, relever le message, la réception a lieu. Une panne ultérieure du système ne devrait pas "défaire" ce qui s'est déjà produit. Le seul fait que le destinataire ne puisse pas relever l'enregistrement électronique par la suite n'est pas pris en compte une fois que la réception a eu lieu".

23. Tant l'UETA que la Loi uniforme canadienne semblent à première vue différer de la Loi type dans un cas, à savoir lorsque le destinataire a désigné un système d'information, mais que l'expéditeur envoie l'enregistrement électronique à un autre système d'information. Contrairement à la Loi type, l'UETA et la loi canadienne ne prévoient pas de règles spécifiques pour ce cas, qui devrait être résolu à la lumière de leurs dispositions plus générales. Le résultat ne serait probablement pas fondamentalement différent de celui obtenu en appliquant la Loi type. Si le système d'information, même s'il ne s'agit pas du système désigné, est celui qu'utilise le destinataire pour recevoir ce type d'enregistrements électroniques, l'enregistrement serait réputé avoir été reçu (qu'il ait ou non été "effectivement" relevé ou reçu). Si le système n'est pas habituellement utilisé pour des messages de ce type, la présomption établie par l'UETA ne s'appliquerait pas. On peut penser que cette présomption ne serait pas nécessaire si l'enregistrement était effectivement relevé par le destinataire, ce qui signifierait que, dans la pratique, on obtiendrait le même résultat en appliquant la Loi type et l'UETA. Il a été dit en revanche que si l'enregistrement entre dans un système d'information du destinataire qui n'est ni celui qu'il a désigné ni celui qu'il utilise pour ce type de messages, et qu'il n'est jamais relevé par le destinataire, les deux lois produiraient de nouveau le même résultat: "il n'y aurait pas réception en vertu de la Loi type (parce que le message n'a pas été relevé) ni en vertu de l'UETA (parce qu'il n'a pas été envoyé à la bonne adresse)"[44].

c) Communications électroniques dans d'autres lois nationales

---

[42] Boss, loc. cit.
[43] Boss, loc. cit., p. 330 et 331.
[44] Boss, loc. cit.

24. La situation dans les pays qui n'ont pas adopté la Loi type n'est pas facile à vérifier en raison du manque de références juridiques. Aux fins de la présente analyse, ces pays peuvent être classés en deux grands groupes: les pays membres de l'Union européenne (UE) et les pays non-membres de l'UE.

25. Très peu de pays non-membres de l'UE, en dehors de ceux qui ont incorporé la Loi type de la CNUDCI dans leur droit national, ont une législation spécifique sur les types de questions liées au commerce électronique que la CNUDCI a traitées. Lorsque des lois écrites existent, elles ne traitent en général que des signatures numériques (parfois aussi d'autres formes de signatures électroniques) et des services de certification[45], mais rarement des questions concernant les contrats électroniques[46]. L'étude réalisée par le secrétariat n'a pas permis de découvrir dans ces pays des dispositions législatives relatives au moment de l'expédition et de la réception des messages de données.

26. La situation est différente au sein de UE. Les États membres de l'UE sont tenus d'appliquer les principes énoncés dans les diverses directives de l'UE relatives au commerce électronique, en particulier la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur[47]. L'article 11 de cette directive dispose que les États membres de l'UE veillent, "sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement", à ce que la commande d'un client et l'accusé de réception de la commande par le fournisseur soient "considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles il sont adressés peuvent y avoir accès". Le système législatif de l'UE laisse aux États membres le choix des moyens à mettre en œuvre pour obtenir le résultat envisagé par cette directive.

27. Cependant, quand les parties "peuvent-elles avoir accès" aux messages de données et qu'entend-on par cette possibilité dans la directive de l'UE? Suffit-il que les parties aient la possibilité théorique d'avoir accès au message de données ou faut-il que le destinataire soit effectivement en mesure de relever le message? Le préambule de la directive de l'UE n'explique pas le sens exact des mots "peuvent avoir accès". Alors que dans un certain nombre de versions linguistiques, on a préféré une formulation plus générale[48], d'autres semblent indiquer que le destinataire doit être effectivement en mesure de relever le message[49].

---

45 Tel est le cas, par exemple, des lois des pays suivants: Argentine (*Ley No. 25.506 – "Ley de Firma Digital"* et *Decreto No. 2628/2002 (Firma Digital)*, *Reglamentación de la Ley No. 25.506*); Estonie (Loi de 2000 sur les signatures numériques); Israël (Loi de 2000 sur les signatures électroniques); Japon (Loi de 2001 sur les signatures électroniques et les services de certification); Lituanie (Loi de 2000 sur les signatures électroniques); Malaisie (Loi de 1997 sur les signatures numériques); Pologne (Loi de 2001 sur les signatures électroniques) et Fédération de Russie (Loi du 10 janvier 2002 sur les signatures électroniques numériques (Loi fédérale No. 1-FZ)).

46 Par exemple la Tunisie, qui a promulgué une loi sur le commerce électronique (Loi du 9 août 2000 relative aux échanges et au commerce électroniques) qui contient des dispositions sur les contrats électroniques inspirées de la Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (*Journal Officiel des Communautés européennes*, n° L 144, 4 juin 1997, p. 19 à 27).

47 *Journal Officiel des Communautés européennes*, No. L 17, du 17 juillet 2000.

48 Tel semble être le cas des textes français (*"lorsque les parties* […] *peuvent y avoir accès"*),

28. Sans doute, les nuances des différentes versions linguistiques de la directive de l'UE ne portent pas sur le fond. La principale difficulté semble en réalité être le fait que le libellé de l'article 11 de la directive de l'UE n'établit pas de présomption ni ne donne d'indication concernant le moment à partir duquel une partie devrait être réputée "avoir pu accéder" à un message. À ce jour, un certain nombre d'États membres de l'UE ont promulgué une législation spéciale afin d'incorporer dans leur droit interne la directive de l'UE. L'Autriche[50], le Danemark[51], l'Allemagne[52], l'Irlande[53], l'Italie[54], l'Espagne[55] et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord[56] ont repris le libellé de l'article 11 de la directive de l'UE en ne le modifiant que légèrement[57].

29. On ne sait pas exactement quelle règle s'applique dans des pays tels que l'Irlande[58] et l'Italie[59], qui avaient déjà des dispositions législatives relatives au moment de l'expédition et de la réception des messages de données avant que la directive de l'UE soit adoptée. La loi irlandaise contient essentiellement la même règle que celle énoncée dans l'article 15 de la Loi type. La nouvelle loi portant application de la directive de l'UE prévoit que la règle particulière relative à la réception d'une "commande" s'applique "sans préjudice" de la loi antérieure. En Italie, un document électronique est réputé avoir été expédié par l'auteur et reçu par le destinataire lorsqu'il est "transmis à l'adresse électronique" indiquée par le destinataire[60]. Même si son libellé diffère, on peut supposer que cette règle aboutirait dans la plupart des cas au même résultat que l'article 15 de la Loi type.

---

italien (*"quando le parte* […] *hanno la possibilità di acerdervi"*), portugais (*"quando as partes* […] *têm possibilidade de aceder a estes"*) et espagnol (*"cuando las partes* […] *puedan tener acceso a los mismos"*).

49 Par exemple, le texte allemand (*"wenn die Parteien, für die sie bestimmt sind, sie abrufen können"*).

50 Voir "*Bundesgesetz mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts – und Rechtsverkehrs geregelt werden (E-Commerce-Gesetz – ECG) und Änderung des Signaturgesetzes sowie der Zivilprozessordnung" (Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, 21 décembre 2001, p. 1977), sect. 12.

51 Voir *Lov om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel*, sect. 12.2).

52 L'article 11 de la Directive de l'UE a été incorporé à la nouvelle section 312e(1) du Code civil allemand (BGR).

53 Voir *European Communities (Directive 2000/31/EC) Regulations 2003*, sect. 14(1)(b).

54 Voir *Decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70*, art. 13-3.

55 Voir *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, art. 28-2.

56 Voir *Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002 (Statutory Instrument 2002 No. 2013*), sect. 11 (2).

57 La section 312e(1) du Code civil allemand prévoit qu'une commande et l'accusé de réception de cette commande sont réputés avoir été reçus quand les parties auxquelles ils sont adressés peuvent les relever "dans des circonstances normales" ("*unter gewöhnlichen Umständen*"). La loi autrichienne utilise la même formulation. La loi espagnole mentionne la possibilité pour le destinataire d'avoir connaissance ("*tener constancia*") du message, et non d'y avoir "accès" ("*tener acceso*").

58 *Electronic Commerce Act 2000*, sect. 13-2. a) et b).

59 *Decreto del Presidente della Repubblica 10 novembre 1997*, n° 513, art. 12-1.

60 "Il documento informatico trasmesso per via telematica si intende inviato e pervenuto al destinatario se trasmesso all'indirizzo elettronico da questi dichiarato" (*Decreto del Presidente della Repubblica 10 novembre 1997, n° 513*).

30. Cependant, la plupart des pays qui ont donné effet à la directive de l'UE n'avaient pas de dispositions législatives relatives au moment de l'expédition et de la réception des messages de données, même si la jurisprudence de certains d'entre eux avait déjà établi des critères permettant de transposer dans un environnement électronique les règles traditionnelles régissant l'expédition et la réception. Le résultat est en règle générale compatible avec l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI, et ce, même dans des pays tels que l'Allemagne, qui n'ont pas donné effet à la Loi type et où les tribunaux ont considéré, par exemple, que la délivrance d'un message à l'adresse électronique d'une partie équivalait à la "réception", que la partie ait eu ou non effectivement accès au message[61]. La délivrance incomplète du texte d'un message de données, due par exemple à une défaillance technique du matériel récepteur, n'exclut pas la réception s'il est prouvé que le message a été transmis dans son intégralité sous forme électronique[62]. Si la preuve qu'un message de données a été correctement expédié peut être considérée comme une présomption, sauf preuve contraire, de sa réception effective par l'autre partie[63], les tribunaux ont aussi souligné que l'auteur d'un message de données ne pouvait faire valoir comme seul argument l'expédition du message, qui ne crée pas de présomption que le message a été effectivement reçu[64].

---

[61] Voir, par exemple, Landgericht Nürnberg-Fürth, affaire n° 2 HK O 9431/01, 7 mai 2002, JurPC–Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik, JurPC WebDok 158/2003 (disponible à la page www.jurpc.de/rechtspr/20030158.htm, consultée le 8 septembre 2003). Dans cette affaire, le contrat du requérant a été résilié par le défendeur par lettre recommandée, confirmée par la suite par un message électronique envoyé à l'adresse électronique du requérant. Celui-ci a contesté l'efficacité du message électronique, au motif qu'il n'avait pu le relever car il lui avait été envoyé pendant ses vacances et que sa messagerie électronique n'était pas accessible via les logiciels ordinaires de navigation sur le Web. Le tribunal a statué que le requérant avait effectivement reçu le message, celui-ci ayant été délivré à son adresse électronique. À partir de ce moment, le requérant assumait le risque de perte du message ou de retard dans sa récupération, du fait par exemple de difficultés pour accéder à sa messagerie, car ce risque relevait de sa sphère de contrôle.

[62] Voir Bundesgerichtshof, affaire n° XII ZR 51/99, 14 mars 2001, JurPC–Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik, JurPC WebDok 167/2001 (disponible à la page www.jurpc.de/rechtspr/20010167.htm, consultée le 9 septembre 2003). Dans cette affaire, une cour d'appel avait rejeté un appel au motif que la télécopie qu'il avait reçue ne portait pas la signature de l'avocat, laquelle aurait figuré sur la quatrième page du recours, non parvenue à la cour. Le tribunal fédéral n'a pas souscrit à la position adoptée par la cour d'appel selon laquelle seules les pages qu'elle avait reçues pouvaient être prises en compte pour déterminer si le recours avait été déposé dans les délais. Il a statué que lorsqu'un document était entièrement ("*vollständig*") transmis sous forme de message de données ("*durch elektrische Signale*") du télécopieur de l'appelant à celui de la cour, mais n'était pas imprimé entièrement et sans erreur, peut-être à cause d'une défaillance technique au lieu de destination, ce document était réputé avoir été reçu au moment de sa transmission sous forme de télécopie, pourvu que son contenu intégral puisse être établi par d'autres moyens.

[63] En particulier dans le cas de méthodes de transmission extrêmement fiables, compte tenu du stade actuel du développement de la technologie, telles que les transmissions par télécopieur (voir Oberlandesgericht München, affaire n° 15 W 2631/98, 8 octobre 1998, JurPC–Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik, JurPC WebDok 153/1999, disponible à la page www.jurpc.de/rechtspr/19990153.htm, consultée le 9 septembre 2003).

[64] Voir Oberlandesgericht Düsseldorf, Affaire No. 23 U 92/02, 4 octobre 2002, *JurPC–Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 167/2003 (disponible à la page www.jurpc.de/rechtspr/ 20030158.htm, consultée le 9 septembre 2003), à propos d'un litige concernant des messages envoyés par courrier électronique.

31. Le fait, cependant, que la directive de l'UE introduit un critère d'"accessibilité" pour déterminer le moment de la réception des messages de données a suscité des préoccupations, car on a estimé que la règle qu'elle énonçait ne devait pas aller jusqu'à exiger que les messages soient effectivement relevés, ce qui serait en contradiction avec la jurisprudence existante. En fait, dans certains pays, le processus de consultation préalable à l'application de la directive a montré que certains des changements apportés à la législation interne visaient à éviter de donner l'impression que la réception d'un message exigeait que le destinataire le relève effectivement. La règle finale, a-t-on dit, devrait au contraire indiquer clairement que seule importait la " possibilité technique " de relever le message, et non la "capacité" du destinataire de le faire[65].

(d) Débat au sein du Groupe de travail

32. L'avant-projet de convention a suivi de près la structure et le libellé de l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Ce choix, qui s'imposait vu la large acceptation de cette disposition de la Loi type, avait en outre l'avantage d'être compatible avec l'article 24 de la Convention des Nations Unies sur les ventes[66]. Cette disposition a cependant suscité un vif débat au sein du Groupe de travail (voir A/CN.9/509, par. 93 à 98; et A/CN.9/528, par. 141 à 151).

33. On a dit que cette disposition était trop complexe et qu'il n'était peut-être pas nécessaire, dans la pratique, de faire une distinction entre systèmes d'information désignés et non désignés. Dans un commentaire sur l'avant-projet de convention, l'ordre des avocats allemands a formulé la critique ci-après[67]:

> "Un point à clarifier est celui de la distinction, faite à l'article 11-2 [*projet d'article 10-2, dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.103*], entre un système d'information désigné par le destinataire pour la réception de messages de données et un autre système que celui qui a été désigné. Cette distinction est pertinente pour les échanges de données informatisées (EDI) mais non pour les communications par courrier électronique. Dans le contexte des communications par courrier électronique, le facteur décisif devrait donc

---

65 Cela a été indiqué expressément dans la note explicative du projet de loi visant à incorporer la directive de l'UE dans la législation autrichienne. L'ordre des avocats autrichiens, dans son commentaire sur le projet de loi, a proposé que la loi dispose clairement que le seul facteur déterminant était la "possibilité de relever" (*Abrufbarkeit*) le message d'un point de vue technique, et qu'aucune défaillance technique imputable au destinataire, ni l'absence de ce dernier, ni tout autre obstacle à l'intérieur de sa sphère de contrôle ne saurait empêcher la réception effective du message (Rechtsanwaltskammer Wien, *Stellungnahme zum Bundesgesetz mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts – und Rechtsverkehrs geregelt werden (E-Commerce-Gesetz—ECG)*, 31 août 2001, disponible à la page www.rakwien.at/import/documents/stellungnahme_ecommerce_fuer_homepage.pdf, consultée le 8 septembre 2003).

66 Sieg Eiselen, "E-Commerce and the CISG: formation, formalities and validity", *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, vol. 6, n° 2 (2002), p. 310 et 311.

67 *Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer: UNCITRAL-Übereinkommensentwurf über internationale Verträge, die mit elektronischen Mitteln geschlossen oder nachgewiesen werden*, communication présentée en mars 2002 par le Comité sur le droit international privé et la procédure internationale (Ausschuss Internationales Privat- und Prozessrecht) (disponible à la page www.brak.de/seiten/pdf/EndfUNCITRAL-Uebereinkentwurf.pdf, consultée le 8 septembre 2003).

être l'entrée effective du message de données dans le poste informatique du destinataire. Cela n'apparaît pas à l'article 11-2 avec la clarté requise pour l'harmonisation juridique.

D'après la définition énoncée à l'article 5 f) […], le terme 'système d'information' désigne un "système utilisé pour créer, envoyer, recevoir, conserver ou traiter de toute autre manière des messages de données". Cette large définition recouvre non seulement le serveur d'un fournisseur d'accès au Web mais aussi les postes informatiques depuis lesquels les clients du fournisseur relèvent leurs messages ou lui envoient leurs messages pour qu'il les transmette aux destinataires. Il est important à cet égard de déterminer si l'entrée dans le serveur du fournisseur suffit à établir la réception du message ou si celui-ci doit être effectivement relevé par le destinataire depuis son poste informatique.

Cela dépend de la question de savoir si le destinataire a ou non désigné un système d'information particulier pour la réception du message de données et dans l'affirmative, du système qui a été désigné. En principe, l'utilisateur n'utilise pas un nom de système (*Systembenennung*) comme "adresse de réception" (*Zustelladresse*) mais une adresse de courrier électronique, à partir de laquelle on ne peut identifier aucun système particulier. Mais cela ne devrait pas en fait être nécessaire car, dans les communications de données par Internet basées sur un protocole, les messages sont transmis sans signaux vides par des ordinateurs spéciaux qui utilisent des tables de destination appropriées.

Compte tenu de ces considérations techniques, l'article 11-2 [*projet d'article 10-2 dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.103*] serait sans objet, car on n'indique pas un système de destination particulier à l'expéditeur, qui a seulement besoin d'une adresse de courrier électronique, indépendante du poste informatique. Il n'y a pas transmission du message à un *autre* système non désigné (art. 11-2, deuxième partie de la première phrase) car il aurait d'abord fallu pour cela qu'un système soit désigné".

34. Les problèmes soulevés dans cette analyse peuvent effectivement être sérieux si la notion de "système d'information" est interprété comme désignant les moyens et infrastructures de télécommunication utilisés pour acheminer des messages jusqu'à leur destination finale, plutôt que "l'adresse électronique" désignée par une partie dans le but de recevoir des messages. Cependant, on a considéré jusqu'à maintenant que par "système d'information", il fallait entendre "toute la gamme des moyens techniques utilisés pour la transmission, la réception et la conservation d'informations", ce qui, en fonction de la situation de fait, pouvait donc désigner "un réseau de communication et, dans d'autres cas, pouvait inclure une boîte aux lettres électronique ou même un télécopieur"[68]. La même interprétation au sens large devrait être retenue dans le contexte de l'avant-projet de convention. Néanmoins, le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il serait utile d'apporter une clarification appropriée à la définition du terme "système d'information" au projet d'article 5 e). Il voudra peut-être aussi se demander s'il faudrait préciser quels actes devraient être considérés comme la "désignation" d'un système d'information par le destinataire[69]. En outre, il voudra peut-être examiner

---

[68] *Guide pour l'incorporation* …, par. 40.

[69] Les remarques de l'ordre des avocats allemands semblent en fait fondées sur l'idée qu'aux fins

la relation entre une adresse de courrier électronique considérée comme un "système d'information" désigné et le système utilisé pour délivrer des messages à des boîtes aux lettres qui ont un suffixe particulier (par exemple, "@XYZ.com").

35. On a en outre estimé que la règle énoncée par l'article 15 de la Loi type pourrait être excessivement rigide car le fait qu'un message était entré dans le système du destinataire ou dans un autre système désigné par celui-ci ne pourrait pas toujours permettre de conclure que le destinataire avait accès à ce message. On a proposé d'assouplir la notion d'"entrée" en ajoutant la notion d'"accessibilité" du message de données, qui serait assurée lorsque le message pourrait être "relevé et traité par le destinataire" (A/CN.9/509, ibid., par. 94 et 96). On a également proposé de lier la réception du message "au moment où l'on pouvait normalement s'attendre à ce qu'il soit relevé par le destinataire" (A/CN.9/528, ibid., par. 148.). Cependant, on a aussi objecté qu'en faisant référence au moment où l'on pouvait "normalement s'attendre" à ce que le destinataire "relève" le message, on risquait de s'éloigner du principe accepté du moment à partir duquel un message de données pouvait être traité par un système, qui constituait un critère objectif, au profit d'une approche plus subjective (A/CN.9/528, par. 149).

36. Il semble qu'il n'y ait pas de désaccord sur l'objectif général d'élaborer des règles supplétives concernant l'expédition et la réception de messages afin d'assurer une répartition équitable des risques et des responsabilités entre l'expéditeur et le destinataire (A/CN/9/528, par. 145). En principe, il ne devrait pas être difficile de parvenir à un consensus international sur le principe selon lequel une personne qui administre un système d'information, ou désigne un système d'information particulier pour recevoir des messages de données, même si ce système est administré par un tiers, devrait assumer le risque de perte ou de retard des messages qui sont effectivement entrés dans le système. Ce point, cependant, montre bien qu'il est important de savoir exactement ce qu'il faut entendre par "système d'information", en particulier lorsque les parties communiquent par courrier électronique.

37. Lorsque aucun système particulier n'a été désigné, la règle devrait être telle qu'elle permette à un juge ou à un arbitre appelé à trancher un litige relatif au moment de la réception d'un message de données de décider du caractère raisonnable du choix d'un système d'information par l'expéditeur, lorsque le destinataire n'en a pas clairement désigné un.

---

de la Loi type, une adresse électronique ne pourrait pas être un "système d'information désigné" car, aux termes du paragraphe 102 du Guide pour l'incorporation, "la simple mention de l'adresse du courrier électronique ou de la télécopie sur un en-tête ou autre document ne devrait pas être considérée comme désignant expressément un ou plusieurs systèmes d'information".

38. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager des solutions qui permettraient de concilier les avis contradictoires concernant cet aspect du projet d'article 10. Une possibilité, qui a été proposée même dans le contexte de systèmes qui appliquent la "théorie de l'information" aux fins de la formation des contrats, serait d'associer une présomption de connaissance (au sens d'"accessibilité" ou de "possibilité de connaître") d'un message à sa délivrance effective au système d'information du destinataire. Il incomberait donc au destinataire d'apporter la preuve qu'il ne pouvait pas avoir accès au message, sans qu'il y ait faute de sa part ni de la part de tout intermédiaire de son choix[70].

[70] Giovanni Comandé et Salvatore Sica, *Il commercio elettronico* (Turin, G. Giappichelli, 2001), p. 57. Les auteurs proposent cette approche, qui est une combinaison des articles du Code civil italien 1136 (qui exige que l'auteur de l'offre "connaisse" l'acceptation pour que le contrat soit formé) et 1135 (qui dispose que la connaissance de la partie est présumée lorsque l'acceptation a été communiquée à une adresse appropriée), et de l'article 12-l du décret n° 513/1997 (qui dispose qu'un document électronique est réputé avoir été reçu par le destinataire lorsqu'il a été "transmis" à l'adresse électronique indiquée par celui-ci). Ils font observer que cette interprétation serait aussi conforme à la notion d'"accessibilité" d'un message de données aux fins de la directive de l'UE.

(A/CN.9/WG.IV/WP.104 et Add.3)

Note du secrétariat sur les aspects juridiques du commerce électronique: contrats électroniques: informations de base, document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-deuxième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

III. Questions liées à l'utilisation de messages de données dans les contrats internationaux 1-24

C. Conditions de forme 2-24

1. Exigence d'un écrit et valeur probante des enregistrements électroniques 3-7

2. Attribution des messages et exigence d'une signature 8-24

III. Questions liées à l'utilisation de messages de données dans les contrats internationaux

1. Les sections suivantes traitent de questions qui sont propres à la conclusion de contrats par des moyens électroniques ou qui peuvent être mises particulièrement en évidence par l'utilisation de moyens modernes de communication. La section C examine les questions liées au caractère approprié des méthodes d'authentification et des critères d'attribution des messages de données. La section D traite des questions juridiques que pose l'utilisation de systèmes entièrement automatisés dans le commerce électronique, notamment le problème des erreurs. La mise à disposition des clauses contractuelles et les obligations de renseignement pouvant être imposées aux parties utilisant des systèmes d'information électroniques sont abordées dans la section E. Les sections D et E sont publiées dans un autre additif (A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.4).

C. Conditions de forme

2. L'avant-projet de convention sur les contrats électroniques reprend le principe général de la liberté de forme consacré dans la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises ("la Convention des Nations Unies sur les ventes")[1] et l'étend à tous les contrats entrant dans son champ d'application. Il est toutefois reconnu que des conditions de forme, telles que l'exigence d'un écrit ou d'une signature, peuvent être imposées par la loi applicable, par exemple

[1] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, n° 25567, p.3 (également accessible à l'adresse www.uncitral.org/french/texts/sales/CISG-f.htm).

lorsqu'un État partie à la Convention des Nations Unies sur les ventes a formulé une réserve conformément à l'article 96 de ladite Convention[2]. Même lorsque aucune condition de forme n'est exigée, certains obstacles à l'utilisation de messages de données peuvent découler de règles de preuve qui limitent expressément ou tacitement la possibilité des parties de recourir à de tels messages pour prouver l'existence et le contenu des contrats.

1. Exigence d'un écrit et valeur probante des enregistrements électroniques

3. Bien que la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique ("la Loi type") ait été largement acceptée et qu'un nombre croissant d'États s'en inspirent pour élaborer leur législation sur le commerce électronique, un instrument international sur les contrats électroniques ne saurait partir de l'hypothèse que les principes énoncés dans la Loi type sont déjà appliqués universellement. Il semble donc utile que le nouvel instrument fixe les conditions dans lesquelles les exigences en matière de forme peuvent être remplies par des moyens électroniques équivalents.

4. Les décisions judiciaires sur la valeur juridique des enregistrements électroniques sont peu nombreuses. Les quelques jugements dont on a connaissance montrent une évolution vers la reconnaissance juridique des enregistrements électroniques et des messages de données mais également une incertitude quant à leur admissibilité comme moyen de formation des contrats et comme mode de preuve du contenu de ces contrats.

5. Aux États-Unis d'Amérique, les juridictions semblent faire preuve de souplesse en ce qui concerne l'admissibilité en preuve des enregistrements électroniques, y compris des messages électroniques dans les procédures civiles[3]. Certaines ont rejeté des arguments selon lesquels les messages électroniques n'étaient pas admissibles du fait qu'ils n'étaient pas authentifiés et constituaient une preuve testimoniale[4]. Elles ont estimé au contraire que les messages électroniques

---

[2] Aux termes de l'article 96:

"Tout État contractant dont la législation exige que les contrats de vente soient conclus ou constatés par écrit peut à tout moment déclarer, conformément à l'article 12, que toute disposition de l'article 11, de l'article 29 ou de la deuxième partie de la présente Convention autorisant une forme autre que la forme écrite pour la conclusion, la modification ou la résiliation amiable d'un contrat de vente, ou pour toute offre, acceptation ou autre manifestation d'intention, ne s'applique pas dès lors qu'une des parties a son établissement dans cet État."

[3] *Commonwealth Aluminum Corporation v. Stanley Metal Associates,* United States District Court for the Western District of Kentucky, 9 août 2001, Federal Supplement, 2nd series, vol. 186, p. 770; et *Central Illinois Light Company (CILCO) v. Consolidation Coal Company (Consol),* United States District Court for the Central District of Illinois, 30 décembre 2002, Federal Supplement, 2nd series, vol. 235, p. 916.

[4] Dans l'affaire *Sea-Land Service, Inc. v. Lozen International, Llc.,* par exemple, une cour d'appel a infirmé une décision d'un tribunal de district qui avait rejeté un message électronique interne à la société dont l'un des employés du demandeur était l'auteur. Le tribunal avait écarté cet élément de preuve au motif que le défendeur "n'avait pas d'argument et n'avait pas présenté de preuve indiquant l'identité ou la fonction de cet employé". La cour d'appel a noté que l'original du message électronique, une note interne, se terminait par une "signature" électronique indiquant le nom et la fonction de l'auteur. Le tribunal de district avait donc abusé de son pouvoir discrétionnaire en refusant d'admettre le message électronique en preuve (United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 3 avril 2002, Federal Reporter, 3rd series, vol. 285,

obtenus du demandeur pendant la procédure de communication des pièces (discovery) s'authentifiaient eux-mêmes, car "la production pendant la procédure de discovery de documents détenus par les parties est un motif suffisant pour considérer ces documents comme s'auto-authentifiant"[5]. Les juridictions prennent généralement en considération tous les éléments de preuve disponibles et ne rejettent pas les enregistrements électroniques comme étant des preuves à première vue insuffisantes.

6. À l'opposé, dans certains pays qui n'ont pas adopté la Loi type, les enregistrements électroniques, en particulier ceux issus d'opérations effectuées par l'intermédiaire d'Internet, sont considérés comme "dépourvus de valeur juridique"[6]. De plus, l'inquiétude face au risque de manipulation de ces enregistrements a conduit les juridictions à nier toute valeur probante, par exemple, aux messages électroniques dans le cadre de procédures judiciaires au motif que ce type de messages n'offre pas de garanties suffisantes d'intégrité[7].

7. La jurisprudence sur cette question est encore balbutiante et, étant donné le faible nombre de décisions judiciaires à ce jour, elle ne constitue pas une base suffisante pour tirer des conclusions définitives. On pourrait toutefois arguer que le commerce international tirerait sans doute profit de la plus grande sécurité juridique qui résulterait de dispositions uniformes prévoyant des critères pour la reconnaissance des enregistrements électroniques et des messages de données dans les échanges internationaux. Le paragraphe 2 de l'article 9 de l'avant-projet de convention reproduit, à cette fin, les critères énoncés à l'article 6 de la Loi type pour que les messages de données soient juridiquement reconnus comme des "écrits".

2. Attribution des messages et exigence d'une signature

8. L'utilisation de méthodes électroniques d'identification soulève deux questions qui méritent probablement d'être examinées par le Groupe de travail: premièrement celle, générale, de l'attribution d'un message à son expéditeur supposé et deuxièmement celle de savoir si la méthode d'identification utilisée par les parties est propre à satisfaire aux conditions légales de forme, en particulier à l'exigence d'une signature. Une attention particulière doit également être accordée aux notions juridiques qui impliquent l'existence d'une signature manuscrite, par exemple la notion de "document" dans certains systèmes juridiques. Même si ces deux questions sont souvent imbriquées voire, selon les circonstances, impossibles à

---

p. 808).

[5] *Superhighway Consulting, Inc. v. Techwave, Inc.*, United States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division, 16 novembre 1999, U.S. Dist. LEXIS 17910.

[6] Déclaration (non datée) de Ruy Rosado de Aguiar Jr., juge du Tribunal supérieur de justice du Brésil ("*Comércio eletrônico não tem valor jurídico*", à l'adresse www.trabalhodeeconomia.hpg.ig.com.br/juri.html, page consultée le 12 septembre 2003).

[7] Amtsgericht Bonn, Décision n° 3 C 193/01, 25 octobre 2001, *JurPC – Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 332/2002 (www.jurpc.de/rechtspr/20020332.htm, page consultée le 11 septembre 2003). Dans cette affaire, le demandeur a assigné le défendeur en paiement d'une commission pour ses services d'intermédiaire dans une vente de cigarettes en gros. Le tribunal a rejeté la demande faute de preuve de l'existence d'un accord en vue du versement d'une commission. Il a considéré que les tirages papier d'un message électronique produits par le demandeur et rejetés par le défendeur n'avaient pas de valeur probante, car "tout le monde sait" que les messages électroniques ordinaires peuvent être facilement altérés ou falsifiés.

dissocier complètement, il peut être utile de tenter de les analyser séparément, car les juridictions parviennent apparemment à des conclusions différentes suivant la fonction attribuée à la méthode d'identification.

a) Attribution des messages de données

9. La Loi type traite de l'attribution des messages de données dans son article 13, lequel tire son origine de l'article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, qui définit les obligations de l'expéditeur d'un ordre de paiement. L'article 13 est censé s'appliquer lorsque se pose la question de savoir si un message de données a réellement était envoyé par la personne qui est désignée comme l'expéditeur. Dans le cas d'une communication sur papier, le problème se poserait lorsque la signature de l'expéditeur présumé semble avoir été contrefaite. Dans un environnement électronique, il se peut qu'une personne non autorisée ait envoyé le message, l'authentification par codage, cryptage ou toute autre méthode étant néanmoins correcte. L'article 13 n'a pas pour objet d'attribuer une responsabilité mais plutôt de traiter la question de l'attribution des messages de données en établissant une présomption selon laquelle, dans certains cas, un message de données serait considéré comme émanant de l'expéditeur.

10. Le paragraphe 1 de l'article 13 de la Loi type rappelle le principe selon lequel l'expéditeur est lié par un message de données s'il l'a effectivement envoyé. Le paragraphe 2 se réfère au cas où le message n'a pas été envoyé par l'expéditeur mais par une personne autorisée à agir en son nom. Le paragraphe 3 traite de deux types de situations dans lesquelles le destinataire pourrait considérer qu'un message de données émane de l'expéditeur: d'une part, lorsqu'il a correctement appliqué une procédure d'authentification que l'expéditeur avait précédemment acceptée; et, d'autre part, lorsque le message de données résulte des actes d'une personne qui, de par ses relations avec l'expéditeur, a eu accès aux procédures d'authentification utilisées par ce dernier.

11. Un certain nombre de pays ont adopté la règle énoncée à l'article 13 de la Loi type, y compris la présomption d'attribution établie au paragraphe 3 de cet article[8]. La loi de certains pays considère expressément l'utilisation de codes, de mots de passe ou d'autres moyens d'identification comme des facteurs créant une présomption d'attribution du message[9]. Il existe également des versions plus générales de l'article 13, dans lesquelles la vérification correcte à l'aide d'une

---

[8] Voir Colombie (*Ley Número 527 de 1999: Ley de comercio electrónico*, art. 17); Équateur (*Ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos, 2002,* art. 10); Jordanie (Electronic Transactions Law (n° 85) of 2001, art. 15); Maurice (Electronic Transactions Act, 2000, art. 12-2); Philippines (Electronic Commerce Act, 2000, art. 18, par. 3); République de Corée (loi cadre sur le commerce électronique de 1999, art. 7, par. 2); Singapour (Electronic Transactions Act, 1998, art. 13-3); Thaïlande (loi sur les opérations électroniques de 2002, art. 16); et Venezuela (*Decreto n° 1024 de 10 de febrero de 2001 – Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas,* art. 9). Les mêmes règles ont également été adoptées dans la législation de Jersey (dépendance de la Couronne britannique) (Electronic Communications (Jersey) Law 2000, art. 8), des Bermudes (territoire d'outre-mer britannique) (Electronic Transactions Act, 1999, art. 16, par. 2) et des Îles Turques et Caïques (également territoire d'outre-mer britannique) (Electronic Transactions Ordinance, 2000, art. 14).

[9] Mexique (*Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, 26 avril 2000,* art. 90, par. I*).*

procédure précédemment convenue ne crée pas une présomption mais indique les éléments pouvant être utilisés à des fins d'attribution du message[10].

12. D'autres pays, en revanche, n'ont adopté que les règles générales de l'article 13 selon lesquelles un message de données émane de l'expéditeur s'il a été envoyé par l'expéditeur lui-même ou par une personne agissant en son nom ou encore par un système programmé par l'expéditeur ou en son nom pour fonctionner automatiquement[11]. Enfin, quelques pays qui ont incorporé la Loi type dans leur droit interne n'ont pas prévu de dispositions particulières fondées sur l'article 13[12]. Ces pays sont partis du principe qu'aucune règle particulière n'était nécessaire et qu'il valait mieux utiliser les mêmes moyens de preuve ordinaires pour l'attribution des messages que pour l'attribution des documents sur papier: "Celui qui désire invoquer une signature s'expose toujours à ce que celle-ci soit invalide. La règle demeure la même dans le cas des signatures électroniques[13].

13. Dans les pays qui n'ont pas adopté la Loi type, la législation ne contient apparemment pas de dispositions particulières traitant de l'attribution des messages d'une manière similaire. Dans ces pays, l'attribution dépend généralement de la reconnaissance juridique des signatures électroniques et des présomptions associées aux enregistrements authentifiés par des types particuliers de signature électronique.

14. L'avant-projet de convention ne contient pas pour l'instant de règles particulières d'attribution fondées sur l'article 13 de la Loi type. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner, toutefois, s'il serait utile d'énoncer des dispositions sur ce point séparément des dispositions sur les signatures électroniques. En effet, les signatures ne sont pas le seul mode d'identification reconnu par la loi pour attribuer des documents et des enregistrements à une personne déterminée, comme l'expliquent les commentaires officiels concernant l'article 9 de la loi uniforme des États-Unis sur les opérations électroniques[14]:

---

[10] Par exemple, la loi uniforme des États-Unis sur les opérations électroniques (Uniform Electronic Transactions Act (UETA)) prévoit dans son article 9 a) qu'un enregistrement électronique ou une signature électronique "peut être attribué à une personne si cet enregistrement ou cette signature était l'acte de cette personne. L'acte de la personne peut être prouvé par tout moyen, y compris par la démonstration de l'efficacité de toute procédure de sécurité appliquée pour déterminer à qui l'enregistrement électronique ou la signature électronique était attribuable". L'article 9 b) dispose en outre que l'effet d'un enregistrement électronique ou d'une signature électronique attribué à une personne en vertu de l'alinéa a) "est déterminé à partir du contexte et des circonstances entourant sa création, son exécution ou son adoption, y compris toute convention éventuelle des parties, et de toute autre manière prévue par la loi".

[11] Australie (Electronic Transactions Act, 1999, art. 15, par. 1)); des règles essentiellement identiques sont prévues dans la législation des pays suivants: Inde (Information Technology Act, 2000, art. 11); Pakistan (Electronic Transactions Ordinance, 2002, art. 13-2); Slovénie (Electronic Commerce and Electronic Signature Act, 2000, art. 5); Île de Man (dépendance de la Couronne britannique) (Electronic Transactions Act, 2000, art. 2); et Région administrative spéciale de Hong Kong (Chine) (Electronic Commerce Ordinance, 2000, art.18).

[12] Par exemple, le Canada, la France, l'Irlande, la Nouvelle-Zélande et l'Afrique du Sud.

[13] Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, Loi uniforme sur le commerce électronique (annotée), commentaire sur l'article 10-2 (www.ulcc.ca/fr/poam2/index.cfm?sec=1999&sub=1999ia, page consultée le 11 septembre 2003).

[14] National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, *Uniform Electronic Transactions Act (1999)*, loi approuvée et recommandée pour adoption dans tous les États à la 108e conférence annuelle (Denver, Colorado, 23-30 juillet 1999), avec préface et commentaires

"1. Conformément à l'alinéa a) [de l'article 9 de la loi uniforme], si l'enregistrement électronique ou la signature électronique résulte de l'action d'une personne, il ou elle sera attribué(e) à cette personne – l'effet juridique de cette attribution est traité à l'alinéa b). Cet article ne modifie pas les règles de droit existant en matière d'attribution. Son objet est d'assurer l'application de ces règles dans l'environnement électronique. Par action d'une personne, on entend également les actions des agents humains mais aussi celles d'un agent électronique – à savoir l'outil – de la personne. Bien que cette règle semble énoncer une évidence, elle garantit que l'enregistrement ou la signature sera attribué, non pas à une machine, mais à la personne exploitant ou programmant la machine.

L'enregistrement électronique comme la signature électronique seraient attribuables à une personne conformément à l'alinéa a) dans chacun des cas suivants:

A. Lorsque la personne tape son nom dans une commande par courrier électronique;

B. Lorsque l'employé de la personne, conformément au pouvoir qui lui a été donné, tape le nom de la personne dans une commande par courrier électronique;

C. Lorsque l'ordinateur de la personne, programmé pour commander des biens sur réception d'informations concernant les stocks suivant des paramètres particuliers, émet une commande dans laquelle figure le nom de la personne, ou d'autres informations identifiantes.

Dans chacun des cas susmentionnés, une loi autre que la loi uniforme sur les opérations électroniques attribuerait la signature et l'action à la personne si un support papier a été utilisé. L'alinéa a) prévoit expressément que le même résultat sera obtenu en cas d'utilisation d'un support électronique.

2. Aucune disposition [de l'article 9 de la loi uniforme] n'a d'incidence sur l'utilisation d'une signature pour attribuer un enregistrement à une personne. En effet, une signature est souvent le principal moyen d'attribuer un enregistrement. Dans les exemples qui précèdent, une fois que la signature électronique a été attribuée à la personne, l'enregistrement électronique lui serait également attribué, à moins que celle-ci n'établisse l'existence d'une fraude, d'une falsification ou d'un autre motif d'invalidation. Toutefois, une signature n'est pas le seul mode d'attribution.

3. L'utilisation de la transmission par télécopie fournit plusieurs exemples d'attribution à partir d'informations autres qu'une signature. Un fax peut être attribué à une personne en raison des informations imprimées en haut de la page qui indiquent la machine à partir de laquelle il a été envoyé. De même, le document transmis peut contenir un en-tête qui identifie l'expéditeur. Dans certaines décisions, cet en-tête a été considéré comme constituant effectivement une signature parce qu'il s'agissait d'un symbole adopté par l'expéditeur dans l'intention d'authentifier le fax. Toutefois, la détermination

(www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/ueta99.htm, page consultée le 11 septembre 2003).

de la signature découlait de la nécessité d'établir l'intention en l'espèce. Dans d'autres décisions, les en-têtes de fax n'ont PAS été considérés comme des signatures car l'intention requise était absente. L'important est qu'avec ou sans signature, l'information contenue dans l'enregistrement électronique sera très probablement suffisante pour fournir les éléments conduisant à l'attribution d'un enregistrement électronique à une partie déterminée.

En principe, le contenu de l'enregistrement fournira les informations nécessaires aux fins d'attribution. Il se peut également qu'une relation d'affaires durable entre les parties conduise à l'attribution de l'enregistrement. Tout comme pour un document papier, la preuve d'une falsification ou d'une contrefaçon peut être rapportée pour réfuter la preuve de l'attribution de l'enregistrement.

4. Un environnement électronique peut contenir certaines informations qui ne semblent pas attribuer un enregistrement particulier à une personne mais qui lient clairement les deux. Les codes numériques, les numéros d'identification personnels et les paires de clefs publique et privée servent à établir la partie à laquelle un enregistrement électronique devrait être attribué. Bien évidemment, les procédures de sécurité seront un autre élément de preuve dont on dispose pour établir l'attribution.

La mention expresse des procédures de sécurité en tant que moyen de prouver l'attribution d'un enregistrement est salutaire en raison de l'importance capitale de ce type de procédure dans l'environnement électronique. Dans certains cas, une procédure technique et technologique de sécurité peut être le meilleur moyen de convaincre un juge que tel ou tel enregistrement ou signature électronique est le fait d'une personne déterminée. Dans certaines circonstances, l'utilisation d'une procédure de sécurité pour établir qu'un enregistrement et la signature s'y rattachant proviennent de l'entreprise de la personne sera peut-être nécessaire pour réfuter une allégation de piratage informatique. Le fait que l'article mentionne les procédures de sécurité ne veut pas dire que d'autres formes de preuve devraient se voir attribuer un effet persuasif moindre. Il importe aussi de rappeler que la valeur particulière d'une procédure donnée n'a pas d'incidence sur son caractère même de procédure de sécurité mais influe seulement sur le poids à lui accorder en tant que preuve tendant à établir l'attribution."

15. Il semble également important de ne pas perdre de vue qu'une présomption d'attribution ne se substituerait pas à l'application des règles de droit sur les signatures, lorsqu'une signature est nécessaire pour valider ou prouver un acte. Lorsqu'il est établi qu'un enregistrement ou une signature est attribuable à une partie, "l'effet d'un enregistrement ou d'une signature doit être déterminé à la lumière du contexte et des circonstances, y compris toute convention éventuelle des parties" ainsi qu'en fonction "d'autres conditions légales envisagées à la lumière de ce contexte"[15].

16. il existe aussi une approche plus restrictive comme le montrent plusieurs récentes affaires de ventes aux enchères sur Internet, dans lesquelles les juridictions ont appliqué une règle stricte pour l'attribution de messages de données. Les actions

[15] Ibid.

avaient été le plus souvent intentées pour violation de contrat en raison du non-paiement de biens prétendument achetés aux enchères sur Internet, le demandeur soutenant chaque fois que le défendeur était l'acheteur, attendu que l'offre la plus élevée avait été authentifiée par le mot de passe du défendeur et avait été envoyée depuis l'adresse électronique de ce dernier. Les juridictions ont estimé que ces éléments n'étaient pas suffisants pour conclure avec certitude que le défendeur avait bien participé à la vente aux enchères et soumis l'offre retenue. Elles ont invoqué divers arguments pour justifier cette position. Par exemple, les mots de passe n'étaient pas fiables car toute personne connaissant le mot de passe du défendeur aurait pu utiliser l'adresse électronique de ce dernier depuis n'importe où et participer à la vente aux enchères en se servant de son nom[16]. Ce risque a été jugé "très élevé" par certaines juridictions, au vu des avis d'experts concernant les menaces d'atteinte à la sécurité des réseaux de communications par Internet, en particulier par l'utilisation de "chevaux de Troie" permettant de "voler" le mot de passe d'une personne[17]. Le risque d'une utilisation non autorisée d'un mode d'identification (mot de passe) devait être supporté par la partie qui offrait les biens ou services par un moyen particulier, faute de présomption légale selon laquelle les messages envoyés par l'intermédiaire d'un site Web sur Internet à l'aide du mot de passe d'une personne permettant d'accéder à ce site étaient attribuables à cette personne[18]. Une telle présomption pouvait éventuellement être attachée à une "signature électronique avancée", telle que définie dans la loi, mais le détenteur d'un simple "mot de passe" ne devait pas assumer le risque que celui-ci soit détourné par des personnes non autorisées[19].

17. Des règles uniformes d'attribution des messages de données seraient probablement utiles pour permettre à une partie de savoir avec plus de certitude à quels éléments elle peut se fier pour attribuer la responsabilité d'un message de données. Ces règles pourraient être formulées sous la forme d'une présomption, à partir d'éléments de l'article 13 de la Loi type. Elles peuvent avoir pour autre avantage de limiter la portée des questions devant être résolues par des règles communes sur les signatures électroniques, lesquelles ont souvent un objectif différent.

b) Exigence d'une signature

18. En ce qui concerne l'exigence d'une signature, une question que le Groupe de travail aura à examiner est de savoir si l'avant-projet de convention devrait se limiter à énoncer une disposition générale sur la reconnaissance des signatures électroniques ou s'il devrait fixer plus en détail les conditions de leur

---

16 Amtsgericht Erfurt, Décision n° 28 C 2354/01, 14 septembre 2001, *JurPC – Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 71/2002 (www.jurpc.de/rechtspr/20020071.htm, page consultée le 25 août 2003).

17 Landgericht Konstanz, Décision n° 2 O 141/01 A, 19 avril 2002, *JurPC – Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 291/2002 (www.jurpc.de/rechtspr/20020291.htm, page consultée le 25 août 2003).

18 Landgericht Bonn, Décision n° 2 O 450/00, 7 août 2001, *JurPC – Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 136/2002 (www.jurpc.de/rechtspr/20020136.htm, page consultée le 25 août 2003).

19 Oberlandesgericht Köln, Décision n° 19 U 16/02, 19 avril 2002, *JurPC – Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 291/2002 (www.jurpc.de/rechtspr/20020291.htm, page consultée le 25 août 2003).

reconnaissance juridique. Dans le premier cas, le Groupe de travail souhaitera peut-être insérer dans le nouvel instrument une disposition du paragraphe 1 de l'article 7 de la Loi type. Cette solution est présentée dans la variante A du paragraphe 3 du projet d'article 9. Dans le second cas, le Groupe de travail aurait recours à un texte plus détaillé semblable au paragraphe 3 de l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques. Cette solution est présentée dans la variante B du paragraphe 3 du projet d'article 9. Il est à noter que ces deux solutions ne s'excluent pas mutuellement, puisque le paragraphe 1 de l'article 7 de la Loi type sur le commerce électronique a servi de base à l'élaboration des règles plus détaillées du paragraphe 3 de l'article 6 de la Loi type sur les signatures électroniques.

19. En définitive, le choix entre les deux variantes implique de déterminer le niveau de détail souhaitable pour fournir des orientations utiles et assurer un degré d'uniformité acceptable. En tout état de cause, il semble important que les règles laissent une marge de manœuvre appropriée pour que les parties et les juges puissent évaluer l'adéquation et la fiabilité des méthodes d'authentification utilisées à la lumière de toutes les circonstances de l'espèce.

20. Dans certains pays, les juridictions ont eu tendance à interpréter l'exigence de signature de manière extensive. Les juges américains ont été réceptifs à la reconnaissance législative des signatures électroniques, admettant leur utilisation également dans des situations qui ne sont pas expressément prévues dans la loi habilitante, par exemple dans le cas des mandats judiciaires[20]. Fait plus important, dans le domaine contractuel, ils ont également déterminé si l'identification était adéquate en tenant compte des transactions entre les parties plutôt qu'en recourant à une règle stricte pour toutes les situations. Ainsi, lorsque les parties avaient régulièrement utilisé des messages électroniques dans leurs négociations, ils ont estimé que le nom dactylographié de l'expéditeur figurant dans un message électronique satisfaisait à l'exigence légale de signature[21]. Le "choix délibéré" d'une personne "de dactylographier son nom à la fin de tous ses messages électroniques" a été considéré comme une authentification valable[22]. Une

---

[20] *Department of Agriculture & Consumer Services v. Haire*, Court of Appeal of Florida, Décisions n°s 4D02-2584 et 4D02-3315, 15 janvier 2003 (www.4dca.org/Jan2003/01-15-03/4D02-2584op.pdf, page consultée le 12 septembre 2003).

[21] Dans l'affaire *Cloud Corporation v. Hasbro, Inc*., une action en violation de contrat a été intentée contre le défendeur, qui niait avoir passé un certain nombre de commandes. Les parties avaient communiqué par messagerie électronique. Il s'est avéré que certains des messages échangés n'étaient pas signés. Le tribunal de district a tranché en faveur du défendeur, la preuve des prétendus engagements d'achat n'ayant pas été faite. La cour d'appel a infirmé ce jugement, estimant que le nom de l'expéditeur figurant dans un message électronique satisfaisait à l'exigence de signature imposée par la loi sur les fraudes. Elle a également considéré que ni la *common law* ni le Code de commerce uniforme (Uniform Commercial Code) n'exigeaient de signature manuscrite, "même si une telle signature est une meilleure preuve d'identité qu'une signature dactylographiée". Selon la cour, la loi sur les fraudes a pour but "d'empêcher une partie contractante de soulever, à propos des clauses du contrat – voire de l'existence même d'un contrat – une contestation donnant matière à procès sur le seul fondement de ses propres allégations. Aucune signature manuscrite n'est requise à cette fin, en particulier dans un cas où, hormis l'écrit, il existe des éléments autres que les simples allégations de la partie pour prouver l'existence du contrat" (United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, 26 décembre 2002, Federal Reporter, 3rd series, vol. 314, p. 296).

[22] *Jonathan P. Shattuck v. David K. Klotzbach*, Superior Court of Massachusetts, 11 décembre 2001, 2001 Mass. Super. LEXIS 642. L'acheteur a assigné les vendeurs en exécution d'un

interprétation aussi extensive est adoptée par les juridictions colombiennes, qui ont confirmé l'admissibilité des procédures judiciaires menées entièrement au moyen de communications électroniques. Les conclusions échangées pendant ces procédures étaient valables, même si elles ne comportaient pas de signature numérique[23], attendu que les communications électroniques utilisaient des méthodes permettant d'identifier les parties[24].

21. À l'opposé, dans d'autres pays comme la France, les juridictions ont hésité à accepter les moyens électroniques d'identification comme équivalant à une signature manuscrite avant l'adoption d'une législation reconnaissant expressément la validité des signatures électroniques[25]. Parallèlement, toutefois, certaines décisions acceptent le dépôt par voie électronique de plaintes administratives pour respecter un délai fixé par la loi, du moins à condition que ces plaintes soient ensuite confirmées par courrier ordinaire[26].

22. Alors qu'elles ont adopté une approche restrictive pour l'attribution des messages de données dans la formation des contrats, les juridictions allemandes ont fait preuve de souplesse dans la reconnaissance des méthodes d'identification comme équivalant aux signatures manuscrites dans le cadre de procédures judiciaires. Le débat en Allemagne a porté sur l'utilisation de plus en plus fréquente d'images numérisées de la signature d'avocats pour authentifier des fax contenant des déclarations d'appel transmis directement par modem depuis un ordinateur à un télécopieur d'un tribunal. Dans les premières affaires jugées, les cours d'appel[27] et la cour fédérale (*Bundesgerichtshof*)[28] avaient estimé qu'une image numérisée

---

contrat de vente d'un bien immobilier et en réparation d'une prétendue violation de ce contrat. Les vendeurs ont présenté une requête en irrecevabilité alléguant qu'il n'y avait pas de contrat de vente écrit et signé satisfaisant aux conditions de forme fixées par les lois du Massachusetts. Les parties avaient négocié la vente d'un bien immobilier en échangeant des messages électroniques. Tous ces messages se terminaient par une signature dactylographiée. Le tribunal a considéré que les parties s'étaient entendues sur les clauses essentielles du contrat de vente: les parties, le lieu, la nature de l'opération et le prix d'achat, satisfaisant ainsi aux conditions posées par la loi sur les fraudes. Il a en outre estimé que l'intention du vendeur était d'authentifier les messages qu'il avait envoyés à propos des conditions de vente en y apposant son nom dactylographié.

[23] La Colombie a adopté la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Bien que la législation colombienne contienne une disposition générale semblable à l'article 7 de la Loi type, elle n'établit une présomption d'authenticité que pour les signatures numériques (*Ley Número 527 de 1999: Ley de comercio electrónico, article 28*).

[24] *Juan Carlos Samper v. Jaime Tapias*, Juzgado Segundo Promiscuo Municipal Rovira Tolima, 21 juillet 2003, Rad. 73-624-40-89-002-2003-053-00 (www.alfa-redi.org/documento/alexdiaz.pdf, page consultée le 12 septembre 2003).

[25] La Cour de cassation a jugé irrecevable une déclaration d'appel signée électroniquement, attendu qu'il existait des doutes sur l'identité de la personne ayant créé la signature et que la déclaration avait été signée électroniquement avant l'entrée en vigueur de la loi du 13 mars 2000, qui reconnaissait l'effet juridique des signatures électroniques (Cour de cassation, deuxième Chambre civile, 30 avril 2003, *Société Chalets Boisson* c. M. X., www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=239, page consultée le 12 septembre 2003).

[26] Conseil d'État, 28 décembre 2001, n° 235784, *Élections municipales d'Entre-Deux-Monts* (www.rajf.org/article.php3?id_article=467, page consultée le 12 septembre 2003).

[27] Par exemple, Oberlandesgericht Karlsruhe, Décision n° 14 U 202/96, 14 novembre 1997, *JurPC – Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 09/1998 (www.jurpc.de/rechtspr/19980009.htm, page consultée le 12 septembre 2003).

[28] Bundesgerichtshof, Décision n° XI ZR 367/97, 29 septembre 1998, *JurPC – Internet Zeitschrift*

d'une signature manuscrite ne satisfaisait pas aux exigences existant en matière de signature et ne prouvait pas l'identité d'une personne. Une fonction d'identification pouvait éventuellement être attribuée à une "signature électronique avancée", telle que définie dans la loi allemande. Toutefois, il incombait généralement au législateur et non aux juges d'établir les conditions d'équivalence entre les écrits et les communications dématérialisées par transferts de données[29]. Cette interprétation a finalement été infirmée en raison de l'opinion unanime des autres cours fédérales supérieures qui ont accepté la remise de certaines pièces de procédure par communication électronique d'un message de données contenant l'image numérisée d'une signature[30].

23. Il n'est pas dit que les considérations justifiant une approche souple dans le cadre de procédures d'appel judiciaire ou administratif puissent être directement transposées dans le contexte des contrats internationaux. En effet, si dans un contexte contractuel une partie s'expose au risque de voir l'accord rejeté par l'autre partie, dans une procédure civile, c'est généralement la partie utilisant une signature ou un enregistrement électronique qui souhaite confirmer qu'elle approuve l'enregistrement et son contenu. Néanmoins, la discussion ci-dessus montre comment les juridictions tendent dans la pratique à évaluer la fiabilité des méthodes d'authentification en fonction de la finalité de leur utilisation.

24. Le Groupe de travail souhaitera peut-être également tenir compte, dans ses débats, du fait que, conformément au paragraphe 3 de l'article 7 de la Loi type sur le commerce électronique et au paragraphe 5 de l'article 6 de la Loi type sur les signatures électroniques, un État adoptant a la possibilité d'exclure la reconnaissance des signatures électroniques dans certains cas devant être indiqués dans la législation interne. Pour favoriser au mieux l'harmonisation du droit au

---

für Rechtsinformatik, JurPC WebDok 291/2002 (www.jurpc.de/rechtspr/19990005.htm, page consultée le 12 septembre 2003).

[29] Le Bundesgerichtshof a reconnu que la jurisprudence acceptait depuis quelques temps l'utilisation du télécopieur pour la transmission de conclusions. Dans ces cas, toutefois, l'original devait être signé de la main de l'avocat et cette signature figurait généralement sur le fax reçu par les tribunaux. Or, les fax générés et transmis directement par ordinateur ne produisaient pas de document original sous forme matérielle. Le document n'était pas non plus signé de la main de l'avocat. Seule la version papier du fax imprimée par le télécopieur du tribunal constituait un document physique. Accepter les fax transmis par ordinateur reviendrait en définitive à renoncer à l'exigence d'un écrit fixé par la loi. Le législateur a été invité à fixer les conditions d'équivalence entre les écrits et les communications dématérialisées par transferts de données. Selon le Bundesgerichtshof, ce résultat ne pouvait être obtenu que par la loi et non par la jurisprudence (voir note 28).

[30] Dans une décision sur une affaire que lui avait soumise le Bundesgerichtshof (voir note 26 ci-dessus), le Sénat commun des Cours suprêmes de la Fédération (Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes) a noté que les conditions de forme dans les procédures judiciaires n'étaient pas une fin en soi. Leur but était d'assurer une détermination suffisamment fiable ("*hinreichend zuverlässig*") du contenu de l'écrit et de l'identité de la personne dont émanait cet écrit. Le Sénat commun a constaté que l'application, dans la pratique, des conditions de forme avait évoluée, de manière à tenir compte des récentes innovations technologiques, telles que le télex ou le fax. Il a estimé que l'acceptation de la remise de certaines pièces de procédure par communication électronique d'un message de données contenant une image numérisée d'une signature serait conforme à l'esprit de la jurisprudence existante (Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, GmS-OGB 1/98, 5 avril 2000, *JurPC – Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 160/2000 (www.jurpc.de/rechtspr/20000160.htm, page consultée le 12 septembre 2003)).

niveau international, l'idéal serait une liste d'exclusions arrêtée d'un commun accord. Il est admis, toutefois, que ce résultat ne sera probablement pas facile à obtenir. Une solution possible, que le Groupe de travail voudra peut-être examiner, serait d'exclure seulement les cas dans lesquels la législation interne soit rejette catégoriquement les signatures électroniques, soit prescrit l'utilisation d'un type particulier de signature électronique ("signature avancée" ou "signature sécurisée").

A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.4

Note du secrétariat sur les aspects juridiques du commerce électronique: contrats électroniques: informations générales, document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-deuxième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
III.	Questions relatives à l'utilisation de messages de données dans les contrats internationaux	1-24
D.	Systèmes d'information automatisés	1-13
1.	Responsabilité pour les systèmes d'information automatisés	3-5
2.	Erreurs dans les messages et les communications	6-13
E.	Incorporation et accessibilité des clauses contractuelles	14-24
1.	Incorporation de clauses contractuelles et clauses contradictoires	15-18
2.	Accessibilité des clauses contractuelles	19-24

III. Questions relatives à l'utilisation de messages de données dans les contrats internationaux

D. Systèmes d'information automatisés

1. Les systèmes d'information automatisés, parfois appelés "agents électroniques", sont de plus en plus utilisés dans le commerce électronique et ont amené les juristes, en particulier aux États-Unis d'Amérique, à réexaminer les théories classiques de la formation des contrats en *common law* afin de déterminer si elles convenaient dans le cas des contrats passés sans intervention humaine[1].

2. Apparemment, les conventions existantes établissant des règles uniformes n'excluent aucunement le recours à des systèmes automatisés, par exemple pour délivrer des bons d'achat ou traiter des commandes. Cela est, semble-t-il, le cas de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises[2], qui autorise les parties à établir leurs propres règles[3], par exemple

[1] Voir Anthony J. Bellia, Jr., "Contracting with electronic agents", *Emory Law Journal*, vol. 50, automne 2001, p. 1047 à 1092.

[2] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, n° 25567, (également consultable à la page suivante: www.uncitral.org/french/texts/sales/CISG.htm).

[3] Convention des Nations Unies sur les ventes, art. 9.

dans un accord d'échange de données informatisées entre partenaires commerciaux régissant l'utilisation "d'agents électroniques". La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique ne comporte pas quant à elle de règle précise à ce sujet. Bien qu'aucune disposition de la Loi type ne semble faire obstacle à l'utilisation de systèmes entièrement automatisés, celle-ci ne traite pas expressément de ces systèmes, si ce n'est qu'elle établit une règle générale relative à l'attribution des messages de données établis dans son article 13-2 b)[4].

1. Responsabilité pour les systèmes d'information automatisés

3. Lors d'un débat antérieur sur cette question, le Groupe de travail avait estimé que si l'expression "agent électronique" avait été utilisée par souci de commodité, l'analogie entre un système automatisé et un agent commercial n'était pas adéquate. Les principes généraux du droit de la représentation (par exemple les principes concernant la limitation de la responsabilité en raison d'une faute du représentant) n'étaient pas applicables au fonctionnement de tels systèmes. Le Groupe de travail a également estimé que le principe général devait être que la personne (physique ou morale) pour le compte de laquelle un ordinateur avait été programmé devrait demeurer responsable de tout message créé par la machine (A/CN.9/484, par. 106 et 107).

4. Actuellement, l'attribution des actions d'un système d'information automatisé à une personne physique ou morale se fonde sur le principe qu'un tel système ne peut fonctionner que dans les limites techniques prédéfinies lors de sa programmation. Toutefois, on peut envisager, au moins en théorie, que de nouvelles générations de systèmes d'information automatisés ayant la capacité d'agir de façon autonome et pas simplement de façon automatique seront mises au point à l'avenir. Ainsi, grâce aux progrès de l'intelligence artificielle, un ordinateur peut être "capable de tirer des leçons de l'expérience, modifier les instructions de ses propres programmes et même concevoir de nouvelles instructions"[5]. Cette possibilité a amené certains auteurs à aller jusqu'à préconiser l'attribution d'au moins certains éléments de la personnalité juridique aux systèmes d'information automatisés[6] ou une transposition de la théorie générale de la représentation aux opérations informatisées[7]. Toutefois, d'autres auteurs semblent moins enclins à faire assumer une responsabilité à des machines et préfèrent se référer à des notions générales de droit telles que la "foi accordée" et la "bonne foi" pour déterminer le lien entre l'ordinateur et la personne pour le compte de laquelle cet ordinateur fonctionne[8].

---

[4] L'article 13-2 b) de la Loi type dispose qu'en ce qui concerne la relation entre l'expéditeur et le destinataire, un message de données est réputé émaner de l'expéditeur s'il a été envoyé "par un système d'information programmé par l'expéditeur ou en son nom pour fonctionner automatiquement".

[5] T. Allen et R. Widdison, "Can computers make contracts?", *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 9, hiver 1996, p. 25 à 52.

[6] Par exemple, B. Solum, "Legal personhood for artificial intelligences", *North Carolina Law Review*, vol. 70, 1992, pp. 1231 à 1287, et Leon E. Wein, "The responsibility of intelligent artifacts: toward an automated jurisprudence", *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 6, 1992, p. 103 à 154.

[7] David D. Wong, "The emerging law of electronic agents: e-commerce and beyond", *Suffolk University Law Review*, vol. 33, 1999, p. 83 à 106.

[8] Voir Jean-François Lerouge, "The use of electronic agents questioned under contractual law: suggested solutions on a European and American level", *John Marshall Journal of Computer*

5. Même s'il ne semble pas nécessaire de modifier les règles générales du droit des contrats, il pourrait être utile d'indiquer clairement dans un nouvel instrument international que les actions de systèmes automatisés programmés et utilisés par des personnes lieront. l'utilisateur de ces systèmes, indépendamment de la question de savoir si une opération particulière a fait l'objet d'une vérification humaine.

2. Erreurs dans les messages et les communications

6. La question des erreurs dans le contexte du commerce électronique est étroitement liée à celle de l'utilisation de systèmes d'information automatisés. Ces erreurs peuvent résulter soit d'actions humaines (par exemple erreur de dactylographie), soit d'un mauvais fonctionnement du système d'information utilisé.

a) Erreurs humaines

7. Étant donné que la Loi type n'aborde pas les questions de fond concernant la formation des contrats, elle ne traite pas des conséquences des erreurs dans le contexte des contrats électroniques. Toutefois, certaines lois uniformes récentes donnant effet à la Loi type, par exemple la Loi uniforme sur le commerce électronique du Canada et la loi uniforme sur les opérations électroniques des États-Unis (United States Uniform Electronic Transactions Act (UETA), contiennent des dispositions concernant les erreurs commises par des personnes physiques lorsqu'elles traitent avec le système d'information automatisé d'une autre personne. Les dispositions pertinentes de loi canadienne (art. 22) et de l'UETA (art. 10) fixent les conditions dans lesquelles une personne physique n'est pas liée par un contrat si elle a commis une erreur importante.

8. Les dispositions telles que celles figurant dans la loi canadienne et l'UETA semblent être justifiées par le fait que le risque qu'une erreur ne soit pas remarquée est relativement plus élevé dans le cas d'opérations faisant intervenir une personne physique d'une part et un système d'information automatisé d'autre part que dans le cas d'opérations faisant intervenir seulement des personnes physiques. Les erreurs commises par une personne physique en pareille circonstance risquent d'être irréversibles une fois que l'acception est envoyée.

9. On peut faire valoir en faveur de l'élaboration d'une règle de fond concernant les conséquences des erreurs informatiques que d'autres textes internationaux tels que les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international traitent, bien que de façon restrictive, des conséquences des erreurs sur la validité du contrat (voir art. 3.5 et 3.6). Toutefois, on peut avancer comme argument contraire qu'une disposition de ce type empiéterait sur des notions bien établies du droit des contrats et ne conviendrait peut-être pas dans un instrument traitant spécialement du commerce, car on risquerait d'aboutir à des régimes juridiques faisant double emploi (voir A/CN.9/WG.IV/WP.96, p. 5, et A/CN.9/WG.IV/WP.101, p. 4).

10. Une solution légèrement différente pourrait être d'envisager uniquement des dispositions destinées à promouvoir de bonnes pratiques commerciales, par exemple en encourageant les entreprises à offrir des moyens de déceler et de corriger les

---

and Information Law, vol. 18, hiver 1999, p. 403 à 433. Pour une analyse de la même question du point de vue de la *common law*, voir C. C. Nicoll, "Can computers make contracts?", *The Journal of Business Law*, janvier 1998, p. 42.

erreurs commises lors de la négociation de contrats électroniques, sans traiter des conséquences de ces erreurs sur la validité de ces contrats. L'article 11-2 de la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000[9] relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur impose une telle obligation aux prestataires des "services de la société de l'information". Toutefois, lors de l'application de cette directive, les États ont prévu un certain nombre de conséquences supplémentaires en cas de manquement des parties à leur obligation de fournir les moyens de déceler et de corriger les erreurs commises lors de la négociation de contrats électroniques. Par exemple, en Autriche[10], en Irlande[11], en Italie[12] et en Espagne[13], un tel manquement constitue un délit administratif passible d'une amende[14]. En Allemagne[15], il a pour effet de prolonger le délai pendant lequel le consommateur peut résoudre un contrat, ce délai ne commençant à courir qu'à partir du moment où le commerçant s'est acquitté de ses obligations. Une conséquence similaire est prévue au Royaume-Uni, où le consommateur est fondé à annuler le contrat, à moins qu'un tribunal compétent pour connaître des litiges portant sur le contrat en question n'en décide autrement à la demande du prestataire de services[16].

b) Erreurs produites par les systèmes d'information

11. Une autre question qu'il a été suggéré de soumettre à la CNUDCI est celle de savoir si le nouvel instrument devrait traiter des erreurs commises par le système automatisé lui-même. Lors de son premier débat sur cette question, le Groupe de travail de la CNUDCI sur le commerce électronique avait estimé que les erreurs commises par un tel système devraient être imputées en dernier ressort aux personnes pour le compte desquelles ce système était exploité. Néanmoins, le Groupe de travail a reconnu qu'une atténuation de ce principe pouvait être justifiée dans certaines circonstances, par exemple quand un système automatisé générait des messages erronés d'une manière que la personne pour le compte de laquelle il était exploité n'aurait pas pu raisonnablement prévoir. Il a été dit que l'un des éléments à prendre en considération lorsqu'on envisageait la possibilité de limiter la responsabilité de la partie pour le compte de laquelle le système était exploité était la mesure dans laquelle cette partie exerçait un contrôle sur le logiciel ou sur

---

9 *Journal officiel des Communautés européennes,* n° L 17, 17 juillet 2000, p. 1 à 16.

10 *Bundesgesetz mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden (E-Commerce-Gesetz—ECG) und Änderung des Signaturgesetzes sowie der Zivilprozessordnung* (*Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, 2001, p. 1977), sect. 26, par. 4.

11 European Communities (Directive 2000/31/EC) Regulations 2003, regulation 13 (5).

12 *Decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70*, art. 21, par. 1.

13 *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, art. 38 et 39.

14 *Bundesgesetz mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden (E-Commerce-Gesetz—ECG) und Änderung des Signaturgesetzes sowie der Zivilprozessordnung* (*Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, 2001, p. 1977), sect. 26, par. 4.

15 *Bürgerliches Gesetzbuch*, sect. 312e, par. 1, première phrase.

16 Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002 (Statutory Instrument 2002 n° 2013), regulation 15.

d'autres aspects techniques de la programmation de ce système (A/CN.9/484, par. 108).

12. La complexité des questions qui se posent peut être illustrée par trois affaires très similaires sur lesquelles des tribunaux allemands ont statué de façon opposée[17]. Ces affaires avaient trait à la vente de marchandises proposées par erreur sur Internet à un prix inférieur au prix que le vendeur avait l'intention de demander. Dans les trois cas, on avait utilisé des applications interactives qui produisaient des réponses automatiques du vendeur indiquant que la "commande" (*Auftrag*) du consommateur serait immédiatement "exécutée" (*ausgeführt*). On a supposé que les erreurs étaient d'origine informatique et s'étaient produites lors du traitement et de l'affichage des informations fournies par le vendeur sur des sites Internet administrés par des prestataires de services Internet indépendants. Les tribunaux ont affirmé le principe selon lequel les communications automatisées étaient attribuables aux personnes pour le compte desquelles le système avait été programmé et au nom desquelles les messages avaient été envoyés. Ils ont tous considéré que le fait de proposer des marchandises sur Internet constituait une simple invitation à l'offre (*invitatio ad offerendum*) et qu'un contrat liant les parties n'était conclu qu'une fois que le vendeur avait accepté l'offre de l'acheteur. Ils ont affirmé en outre la valeur juridique des messages envoyés par la fonction de réponse automatique en tant qu'expression de volonté (*Willenserklärung*) liant les parties et acceptation valable aux fins de la formation du contrat.

13. Néanmoins, une cour d'appel a statué que l'erreur de prix dans la publicité sur Internet avait vicié l'acceptation du vendeur et l'avait rendue non valable[18]. Deux tribunaux de première instance ont quant à eux considéré l'invitation à entamer des négociations exprimée par la publicité sur Internet comme un acte juridique distinct de l'acceptation finale de l'offre de l'acheteur, de sorte que l'erreur commise dans la publicité n'avait pas d'incidence sur la validité de l'acceptation par le vendeur[19]. Bien que certaines différences d'ordre matériel aient pu influer sur la façon dont il a été statué sur ces trois affaires[20], il semblerait que le manque de cohérence entre ces décisions soit dû à des points de vue contradictoires en ce qui concerne la répartition des risques de mauvais fonctionnement des sites Web commerciaux.

---

17 Oberlandesgericht Frankfurt, 20 novembre 2002, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 91/2003 (www.jurpc.de/rechtspr/20030091.htm); Landgericht Köln, 16 avril 2003, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik,* JurPC WebDok 138/2003 (www.jurpc.de/rechtspr/20030138.htm); et Amtsgericht Westerburg, Affaire No. 21 C 26/03, 14 mars 2003, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 184/2003 (www.jurpc.de/rechtspr/20030184.htm). Sites consultés le 9 septembre 2003.

18 Oberlandesgericht Frankfurt: "Die unrichtige Übermittlung der 'invitatio ad offerendum' wirkte bei der infolge der entsprechenden Programmierung automatisch erstellten und dann an den Rechner des Klägers elektronisch übermittelten Annahmeerklärung der Beklagten noch fort." (www.jurpc.de/rechtspr/20030091.htm).

19 Landgericht Köln: "Eine auf diesen Irrtum gestützte Anfechtung kommt gleichwohl nicht in Betracht, weil der Irrtum nach dem klägerischen Sachvortrag allenfalls bei der Einstellung der Preisangaben ins Internet, nicht aber zum massgeblichen Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung vorgelegen hat." (www.jurpc.de/rechtspr/20030138.htm). Voir aussi Amtsgericht Westerburg (www.jurpc.de/rechtspr/20030184.htm).

20 Par exemple le fait que, dans l'affaire de Francfort, le prix annoncé par erreur représentait seulement 1 % de la valeur habituelle du produit, alors que dans l'affaire de Cologne, le tribunal a déterminé que le prix, bien qu'étant sans doute inférieur de quelque 50 % au prix normal du marché, n'était pas inhabituel (keine Seltenheit) pour une vente sur Internet.

E. Incorporation et accessibilité des clauses contractuelles

14. Une autre question qui se pose à propos des contrats formés entièrement ou en partie au moyen de systèmes d'information automatisés est celle de l'effet juridique de l'incorporation par référence de clauses contractuelles accessibles par l'intermédiaire d'un "lien hypertexte". L'accessibilité des clauses contractuelles ainsi que leur conservation ou leur reproduction constituent une autre question.

1. Incorporation de clauses contractuelles et clauses contradictoires

15. La question de l'incorporation des clauses contractuelles est traitée dans l'article 5 *bis* de la Loi type. Cette disposition fixe comme règle générale que l'information n'est pas privée de sa validité ou de sa force exécutoire au seul motif qu'elle a été incorporée par référence. Les lois nationales ne s'en tiennent pas le plus souvent à cette règle générale et fixent les conditions de fond à remplir pour que les clauses incorporées par référence aient force exécutoire. Dans ce contexte, il semblerait que les tribunaux fassent une distinction entre les clauses formulées par une partie qui essaie d'en obtenir l'exécution à l'encontre de l'autre partie et celles établies par un tiers qui sont destinées à être appliquées à toutes les opérations négociées sur un marché donné ou par l'intermédiaire d'un mécanisme donné mis à disposition par ce tiers. S'agissant du premier cas, il semblerait que, dans de nombreux systèmes juridiques, les tribunaux ne considèrent pas automatiquement qu'une partie accepte les clauses incorporées par référence. Certains tribunaux ont en fait exigé un acte d'incorporation spécifique et statué que la simple présence de clauses dans une source facilement accessible (telle que le site Web d'une partie) n'était pas suffisante pour assurer l'incorporation effective de ces clauses à un contrat dans lequel elles n'étaient pas par ailleurs mentionnées[21]. Les tribunaux ne semblent pas avoir exclu catégoriquement la possibilité que des clauses puissent être incorporées par le simple fait de cliquer sur un bouton portant la mention "J'accepte" sur un écran d'ordinateur[22]. Néanmoins, certains tribunaux ont souvent exigé qu'il soit démontré sans ambiguïté que la partie donnant son acceptation ait soit eu la possibilité de consulter effectivement ces clauses et de les lire, soit été prévenue de façon adéquate, par une note bien visible ou d'une autre façon, de l'existence de ces clauses et du fait qu'elles s'appliquaient à l'opération en question[23].

---

[21] Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Affaire n° 3 U 168/00, 13 juin 2002, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 288/2002 (disponible à la page www.jurpc.de/rechtspr/20020288.htm, consultée le 1er septembre 2003).

[22] Voir *Lawrence Groff v. America Online, Inc.*, Superior Court of Rhode Island, 27 mai 1998, LEXIS 46 (R.I. Super., 1998) (disponible à la page http://legal.web.aol.com/decisions/dlother/groff.html, consultée le 3 septembre 2003); *Hotmail Corp. v. Van$ Money Pie*, United States District Court for the Northern District of California, 16 avril 1998, U.S. Dist. LEXIS 10729 (U.S. Dist., 1998); *Steven J. Caspi et al. v. The Microsoft Network, L.L.C., et al*, Superior Court of New Jersey, Appellate Division, 2 juillet 1999 (New Jersey Superior Court Reports, vol. 323, p. 118); et *I. Lan Systems, Inc. v. Netscout Service Level Corp.*, United States District Court, District of Massachusetts, 2 janvier 2002 (Federal Supplement, 2nd series, vol. 183, p. 328).

[23] Voir par exemple affaire *Specht v. Netscape Communications Corp.*, Federal Supplement, 2nd series, vol. 150, p. 585, jugement confirmé dans *Specht v. Netscape Communications Corporation and America Online, Inc.*, United States Court of Appeals for the Second Circuit, 1er octobre 2002, Federal Reporter, 3rd series, vol. 306, p. 17.

16. Dans certains systèmes juridiques, les tribunaux semblent faire une distinction entre les clauses contractuelles élaborées par l'une des parties et celles élaborées par une entité extérieure (un tiers) qui met une plate-forme électronique à la disposition des parties pour la conduite de leurs négociations. Cette question s'est posée par exemple à propos de ventes aux enchères sur Internet en Allemagne. Dans une affaire déjà ancienne, un tribunal de première instance de ce pays a statué qu'une personne offrant des marchandises par l'intermédiaire d'une plate-forme de vente aux enchères sur Internet n'avait pas fait une offre ferme mais seulement invité à faire des offres concernant les marchandises durant une période déterminée[24]. Le fait que, dans les conditions générales de l'exploitant de la plate-forme de vente aux enchères, il était indiqué que l'offre de vente était "ferme et irrévocable" n'a pas été considéré comme déterminant. Cette décision a été ultérieurement annulée par la cour d'appel, qui a statué qu'il n'était pas nécessaire que les parties mentionnent expressément ou incorporent d'une autre façon dans leurs communications les conditions générales de l'exploitant de la plate-forme de vente aux enchères qui soulignaient le caractère ferme des offres de vente. Les deux parties devaient être réputées avoir accepté auparavant ces conditions générales[25]. Cette interprétation a été suivie par d'autres tribunaux[26] et également confirmée par la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*), qui a statué que le vendeur aurait pu, s'il l'avait voulu, éviter de donner l'impression d'être lié par son offre en insérant une déclaration appropriée dans ses réponses automatiques. En revanche, une réserve aux conditions générales qui n'était pas reconnaissable en tant que telle par les destinataires de l'offre ne pouvait pas leur être opposée[27].

17. Une autre question qui se pose à propos de la formation des contrats par l'intermédiaire de systèmes d'information automatisés est celle de l'effet juridique des clauses contractuelles affichées sur un écran mais auxquelles une partie ne s'attend pas nécessairement. Cette question est directement liée à celle des "conflits de formulaire", qui peut constituer un problème sérieux dans le contexte des opérations électroniques, en particulier lorsque des systèmes entièrement automatisés sont utilisés et qu'aucun moyen n'est prévu pour rendre compatibles des clauses contractuelles contradictoires.

18. Aucune de ces questions n'est traitée à l'article 5 *bis* de la Loi type, qui énonce seulement une règle générale visant à confirmer l'effet juridique des informations incorporées par référence. En outre, ni la Loi type, ni la Convention des Nations Unies sur les ventes ne règlent expressément le problème bien connu du "conflit de formulaires"[28]. Compte tenu de l'importance de ce problème et de la

---

24 Landgericht Münster, 21 janvier 2000, Affaire n° 4 O 424/99, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 60/2000 (disponible à la page www.jurpc.de/rechtspr/20000060.htm, consultée le 1er septembre 2003).

25 Oberlandesgericht Hamm, 14 décembre 2000, Affaire n° 2 U 58/00, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 255/2000 (disponible à la page www.jurpc.de/rechtspr/20000255.htm, consultée le 1er septembre 2003).

26 Amtsgericht Hannover, 7 septembre 2002, Affaire n° 501 C 1510/01, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 299/2002 (disponible à la page www.jurpc.de/rechtspr/20020299.htm, consultée le 1er septembre 2003).

27 Bundesgerichtshof, 7 novembre 2001, Affaire n° VIII ZR 13/01, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 255/2001 (disponible à la page www.jurpc.de/rechtspr/20010255.htm, consultée le 1er septembre 2003).

28 La Convention des Nations Unies sur les ventes résout cette question de façon implicite dans

façon très différente, tant sur le plan des principes que dans la pratique, dont les questions susmentionnées sont traitées dans les lois nationales[29], on peut penser que d'importants obstacles s'opposeraient à une harmonisation internationale.

2. Accessibilité des clauses contractuelles

19. Exception faite des conventions purement orales, la plupart des contrats négociés par des moyens classiques laissent une trace tangible quelconque à laquelle les parties peuvent se référer en cas de doute ou de litige. S'agissant des contrats électroniques, cette trace, qui peut revêtir la forme d'un message de données, peut n'être conservée que temporairement ou n'être accessible qu'à la partie dont le système d'information a été utilisé pour la conclusion du contrat. Par conséquent, certaines dispositions législatives récentes concernant le commerce électronique comme la Directive de l'Union européenne exigent qu'une personne offrant des biens ou des services par l'intermédiaire de systèmes d'information accessibles au public mette à disposition des moyens permettant de conserver ou d'imprimer les clauses contractuelles.

20. La création de telles obligations spécifiques semble répondre à un souci d'accroître la certitude juridique, la transparence et la prévisibilité lorsqu'il est fait appel à des moyens électroniques pour des opérations internationales. Il n'est donc peut-être pas déraisonnable d'exiger que soient communiquées certaines informations ou que soient fournis certains moyens techniques afin de faire en sorte que les clauses contractuelles soient accessibles sous une forme qui permette de les conserver et de les reproduire, en l'absence de convention préalable entre les parties, telle qu'un accord de partenariat commercial ou un autre type d'accord.

21. Aucune obligation similaire n'est prévue par la Convention des Nations Unies sur les ventes ni par la plupart des instruments internationaux traitant des contrats commerciaux. Le Groupe de travail a dû examiner la question de savoir si, à priori, il devrait proposer de soumettre les parties qui utilisent des moyens électroniques pour la conduite de leurs affaires à des obligations spécifiques qui ne leur sont peut-être pas imposées lorsqu'elles passent contrat par des moyens plus classiques. L'un des arguments avancés contre l'incorporation d'obligations d'information dans un nouvel instrument international établissant des règles uniformes était que les conséquences du non-respect d'une telle obligation par une partie devraient être raisonnables et bien définies (voir A/CN.9/WG.IV/WP.96, annexe, p. 8).

22. Pour l'instant, deux points de vue coexistent au sein du Groupe de travail. Selon une opinion, la question de l'obligation de révéler certaines informations devrait être régie par des normes ou des principes directeurs sectoriels internationaux ou, au niveau national, par les régimes réglementaires applicables à la fourniture de services en ligne, en particulier la réglementation visant à protéger le consommateur, et non dans une convention internationale traitant des contrats électroniques (A/CN.9/509, par. 63). Selon l'autre point de vue, l'obligation de

---

son article 19-2. Des règles précises figurent dans les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (Unidroit, Rome, 1994).

[29] Une vue d'ensemble des différences entre le droit des États-Unis et le droit européen est présentée dans James R. Maxeiner, "Standard terms contracting in the global electronic age: European alternatives", *Yale Journal of International Law*, vol. 28, n° 1 (hiver 2003), p. 109 à 182.

révéler certaines informations essentielles concernant une entreprise commerciale encouragerait de bonnes pratiques commerciales et accroîtrait la confiance dans le commerce électronique (A/CN.9/509, par. 64).

23. La mise en application de la Directive de l'Union européenne n'a pas permis de déterminer quelles devaient être les conséquences si les "services de la société de l'information" ne se conformaient pas aux dispositions de la Directive sur ce point. En l'absence de sanctions uniformes, les États membres de l'Union européenne ont prévu différentes conséquences dans leurs lois nationales[30]. Les lois de l'Autriche[31], de l'Irlande[32], de l'Italie[33] et de l'Espagne[34], par exemple, prévoient que le fait de ne pas mettre à disposition les clauses contractuelles constitue un délit administratif passible d'une amende[35]. Au Royaume-Uni, la loi établit une distinction entre l'obligation d'information et l'accessibilité des clauses contractuelles. Dans le premier cas, l'exécution d'une telle obligation peut être obtenue au moyen d'une action en dommages-intérêts pour violation d'une obligation légale intentée contre le prestataire de services par n'importe quel bénéficiaire du service[36]. Dans le deuxième cas, le client peut demander à tout tribunal compétent pour connaître des litiges portant sur le contrat d'ordonner au prestataire de services de se conformer à cette exigence[37]. En Allemagne, un tel manquement a pour effet de prolonger le délai pendant lequel le consommateur peut résoudre le contrat, qui ne commence à courir qu'à partir du moment où le commerçant s'est acquitté de ses obligations[38]. Dans la plupart des cas, ces sanctions n'excluent pas d'autres conséquences qui peuvent être prévues par la loi, par exemple celles imposées en cas de manquement aux règles relatives au libre jeu de la concurrence[39].

---

[30] Cela a été l'un des arguments avancés par la Chambre de commerce internationale dans sa critique de la disposition correspondante de l'avant projet de convention (A/CN.9/WG.IV/WP.101).

[31] *Bundesgesetz mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden (E-Commerce-Gesetz—ECG) und Änderung des Signaturgesetzes sowie der Zivilprozessordnung* (*Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, 2001, p. 1977), sect. 26, par. 4.

[32] European Communities (Directive 2000/31/EC) Regulations 2003, regulation 7 (2).

[33] *Decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70*, art. 21, par. 1.

[34] *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, art. 38 et 39.

[35] *Bundesgesetz mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden (E-Commerce-Gesetz—ECG) und Änderung des Signaturgesetzes sowie der Zivilprozessordnung* (*Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, 2001, p. 1977), sect. 26, par. 4.

[36] Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002 (Statutory Instrument 2002 n° 2013), sect. 11 (2), regulation 13.

[37] Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002 (Statutory Instrument 2002 n° 2013), sect. 11 (2), regulation 14.

[38] *Bürgerliches Gesetzbuch*, sect. 312e, par. 1, première phrase.

[39] Les tribunaux allemands ont statué par exemple que le fait pour une société de ne pas révéler son nom et son adresse comme l'exige la loi allemande sur la vente à distance (*Fernabsatzgesetz*), qui se fonde dans une large mesure sur une directive de la Commission européenne, représentait un acte de concurrence déloyale qui justifiait que les concurrents de cette société puissent demander qu'une injonction lui soit adressée. (Oberlandesgericht Frankfurt, Affaire n° 6 W 37/01, 17 avril 2001, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 135/2001 (www.jurpc.de/rechtspr/20010135.htm).

24. Le Groupe de travail voudra peut-être se poser la question de savoir si l'avant-projet de convention devrait établir un régime uniforme de conséquences en cas de manquement au projet d'article 15 et, dans l'affirmative, examiner quel type de conséquence pourrait être approprié. Prévoir l'invalidité des contrats commerciaux en cas de manquement à des obligations d'information serait certainement une solution sans précédent dans un texte de la CNUDCI étant donné que d'autres textes comme la Convention des Nations Unies sur les ventes ne traitent pas de la validité des contrats. Par ailleurs, en prévoyant d'autres types de sanctions, fondées par exemple sur la responsabilité extracontractuelle, ou encore des sanctions administratives, on sortirait probablement du cadre des travaux accomplis jusqu'à maintenant par la CNUDCI. Une autre solution que le Groupe de travail pourrait envisager serait d'élaborer des règles limitant le droit d'une partie d'invoquer ou de faire exécuter des clauses contractuelles qui n'ont pas été mises à la disposition de l'autre partie conformément au projet d'article 15.

D. Document de travail sur les aspects juridiques du commerce électronique: contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention: commentaires de la Chambre de commerce internationale, présentés au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-deuxième session

(A/CN.9/WG.IV/WP.105) [Original: Anglais]

Le Secrétariat a reçu les commentaires d'un groupe de travail mis en place par la Chambre de commerce internationale concernant l'examen par le Groupe de travail de la CNUDCI d'un éventuel nouvel instrument international sur les contrats électroniques. On trouvera en annexe à la présente note une traduction du texte de ces commentaires tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.

ANNEXE

Les E-terms 2004 de la CCI et la CNUDCI

1. Introduction

La Chambre de commerce internationale (CCI) remercie la CNUDCI de l'avoir invité à faire connaître son point de vue sur les propositions actuelles de la Commission concernant le cadre juridique pour la conclusion de contrats électroniques.

À la dernière session du Groupe de travail IV de la CNUDCI, qui s'est tenue à New York du 5 au 9 mai 2003, la CCI a fait savoir à la Commission qu'elle élaborerait un instrument juridique d'autoréglementation fondé sur une évaluation des pratiques et des besoins des entreprises en matière de passation de contrats par voie électronique. La proposition de la CCI est présentée dans un document de l'ONU publié sous la cote A/CN.9/WG.IV/WP.101.

Le présent document décrit brièvement les activités et les progrès réalisés par la CCI depuis la session de mai 2003. Celle-ci se réjouit de pouvoir fournir de plus amples renseignements au Groupe de travail de la CNUDCI à la prochaine session qu'il tiendra à Vienne du 17 au 21 novembre.

2. Groupe de travail de la CCI sur les contrats électroniques

Afin d'orienter les travaux de manière appropriée, la CCI a créé un groupe de travail sur les contrats électroniques, coprésidé par:

→ **M. Charles Debattista** (Royaume-Uni), professeur de droit commercial à l'Université de Southampton et président du Groupe de travail de la CCI sur les Incoterms;

→ **M. Christopher Kuner** (Belgique), associé du cabinet Hunton et Williams et président du Groupe de travail de la CCI sur les efforts d'harmonisation au niveau international.

Le Groupe de travail sur les contrats électroniques est composé d'experts venant d'entreprises de toutes tailles, de tous secteurs et de nombreux pays des différentes régions du monde, dont l'Allemagne, le Canada, la Chine, la France, le Mexique, la Suède, la Suisse, la Syrie, le Royaume-Uni et le Venezuela.

Il est le fruit d'une initiative conjointe de deux commissions de la CCI, à savoir la Commission du droit et des pratiques en matière commerciale et la Commission du commerce électronique, des technologies de l'information et des télécommunications.

3. Les E-terms 2004 de la CCI

Le Groupe de travail sur les contrats électroniques a commencé à élaborer l'instrument de la Chambre de commerce internationale intitulé E-terms 2004, dont le projet sera distribué aux membres et aux comités nationaux de la CCI dans plus de 130 pays d'ici la fin septembre. Les E-terms 2004 devraient être finalisés et adoptés par le Comité directeur de la CCI dans le courant du premier semestre 2004. Le projet de texte sera présenté plus en détail à la prochaine session du Groupe de travail IV de la CNUDCI, qui se tiendra du 17 au 21 novembre 2003 à Vienne.

Les E-terms 2004 de la CCI seront ciblés et pragmatiques, présenteront des problèmes et des solutions pratiques et tiendront compte des différents besoins des petites et grandes entreprises. Ils seront un instrument facultatif qui ne portera pas atteinte à l'autonomie des parties. Leur champ d'application est fondé sur une évaluation minutieuse des pratiques et des besoins des entreprises de divers secteurs et de différentes tailles. Les E-terms 2004 comprendront des clauses types et un guide.

Les E-terms 2004 ont été accueillis avec beaucoup d'intérêt par la presse et ont fait l'objet de plusieurs articles, notamment dans le Legal Times du 21 juillet 2003 ("Clearing up e-contracting issues") et à la une du Washington Internet Daily du 25 août 2003 ("Industry Group Urges Self-Regulation of E-Contracts").

La CCI se félicite de pouvoir présenter les E-terms 2004 aux membres du Groupe de travail IV de la CNUDCI en novembre 2003 et se réjouit de travailler avec la Commission sur ces questions si importantes pour le monde des affaires.

E. Document de travail sur les aspects juridiques du commerce électronique: contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention: commentaires de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, présentés au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-deuxième session (A/CN.9/WG.IV/WP.106) [Original: Anglais]

1. Suite à une demande formulée par le Groupe de travail à sa quarante et unième session (A/CN.9/528, par. 58), le secrétariat a demandé au Bureau international de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) de donner son avis quant à la question de savoir si le fait d'inclure les contrats autorisant l'utilisation de droits de propriété intellectuelle dans le champ d'application de l'avant-projet de convention actuellement examiné par le Groupe de travail, de manière à admettre expressément l'utilisation de messages de données dans le cadre de ces contrats, pourrait de quelque façon que ce soit porter atteinte aux règles établies concernant la protection des droits de propriété intellectuelle.

2. Le 7 octobre 2003, le secrétariat a reçu du Bureau de la planification stratégique et de l'élaboration des politiques du Bureau international de l'OMPI la réponse suivante:

> "Le Bureau international de l'OMPI remercie le secrétariat de la CNUDCI de lui avoir donné l'occasion d'examiner l'avant-projet de convention sur les contrats électroniques. Après examen du texte, les experts juridiques du Bureau international ne voient aucune nécessité de prévoir une clause d'exclusion concernant les contrats portant sur des droits de propriété intellectuelle. Le Bureau international n'a pas d'autres commentaires à faire sur le texte à ce stade, mais il serait reconnaissant au secrétariat de la CNUDCI de lui envoyer les documents pertinents ainsi que le rapport sur l'instrument international afin qu'il puisse formuler, le cas échéant, d'autres commentaires sur une future version révisée."

F. Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante-troisième session (New York, 15-19 mars 2004)

(A/CN.9/548) [Original: Anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-3
II.	Organisation de la session	4-11
III.	Résumé des délibérations et décisions	12-13
IV.	Contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention	14-124
	Article 14 [16]. Erreur dans les communications électroniques	14-26
	Article X. Déclarations relatives aux exclusions	27-37
	Article Y. Communications échangées conformément à d'autres conventions internationales	38-70
	Article 1. Champ d'application	71-97
	Article 2. Exclusions	98-111
	Article 3. Matières non régies par la présente Convention	112-118
	Article 4. Autonomie des Parties	119-124

I. Introduction

1. À sa trente-quatrième session (Vienne, 25 juin-13 juillet 2001), la Commission a approuvé une série de recommandations concernant les travaux futurs qui avaient été faites par le Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-huitième session, tenue à New York du 12 au 23 mars 2001, à savoir, entre autres, élaborer un instrument international traitant de certaines questions touchant les contrats électroniques et effectuer une étude complète des obstacles juridiques au développement du commerce électronique qui pourraient découler d'instruments internationaux.

2. Le Groupe de travail a entamé ses délibérations sur ces sujets à sa trente-neuvième session, tenue à New York du 11 au 15 mars 2002, en examinant une note du secrétariat contenant un projet initial provisoirement intitulé "Avant-projet de convention sur les contrats [internationaux] conclus ou constatés au moyen de messages de données" (A/CN.9/WG.IV/WP.95). Ces délibérations sont consignées dans le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-neuvième session (A/CN.9/509). Le Groupe de travail a repris ses délibérations sur l'avant-projet de

convention à sa quarantième session, tenue à Vienne du 14 au 18 octobre 2002, pendant laquelle il a achevé son examen initial du texte (A/CN.9/527, par. 72 à 126). Il a prié le secrétariat d'établir une version révisée de l'avant-projet de convention afin qu'il puisse l'examiner à sa quarante et unième session. À cette session, tenue à New York du 5 au 9 mai 2003, il a examiné la version révisée de l'avant-projet de convention (A/CN.9/WG.IV/WP.100), plus précisément les articles premier à 11 (A/CN.9/528, par. 26 à 151). Il a prié le secrétariat d'établir une nouvelle version révisée de l'avant-projet de convention afin de l'examiner à sa quarante-deuxième session.

3. Un résumé plus détaillé des délibérations de ces sessions du Groupe de travail figure dans le rapport du Groupe sur les travaux de sa quarante-deuxième session, tenue à Vienne du 17 au 21 novembre 2003 (A/CN.9/546, par. 1 à 24). À cette session, le Groupe de travail a examiné la nouvelle version révisée de l'avant-projet de convention (A/CN.9/WG.IV/WP.103, annexe). Il a revu les articles 8 à 15 et a demandé qu'un certain nombre de modifications leur soient apportées (A/CN.9/546, par. 39 à 135).

II. Organisation de la session

4. Le Groupe de travail sur le commerce électronique, composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quarante-troisième session à New York du 15 au 19 mars 2004. Ont participé à la session des représentants des États membres du Groupe de travail ci-après: Allemagne, Autriche, Brésil, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Honduras, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Maroc, Mexique, Ouganda, Singapour, Soudan et Suède.

5. Ont également participé à la session des observateurs des États ci-après: Arabie saoudite, Bélarus, Belgique, Botswana, Cuba, Danemark, Finlande, Ghana, Indonésie, Iraq, Irlande, Jamahiriya arabe libyenne, Koweït, Lesotho, Madagascar, Mongolie, Nouvelle-Zélande, Pérou, Philippines, Pologne, Qatar, République arabe syrienne, République de Corée, République tchèque, République-Unie de Tanzanie, Sénégal, Serbie-et-Monténégro, Thaïlande, Turquie, Venezuela et Viet Nam.

6. A également assisté à la session le Saint-Siège, en tant qu'État non membre ayant une mission d'observation au Siège de l'ONU.

7. Ont en outre participé à la session, en qualité d'observateurs, des représentants des organisations du système des Nations Unies et des organisations internationales suivantes: Banque mondiale, Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, Commission économique pour l'Europe des Nations Unies, Assemblée interparlementaire des États membres de la Communauté d'États indépendants, Commission européenne, Organisation consultative juridique afro-asiatique et Secrétariat du Commonwealth.

8. La Commission avait invité les organisations non gouvernementales ci-après à participer à la session en qualité d'observateurs: American Bar Association, Association du barreau de la ville de New York, Association européenne des étudiants en droit, Center for International Legal Studies, Chambre de commerce

internationale, International Law Institute, Union internationale des avocats et Union internationale du notariat latin.

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

Président: Jeffrey CHAN Wah Teck (Singapour);

Rapporteur: Ligia Claudia GONZÁLEZ LOZANO (Mexique).

10. Le Groupe de travail était saisi d'une nouvelle version révisée de l'avant-projet de convention qui rendait compte de ses délibérations à sa quarante-deuxième session (A/CN.9/WG.IV/WP.108, annexe).

11. 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. Contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Résumé des délibérations et décisions

12. Le Groupe de travail a repris ses délibérations sur la nouvelle version révisée de l'avant-projet de convention figurant à l'annexe de la note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.108). Ses décisions et délibérations concernant le projet de convention sont présentées dans le chapitre IV. Le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir, en se fondant sur ces délibérations et décisions, une version révisée de l'avant-projet de convention qui lui serait soumise pour examen à sa quarante-quatrième session, qui se tiendra en principe à Vienne du 18 au 22 octobre 2004.

13. Le Groupe de travail a débattu de manière générale des projets d'articles 5 à 7 *bis*. Il a examiné des commentaires anticipant des positions qui pourraient être adoptées par des délégations, étant entendu que ces commentaires n'auraient aucun effet sur le projet de texte qui serait officiellement examiné à la quarante-quatrième session. Il a en outre convenu qu'il devrait s'efforcer d'achever ses travaux relatifs au projet de convention afin que la Commission puisse l'examiner et l'approuver en 2005.

IV. Contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention

Article 14 [16]. Erreur dans les communications électroniques

14. Le texte du projet d'article 14 [16] était le suivant:

"Variante A

[Sauf convention contraire [expresse] des Parties,] un contrat conclu par une personne accédant au système d'information automatisé d'une autre partie n'a pas d'effet juridique ni force exécutoire si la personne a commis une erreur dans un message de données et si:

a) Le système d'information automatisé n'a pas donné à la personne la possibilité de prévenir ou de corriger l'erreur;

b) La personne avise dans les meilleurs délais l'autre partie de l'erreur lorsqu'elle en prend connaissance et lui signale qu'elle a commis une erreur dans le message de données;

[c) La personne prend des mesures raisonnables, notamment des mesures conformes aux instructions de l'autre partie, pour rendre les biens ou services éventuellement reçus à la suite de l'erreur, ou, si elle a reçu pour instruction de le faire, pour détruire ces biens ou ces services; et

d) La personne n'a pas tiré d'avantage matériel, financier ou autre, des biens ou services éventuellement reçus de l'autre partie.]

Variante B

1. [Sauf convention contraire [expresse] des Parties,] un contrat conclu par une personne accédant au système d'information automatisé d'une autre partie n'a pas d'effet juridique ni force exécutoire si la personne a commis une erreur dans un message de données et si le système d'information automatisé n'a pas donné à la personne la possibilité de prévenir ou de corriger l'erreur. La personne qui invoque l'erreur doit en aviser dans les meilleurs délais l'autre partie et lui signaler qu'elle a commis une erreur dans le message de données.

[2. Une personne ne peut invoquer une erreur en vertu du paragraphe 1:

a) Si elle n'a pas pris des mesures raisonnables, notamment des mesures conformes aux instructions de l'autre partie, pour rendre les biens ou services éventuellement reçus à la suite de l'erreur, ou, si elle a reçu pour instruction de le faire, pour détruire ces biens ou ces services; ou

b) Si elle a utilisé les biens ou services éventuellement reçus de l'autre partie ou en a tiré un avantage matériel, financier ou autre.]"

15. Un avis largement partagé et fermement appuyé a été qu'il faudrait supprimer le projet d'article, car il traitait de questions de fond du droit des contrats qui ne devraient pas être abordées dans le projet de convention. On a fait observer que les erreurs entre personnes et systèmes d'information automatisés n'étaient pas fondamentalement différentes des erreurs commises dans les moyens de communication traditionnels, de sorte que des règles spéciales n'étaient ni nécessaires ni souhaitables. Les problèmes susceptibles de se poser dans un environnement électronique ne devraient pas être réglés par le projet de convention, mais régis par le droit applicable. On s'est dit préoccupé aussi par l'impact éventuel du projet d'article sur les lois existantes sur l'erreur. Alors qu'il s'agissait

seulement, dans la version initiale du projet d'article (A/CN.9/WG.IV/WP.95, annexe I) de veiller à ce que des moyens soient disponibles pour corriger des erreurs dans les messages échangés par l'intermédiaire de systèmes informatiques automatisés, la version actuelle prive tout le contrat de validité, résultat qui ne serait peut-être pas prévu dans le droit interne.

16. Un autre argument avancé contre le maintien du projet d'article a été que la disposition risquait d'interférer avec le fonctionnement de systèmes financiers, de bourses des valeurs ou des produits de base si les Parties étaient autorisées à retirer leurs offres ou leurs enchères au motif qu'elles étaient le résultat d'une erreur. L'insécurité juridique, sur ces marchés où le facteur temps était déterminant, exigeait que les Parties soient liées, même si elles avaient agi involontairement. On a indiqué que le projet d'article était plus approprié pour la protection des consommateurs que pour les exigences pratiques des opérations commerciales. En outre, en mettant l'accent sur les systèmes d'information automatisés, il n'était pas techniquement neutre et se trouvait donc en contradiction avec l'un des principes de base de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[1]. Ce qu'il fallait, pour de tels systèmes, était simplement une règle positive affirmant leur utilisation dans le contexte de la formation des contrats, mais pas une règle de fond traitant des erreurs dans les opérations automatisées.

17. Selon l'avis contraire, qui a lui aussi recueilli un large et ferme soutien, le projet d'article contenait des dispositions utiles pour faire face aux problèmes particuliers qui se posaient dans le commerce électronique. Une disposition de ce type était nécessaire en raison du risque relativement plus élevé d'erreurs humaines, telles que les fautes de frappe, dans les opérations effectuées par l'intermédiaire de systèmes d'information automatisés que dans les modes plus traditionnels de négociation des contrats. Par exemple, alors qu'il serait peu probable qu'une personne remette sans le vouloir des documents à un bureau de poste, il y avait dans la pratique des précédents dans lesquels des personnes avaient prétendu ne pas avoir eu l'intention de confirmer un contrat en appuyant sur la touche "Entrée" d'un clavier d'ordinateur ou en cliquant sur l'icône "j'accepte" d'un écran. Autrement dit, le projet d'article ne visait pas à être techniquement neutre; il avait au contraire pour objet de traiter une question précise affectant certaines formes de communications électroniques. Ce faisant, il n'infirmait pas toutefois le droit existant sur l'erreur, mais lui apportait simplement un complément intéressant en insistant sur l'importance qu'il y avait à fournir des moyens de corriger l'erreur.

18. On a fait observer que le droit des contrats, dans certains systèmes juridiques, confirmait la nécessité d'un tel article. C'était le cas, par exemple, pour les règles exigeant qu'une partie cherchant à s'exonérer des conséquences d'une erreur prouve que l'autre partie savait ou aurait dû savoir qu'une erreur avait été commise. S'il existait des moyens d'apporter une telle preuve lorsqu'il y avait une personne à chaque bout de l'opération, la connaissance de l'erreur était presque impossible à démontrer lorsqu'il y avait un processus automatisé à l'autre bout.

19. Toutefois, dans la plupart des expressions de soutien aux principes sur lesquels reposait le projet d'article, on a insisté sur la nécessité de modifier la formulation de ce dernier de manière à définir plus étroitement son champ d'application et son dispositif. On a suggéré qu'il se limite aux erreurs survenant dans les interactions

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

entre des personnes et des systèmes d'information automatisés qui n'offraient pas à la personne la possibilité de revoir et de corriger les erreurs. Au lieu d'exiger d'une manière générale que la possibilité soit donnée de corriger les erreurs, le projet d'article devrait se limiter à indiquer ce qui se passerait si cette possibilité n'existait pas. Il a été dit également qu'une telle disposition devrait seulement avoir pour objet d'éviter les effets d'une erreur contenue dans un message de données, sans remettre automatiquement en question la validité du contrat.

20. Selon une suggestion, le projet d'article pourrait disposer, par exemple, que dans une opération où intervenaient une personne et un système d'information automatisé, la personne pouvait éviter l'effet d'un acte involontaire accompli par elle à la suite d'une erreur qu'elle aurait commise en utilisant le système d'information automatisé d'une autre personne si ce système ne donnait pas la possibilité de corriger cette erreur. Une telle disposition pourrait rester soumise aux autres conditions énoncées aux alinéas b) à d) de la variante A du projet d'article et pourrait être complétée par une disposition aux termes de laquelle, si les conditions énoncées dans le projet d'article n'étaient pas remplies, les conséquences de l'erreur seraient celles qui sont prévues par une autre loi, y compris la loi sur l'erreur et toute convention entre les Parties.

21. Les propositions visant à remanier le projet d'article afin de restreindre son champ d'application et de limiter les conséquences qu'il envisage ont été accueillies avec satisfaction par le Groupe de travail. Toutefois, on a insisté dans plusieurs commentaires sur l'idée qu'il serait préférable de supprimer purement et simplement le projet d'article au lieu d'essayer de le remanier.

22. Des questions ont été soulevées concernant l'accent qu'il est proposé de placer sur les mesures prises par des individus et sur le droit qu'a l'individu de corriger toute erreur commise dans des communications avec des systèmes d'information automatisés. On s'est interrogé sur le fait de savoir s'il serait approprié de limiter une disposition relative aux erreurs uniquement aux erreurs commises par des individus, des erreurs pouvant également se produire dans des communications établies par des systèmes d'information automatisés. Il a été ajouté qu'il serait hasardeux d'introduire la notion d'"individu", car tout contrat négocié par l'intermédiaire de systèmes d'information automatisés serait, en fin de compte, imputable à l'entité juridique que cet individu représenterait. Toute nouvelle version du projet d'article devrait énoncer clairement que le droit de corriger l'erreur n'est pas un droit de l'individu, mais de la partie ou de l'entité juridique au nom de laquelle l'individu agit. Enfin, dans l'hypothèse où le projet d'article serait retenu, il faudrait que le Groupe de travail s'interroge sur le fait de savoir si la disposition devrait également traiter des courriers électroniques envoyés par erreur, car il n'existait aucune raison de limiter la disposition aux seules communications transitant par des systèmes automatisés.

23. La nouvelle version proposée a également été critiquée au motif qu'elle conserverait des éléments du projet d'article qui étaient incompatibles avec la loi relative à l'erreur existant dans certains systèmes juridiques. C'était en particulier le cas des alinéas c) et d) de la variante A, certains systèmes juridiques ne soumettant pas le droit qu'a une personne de résoudre un contrat entaché d'erreur aux types de conditions énoncées dans ces dispositions. Le projet d'article devrait en outre, dans l'hypothèse où il serait retenu, énoncer clairement qu'il vise les actes involontaires

et non les autres types d'erreur pouvant survenir, par exemple lorsque la partie émettrice est inconsciente au point d'émission.

24. Par ailleurs, il a été déclaré que la notion d'exonération des conséquences d'un acte pourrait ne pas être comprise de la même manière dans différents systèmes juridiques. Dans certains systèmes, par exemple, cette notion serait inévitablement interprétée comme renvoyant à la validité d'un acte et susciterait, à la demande de la partie concernée, un débat quant au fait de savoir si l'acte était entaché de nullité relative ou absolue. Une autre solution serait peut-être de placer l'accent sur l'aptitude d'une partie à se fier à un message de données transmis ou rédigé par erreur, ou de prévoir qu'un message résultant d'une erreur ne pourrait être opposé à la personne qui avait commis l'erreur si cette personne n'avait pas eu la possibilité de revoir le message et de corriger l'erreur en question. En réponse, il a été dit qu'il faudrait soigneusement étudier le changement d'optique proposé à la lumière, par exemple, des alinéas c) et d) de la variante A, qui indiquaient que dans certains cas, des biens ou des services pouvaient avoir été fournis sur la base de l'erreur. La partie recevant le message devrait pouvoir se fier au message, malgré l'erreur, jusqu'à ce qu'elle reçoive notification de l'erreur.

25. Il a également été proposé, comme autre solution, de reformuler le projet d'article de façon qu'il soit supposé, à défaut de preuve du contraire, qu'une déclaration selon laquelle une personne a agi par erreur en utilisant un système automatisé est réputée vraie si le système d'information automatisé ne permettait pas de corriger l'erreur. Une telle supposition laisserait au droit interne le soin de déterminer les conséquences de l'erreur présumée pour le contrat et les recours des Parties à cet égard. Toujours dans l'intention d'éviter toute interférence avec une loi nationale relative à l'erreur, il a également été proposé que le projet d'article précise la distinction entre les effets de l'erreur et le droit de corriger ou de retirer l'erreur. Si la règle avait pour effet d'annuler ou de modifier les conséquences de l'erreur ou d'en exonérer son auteur, elle empièterait sur les lois nationales relatives à l'erreur. Au lieu de cela, le projet d'article devrait prévoir le droit – inconditionnel ou soumis à certaines conditions – de l'individu ou de la partie au nom de laquelle l'individu a agi de retirer, à titre exceptionnel, la déclaration erronée.

26. Le Groupe de travail a longuement examiné les différents avis exprimés et les différentes solutions de remplacement proposées pour le projet d'article. Selon l'avis qui a prévalu au sein du Groupe, le projet d'article méritait, malgré les fortes manifestations de soutien qui s'étaient exprimées à l'appui d'une suppression de la disposition, d'être conservé sous une forme révisée, en vue d'un examen ultérieur. Le secrétariat a été prié de reformuler le projet d'article de façon qu'il s'éloigne de la notion de résolution d'un contrat ou d'exonération des effets d'un message de données et s'attache plutôt à donner à l'auteur de l'erreur la possibilité de corriger cette erreur ou de revenir sur sa manifestation d'intention, éventuellement sous réserve d'autres conditions sur la base des alinéas b), c) et d) de la variante A. Il pourrait, enfin, être ajouté une disposition tendant à ce que le projet d'article n'ait aucune incidence sur la législation générale relative à l'erreur.

Article X. Déclarations relatives aux exclusions

27. Le texte du projet d'article X était le suivant:

[“1. Tout État peut déclarer, lors du dépôt de son instrument de ratification, d’acceptation, d’approbation ou d’adhésion, qu’il n’appliquera pas le paragraphe 1 b) de l’article premier de la présente Convention.

2. Tout État peut déclarer, lors du dépôt de son instrument de ratification, d’acceptation, d’approbation ou d’adhésion, qu’il n’appliquera pas la présente Convention aux matières indiquées dans sa déclaration.

3. Toute déclaration faite en application des paragraphes 1 et 2 du présent article prend effet le premier jour du mois suivant l’expiration d’un délai de [six] mois à compter de la date à laquelle elle a été reçue par le dépositaire.”]

Paragraphe 1

28. Il a été rappelé qu’à sa quarante et unième session le Groupe de travail avait décidé d’examiner ultérieurement une disposition inspirée de l’article 95 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (la “Convention des Nations Unies sur les ventes”)[2], qui autoriserait un État contractant à exclure l’application du paragraphe 1 b) de l’article premier (A/CN.9/528, par. 42). Le Groupe de travail a noté qu’il n’avait pas encore conclu ses délibérations sur les exclusions possibles de l’avant-projet de convention en vertu du projet d’article 2 (A/CN.9/527, par. 83 à 98). Il a été noté aussi que, tel qu’il était rédigé, le paragraphe 1 reposait sur l’hypothèse que c’était la variante A du paragraphe 1 du projet d’article premier qui serait finalement adoptée.

29. On a indiqué que la Convention des Nations Unies sur les ventes comportait une disposition étendant son champ d’application lorsque les règles du droit international privé menaient à l’application de la loi d’un État contractant (par. 1 b) de l’article premier) et autorisait également un État à déclarer, au moment du dépôt de son instrument de ratification, d’acceptation, d’approbation ou d’adhésion, qu’il ne serait pas lié par cet alinéa (art. 95), et qu’il faudrait insérer une disposition correspondante dans le projet de convention.

30. Compte tenu de ces considérations, le Groupe de travail est convenu de conserver le paragraphe 1 et d’en supprimer les crochets.

Paragraphe 2

31. En réponse à une question, il a été indiqué que le paragraphe 2 se distinguait du paragraphe 1 par le fait que ce dernier visait à exclure totalement l’application de la convention lorsque les règles du droit international privé mèneraient autrement à son application, tandis que le paragraphe 2 portait sur l’exclusion de matières particulières, telles que, par exemple, les questions relatives aux procurations ou concernant le droit de la famille.

32. On a dit que, du fait de l’existence du projet d’article 2, les cas dans lesquels il faudrait donner à un État la possibilité d’exclure d’autres matières du projet de convention devraient être limités. Il a été répondu que le projet d’article X avait été ajouté comme une alternative possible au cas où l’on ne parviendrait pas à réaliser un consensus sur les exclusions possibles en application du projet d’article 2 de

[2] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, n° 25567.

l'avant-projet de convention. Il a été dit en outre que, alors que le projet d'article 2 traitait de l'exclusion de certains types d'arrangements contractuels, il pourrait se présenter d'autres matières de ce type qu'un État souhaiterait également exclure du champ d'application de la convention. On a fait valoir que le paragraphe 2 du projet d'article X donnait à un État la souplesse lui permettant d'exclure de telles matières et que par conséquent, indépendamment du projet d'article 2, ce paragraphe était essentiel pour la capacité des États à ratifier et utiliser la convention.

33. On s'est déclaré favorable au paragraphe 2 du projet d'article X tel qu'il était actuellement rédigé. Il a toutefois été suggéré de le remanier pour tenir compte du fait que les types de matières qu'un État donné pourrait avoir besoin d'exclure pourraient changer selon l'évolution de la technologie des communications juridiques. Pour cette raison, il faudrait peut-être qu'une déclaration à cet égard soit faite après le dépôt d'un instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion. Il a été suggéré en conséquence d'insérer dans la clause les mots "à tout moment".

34. Le Groupe de travail est convenu de conserver le texte du paragraphe 2 et de remplacer les mots "lors du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion" par les mots "à tout moment". Il a toutefois été reconnu que le paragraphe 2 du projet d'article X ne pouvait être évalué isolément et qu'il serait peut-être nécessaire de le revoir à la lumière de la décision finale qui serait prise au sujet du projet d'article 2.

Paragraphe 3

35. On a demandé si le moment où une déclaration devrait prendre effet devrait coïncider avec la date d'entrée en vigueur de la convention pour l'État déclarant. On a répondu qu'il y avait des précédents dans lesquels les deux dates coïncidaient, et des précédents dans lesquels elles ne coïncidaient pas.

36. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 3 de l'article 97 de la Convention des Nations Unies sur les ventes disposait que: "les déclarations prendront effet à la date de l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État déclarant. Cependant, les déclarations dont le dépositaire aura reçu notification formelle après cette date prendront effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de leur réception par le dépositaire". Une disposition identique figure au paragraphe 3 de l'article 26 de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by[3]. Il a été convenu d'insérer une disposition analogue dans le projet de paragraphe.

37. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail est convenu de conserver le texte du paragraphe 3.

Article Y. Communications échangées conformément à d'autres conventions internationales

38. Le texte du projet d'article était le suivant:

[3] Résolution 50/48 de l'Assemblée générale, annexe.

"Variante A

1. Sauf indication contraire dans une déclaration faite conformément au paragraphe 2 du présent article, un État partie à la présente Convention [peut déclarer à tout moment qu'il] s'engage à appliquer les dispositions [de l'article 7 et] du chapitre III de la présente Convention à l'échange [, au moyen de messages de données,] de toute communication, déclaration, mise en demeure, notification ou demande [, y compris une offre et l'acceptation d'une offre] que les Parties sont tenues ou choisissent d'adresser en rapport avec ou conformément à l'un quelconque des accords ou des conventions internationaux ci-après auxquels cet État est ou peut devenir partie contractante:

Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 14 juin 1974)[4] et Protocole y relatif (Vienne, 11 avril 1980)[5]

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 11 avril 1980)[2]

Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 17 avril 1991)[6]

Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (New York, 11 décembre 1995) [3]

Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (New York, 12 décembre 2001)[7].

[2. Tout État peut déclarer au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion qu'il appliquera également la présente Convention à l'échange, au moyen de messages de données, de toute communication, déclaration, mise en demeure, notification ou demande conformément à tout autre accord ou convention international relatif à des matières de droit commercial privé auquel l'État est partie contractante et qui est indiqué dans la déclaration de cet État.]

3. Un État peut déclarer à tout moment qu'il n'appliquera pas la présente Convention [ou toute disposition particulière de celle-ci] aux contrats internationaux entrant dans le champ d'application [de l'une quelconque des conventions ci-dessus.] [d'un ou de plusieurs accords, traités ou conventions internationaux auxquels l'État est partie contractante et qui sont indiqués dans la déclaration de cet État.]

4. Toute déclaration faite en application des paragraphes 1 et 2 du présent article prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un

---

[4] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1511, n° 26119.

[5] *Ibid.*, n° 26121.

[6] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international, Vienne, 2-19 avril 1991* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.XI.3), première partie, document A/CONF.152/13, annexe.

[7] Résolution 56/81 de l'Assemblée générale, annexe.

délai de [six] mois à compter de la date à laquelle elle a été reçue par le dépositaire.

Variante B

1. Un État peut à tout moment déclarer par une réserve qu'il appliquera la présente Convention [ou toute disposition particulière de celle-ci] uniquement aux messages de données se rapportant à un contrat existant ou envisagé auquel, conformément à la loi de cet État, doit être appliquée une convention internationale déterminée qui aura été désignée de façon précise dans la réserve faite par celui-ci.

2. Toute déclaration faite en application du paragraphe 1 du présent article prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de [six] mois à compter de la date à laquelle elle a été reçue par le dépositaire.

Variante C

1. Un État peut à tout moment déclarer qu'il n'appliquera pas la présente Convention [ou toute disposition particulière de celle-ci] aux messages de données se rapportant à un contrat existant ou envisagé auquel une ou plusieurs des conventions internationales visées au paragraphe 1 de l'article premier doivent être appliquées, à condition que les conventions en question soient clairement désignées dans la déclaration de cet État.

2. Toute déclaration faite en application du paragraphe 1 du présent article prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de [six] mois à compter de la date à laquelle elle a été reçue par le dépositaire."

Remarques générales

39. Le Groupe de travail a noté que le projet d'article avait pour objet de proposer une éventuelle solution commune à certains des obstacles juridiques au développement du commerce électronique recensés dans les instruments internationaux existants par une étude publiée dans une note antérieure du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.94). À la quarantième session du Groupe de travail, il avait été généralement convenu de procéder de cette manière, dans la mesure où les problèmes étaient communs, ce qui était le cas du moins en ce qui concernait la plupart des questions soulevées par les instruments énumérés dans la variante A (A/CN.9/527, par. 33 à 48).

40. Le Groupe de travail a noté que la variante A avait pour objet de lever les doutes quant à la relation qui existe entre les règles contenues dans le projet de convention et celles contenues dans d'autres conventions internationales. Elle n'avait pas pour objet de modifier ou d'influencer l'application de toute autre convention internationale. Dans la pratique, le projet d'article aurait pour effet qu'un État contractant utiliserait les dispositions du projet de convention pour lever d'éventuels obstacles juridiques au commerce électronique que pourraient receler ces conventions et pour faciliter leur application lorsque les Parties mèneraient leurs opérations par des moyens électroniques.

41. Le Groupe de travail a noté que la variante B avait fait suite à une proposition soumise à sa quarante-deuxième session (A/CN.9/WG.IV/XLII/CRP.2). Cette

variante était logiquement liée à la variante A du projet d'article premier. Elle aurait pour effet concret de limiter l'applicabilité du projet de convention aux messages échangés dans le cadre de conventions expressément spécifiées par les États contractants. La variante C, qui avait également été soumise à l'origine avec la variante B, avait été incluse au cas où le Groupe de travail aurait décidé de choisir la variante B du projet d'article premier, de façon à donner aux États contractants la possibilité d'exclure l'application du projet de convention à certaines autres conventions. Il a été noté que si c'était la variante B ou la variante C qui était adoptée, il faudrait modifier le titre du projet d'article en "réserves".

Relation entre les projets d'articles Y et premier

42. Le Groupe de travail a longuement examiné la relation entre le projet d'article Y et la définition du champ d'application du projet de convention figurant dans le projet d'article premier.

43. Selon un avis, la relation entre les deux projets d'articles n'apparaissait pas clairement et le projet d'article Y n'était pas nécessaire. Il a été déclaré que dans de nombreux systèmes juridiques, le projet de convention pourrait s'appliquer à l'utilisation de messages de données dans le contexte d'un contrat couvert par une convention internationale, y compris l'une quelconque des conventions énumérées dans le projet d'article Y, simplement en vertu du projet d'article premier, sans qu'il soit nécessaire de se référer spécifiquement à une convention régissant un tel contrat dans le projet d'article Y. Cependant, en présentant une liste de conventions, le projet d'article Y semblait suggérer que le projet de convention ne s'appliquerait pas aux messages de données échangés dans le cadre de contrats couverts par une convention autre que celles qui y étaient énumérées. Il serait préférable de simplement donner aux États contractants la possibilité d'exclure expressément les questions qu'ils ne voulaient pas voir couvertes par le projet de convention.

44. En réponse à cet argument, il a été observé que, dans leur rédaction actuelle, les projets d'articles premier et Y distinguaient trois groupes de contrats internationaux. Le premier, qui incluait probablement la vaste majorité des contrats internationaux autres que les contrats de vente couverts par la Convention des Nations Unies sur les ventes, comprenait les contrats internationaux qui n'étaient couverts par aucune convention existante portant loi uniforme. Le deuxième groupe comprenait les contrats couverts par les conventions internationales existantes autres que celles énumérées dans le projet d'article Y ou expressément mentionnées par un État contractant dans une déclaration faite en vertu du projet de paragraphe 2. Le dernier groupe comprenait les contrats régis par l'une quelconque des conventions énumérées au paragraphe 1 ou mentionnées dans une déclaration faite en vertu du projet de paragraphe 2 du projet d'article Y. Le premier groupe de contrats, a-t-il été dit, tombait dans le champ d'application du projet de convention si ces contrats répondaient aux conditions du projet d'article premier. Le troisième groupe de contrats bénéficierait également des dispositions du projet de convention conformément aux paragraphes 1 et 2 du projet d'article Y. Cependant, les messages de données échangés dans le cadre de contrats relevant du deuxième groupe ne seraient pas couverts par le projet de convention.

45. Ce résultat, a-t-il été observé, faisait suite à des délibérations antérieures du Groupe de travail, en particulier à la reconnaissance du fait, constaté par une étude des éventuels obstacles juridiques inhérents à certains instruments internationaux

qui avait été réalisée par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.94), que les éventuels problèmes soulevés par les conventions existantes pourraient appeler un traitement spécifique et qu'il ne serait peut-être pas approprié de tenter de résoudre ces problèmes dans le cadre du projet de convention (A/CN/9/527, par. 29; voir également les paragraphes 24 à 71). On pouvait citer, à titre d'exemple, les conventions internationales traitant des effets de commerce ou des documents de transport.

46. Le Groupe de travail a admis qu'il était possible d'interpréter autrement la relation existant entre les projets d'articles premier et Y, mais il a été largement convenu que, dans leur rédaction actuelle, ces projets d'articles semblaient reposer sur une distinction entre ces trois types de contrat. Il a convenu qu'il importait d'éviter l'existence apparente d'un conflit entre les projets d'articles premier et Y et qu'il devrait, lorsqu'il examinerait le projet d'article premier, étudier les moyens de clarifier la relation existant entre les deux dispositions.

Choix de l'une des trois variantes

47. Selon un avis, la variante B présentait, par rapport à la variante A, l'avantage de donner aux États contractants la liberté, à un moment approprié, de choisir, parmi les situations visées par des instruments internationaux, celles auxquelles les dispositions du projet de convention devraient s'appliquer. La variante A, de son côté, envisageait l'application automatique des dispositions du projet de convention aux messages de données échangés dans le cadre de contrats couverts par les conventions qui y étaient énumérées, avec la possibilité d'en ajouter ou d'en exclure certaines au moyen de déclarations faites en vertu du projet de paragraphe 2 ou 3, selon le cas. Il a été déclaré que la variante A imposait aux États contractants de revoir les obligations qu'ils avaient contractées en vertu de traités à la lumière du projet de convention afin de veiller à ce que les dispositions du projet de convention n'entravent pas le fonctionnement d'un instrument existant.

48. La variante B a bénéficié d'un certain appui, mais de l'avis largement dominant, la variante A était préférable et devrait être conservée comme base des futures délibérations du Groupe de travail. Il a été souligné que la variante A conférait une plus grande sécurité juridique en énumérant précisément un certain nombre de conventions dont le fonctionnement bénéficierait des dispositions du projet de convention. Il a aussi été largement estimé que la variante B n'était pas propre à créer le degré d'harmonisation envisagé par la Commission, car elle laisserait à chaque État contractant le soin de choisir unilatéralement, parmi les opérations visées par un instrument international, celles auxquelles les dispositions du projet de convention devraient s'appliquer.

Variante A, paragraphe 1

49. Il a été rappelé au Groupe de travail que les travaux visant à éliminer les obstacles juridiques éventuels au commerce électronique dans les instruments internationaux existants reposaient notamment sur le principe qu'il fallait s'efforcer de trouver des solutions qui n'obligent pas à modifier telle ou telle convention internationale. Le paragraphe 1 du projet d'article Y avait pour but de faciliter les opérations électroniques dans les domaines traités par les conventions qui y sont énumérées, et non d'apporter des modifications à l'une quelconque d'entre elles. À cet effet, il y était disposé qu'en ratifiant le projet de convention, un État

s'engagerait automatiquement à en appliquer les dispositions aux messages de données échangés en rapport avec l'une quelconque des conventions qui y sont énumérées. Il a été déclaré que cette solution visait à apporter à un problème découlant d'instruments internationaux une solution interne fondée sur la constatation que les tribunaux nationaux avaient déjà le pouvoir d'interpréter des instruments internationaux de droit commercial. Ce projet de paragraphe aurait pour effet qu'un État contractant incorporerait dans son système juridique une disposition enjoignant à ses organes judiciaires d'appliquer les dispositions du projet de convention pour traiter les questions juridiques relatives à l'utilisation de messages de données dans le contexte de ces autres conventions internationales.

50. La démarche proposée dans le projet de paragraphe a été appuyée. On a fait observer qu'il ressortait de consultations approfondies avec les autorités de certains pays compétentes en matière de traités que cette démarche ne soulevait aucune objection juridique du point de vue tant du droit et de la pratique conventionnels classiques que de la Convention de Vienne sur le droit des traités[8]. Bien qu'il fallût encore examiner cette question et tenir des consultations à son sujet, la solution proposée était la bienvenue étant donné que beaucoup partageaient le souci d'éviter la nécessité de modifier d'autres conventions ou d'en interpréter les dispositions de façon péremptoire.

51. Des questions ont néanmoins été posées en ce qui concerne la faisabilité de la démarche proposée dans le projet de paragraphe et ses incidences. Il a été déclaré que si le projet de convention visait à clarifier le sens de termes qui étaient utilisés dans d'autres conventions internationales, cet objectif devrait être clairement exprimé dans le paragraphe 1 du projet d'article Y. À titre de réponse, on a d'abord fait observer que, s'agissant des contrats auxquels s'appliquaient d'autres conventions internationales, le projet de convention ne visait pas seulement à interpréter des termes utilisés ailleurs, mais aussi à énoncer des règles de fond permettant d'appliquer efficacement ces autres conventions dans un contexte électronique. Deuxièmement, et cela est plus important, on a dit que le fait de déclarer expressément que le projet de convention visait à interpréter des termes utilisés dans des conventions internationales existantes pourrait soulever des objections en droit international public étant donné qu'une interprétation faisant autorité d'un traité existant ne pouvait être donnée que par les Parties contractantes à ce traité.

52. On a signalé que dans le projet d'article Y, il était fait mention de "toute communication, déclaration, mise en demeure, notification ou demande" pouvant être échangée par les Parties, alors que dans le projet d'article premier, on parlait de "l'utilisation de messages de données en rapport avec un contrat existant ou envisagé". Le Groupe de travail a pris note de cette observation et est convenu de revenir sur ce point lors de l'examen du projet d'article premier.

53. Le Groupe de travail a noté que le premier passage entre crochets avait pour objet de donner aux États contractants la possibilité de décider, par une déclaration qu'ils pouvaient faire à tout moment, d'appliquer les dispositions du projet de convention aux messages de données échangés à propos de contrats visés par l'une quelconque ou la totalité des conventions énumérées dans le paragraphe 1. On a appuyé cette démarche, qui, a-t-on dit, présentait l'avantage d'éviter de donner

[8] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 18232.

l'impression que le projet d'article visait à modifier des conventions existantes. De fait, les mots "peut déclarer à tout moment" soulignaient que l'application du projet de convention en pareil cas ne résultait pas d'une obligation conventionnelle mais d'une décision unilatérale de l'État contractant concerné. Le Groupe de travail s'était initialement prononcé pour le maintien des mots "peut déclarer à tout moment" en supprimant les crochets qui les entouraient. Toutefois, il a été souligné que, ce faisant, le Groupe de travail subordonnerait l'application des dispositions du projet de convention à d'autres instruments, qui autrement serait automatique dès la ratification, à une déclaration ultérieure de l'État contractant. On a fait observer qu'un tel résultat serait inopportun car il réduirait l'efficacité du projet de disposition sur le plan de l'harmonisation juridique et serait contraire à la logique interne de celui-ci, telle qu'elle est mise en évidence par la première phrase du projet de paragraphe 1 et le lien entre ce paragraphe et le paragraphe 3. Compte tenu de ces considérations, le Groupe de travail a finalement décidé de supprimer les mots "peut déclarer à tout moment".

54. On a fait observer que la mention expresse des dispositions de fond du chapitre III du projet de convention avait pour objet d'éviter de donner l'impression que les dispositions concernant le champ d'application du projet auraient une incidence sur la définition du champ d'application d'autres conventions internationales. Dans ce contexte, le Groupe de travail a entrepris d'examiner la question de savoir s'il faudrait également faire mention d'autres dispositions du projet de convention dans ce paragraphe. Il a été proposé de remplacer la référence au projet d'article 7 et au chapitre III par une référence aux articles 2 et 6 et au chapitre III. Il a été dit à ce propos que les dispositions du projet d'article 7, comme celles du projet d'article premier, étaient difficilement applicables dans le contexte d'autres conventions internationales étant donné qu'elles risquaient d'interférer avec l'interprétation actuelle de ces conventions. Les projets d'articles 2 et 6 énonçaient quant à eux des dispositions de fond qui facilitaient l'application du chapitre III. Selon une autre proposition, il ne fallait pas faire référence au projet d'article 7 mais aux projets d'article 7 *bis*, d'article 3 (sauf l'alinéa a)) et d'articles 4 et 5. En particulier, il a été fait objection à l'inclusion d'une référence au projet d'article 2, car on a estimé que les exclusions du champ d'application du projet de convention ne devraient pas figurer dans le paragraphe 1 du projet d'article Y, étant donné que chaque convention contenait ses propres règles concernant les matières exclues, et qu'il ne faudrait pas qu'il y ait de chevauchement entre des listes d'exclusions qui pourraient être différentes.

55. Ayant examiné les divers points de vue concernant les renvois devant figurer ou non dans le projet de paragraphe, le Groupe de travail a pris progressivement conscience de la difficulté d'établir une liste complète de dispositions. Il a été déclaré à ce propos qu'une telle liste ne serait peut-être pas nécessaire et qu'elle pourrait même présenter certains inconvénients. On a émis l'opinion qu'il serait préférable de laisser à ceux qui appliqueront le projet de convention le soin de déterminer quelles dispositions pourraient être applicables aux messages de données échangés en rapport avec l'une quelconque des conventions énumérées dans le projet de paragraphe. Si une disposition quelconque du projet de convention n'était pas applicable à certaines opérations, cela devrait être évident pour toute personne raisonnable appliquant le projet.

56. Il a été dit qu'il n'était pas opportun d'inclure dans la liste figurant au paragraphe 1 du projet d'article Y des accords ou des conventions internationaux qui n'étaient pas encore en vigueur. Or, tel était le cas de deux des conventions qui étaient énumérées dans la variante A de ce projet d'article, à savoir la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international[6] et la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international[7].

57. En réponse à la question de savoir s'il était conforme au droit international public ou à la pratique conventionnelle de faire référence, dans une convention en cours d'élaboration, à des instruments qui n'étaient pas encore en vigueur, il a été répondu qu'il existait plusieurs précédents. On peut citer, comme exemple tiré des travaux de la CNUDCI, l'élaboration, lors de la finalisation de la Convention des Nations Unies sur les ventes, en 1980, d'un protocole visant à adapter au régime de cette convention la Convention de 1974 sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises[4], qui n'était alors pas encore en vigueur.

58. En outre, il est important d'élaborer des règles novatrices qui résistent à l'épreuve du temps. La règle énoncée dans ce projet de paragraphe devrait être suffisamment souple pour que l'une ou l'autre convention puisse entrer en vigueur ultérieurement sans qu'il soit nécessaire de la modifier. Néanmoins, il a été convenu que le Groupe de travail pourrait examiner cette question plus facilement si des informations supplémentaires sur la pratique conventionnelle à cet égard lui étaient communiquées en temps voulu.

59. En ce qui concerne le libellé du projet de paragraphe, le Groupe de travail est convenu de conserver les mots "au moyen de messages de données", ainsi que les mots "y compris une offre et l'acceptation d'une offre", et de supprimer les crochets qui les entourent. Sous réserve de ces modifications et de ses délibérations antérieures, le Groupe de travail a approuvé d'une manière générale le projet de paragraphe.

Variante A, paragraphe 2

60. On a exprimé l'opinion que le membre de phrase "tout autre accord ou convention international relatif à des matières de droit commercial privé" restreignait inutilement le champ d'application du paragraphe 2. On a dit que le projet de convention pourrait être utile à de nombreux États dans d'autres contextes que celui du droit commercial privé au sens strict. Par conséquent, il a été proposé de supprimer les mots "relatif à des matières de droit commercial privé". Cette proposition a recueilli un certain appui.

61. On a dit que la suppression des mots "relatif à des matières de droit commercial privé" risquait d'avoir pour résultat qu'un État applique, en dépit du fait qu'elles n'étaient pas adaptées, les dispositions du projet de convention à des situations visées par d'autres instruments internationaux, ce qui pourrait être contraire aux obligations faites à cet État par ces autres instruments. Toutefois, on a noté que la possibilité qu'un État prenne des mesures législatives incompatibles avec ses obligations internationales existait indépendamment du paragraphe 2. En réponse à cela, on a souligné que le paragraphe 2 n'imposait pas d'obligations aux États mais leur donnait seulement la possibilité de déclarer que le projet de convention s'appliquait à d'autres instruments internationaux. On a fait observer

que le paragraphe 2 avait été rédigé en partant de l'hypothèse qu'un État ne ferait une telle déclaration qu'après avoir procédé à une analyse approfondie afin de déterminer s'il était opportun d'appliquer le projet de convention à l'instrument international en question.

62. Néanmoins, afin d'étendre à un éventail plus large d'instruments le bénéfice du régime du projet de convention, il a été proposé que le paragraphe 2 fasse mention d'instruments ayant un rapport avec le mandat de la CNUDCI. Le Groupe de travail a accepté cette proposition et a demandé au secrétariat de modifier le libellé du paragraphe 2 de manière à établir un lien entre les types d'instruments considérés et ceux qui relèvent de la mission de la CNUDCI.

63. Il a été proposé de faire figurer les mots "à tout moment" à la place du membre de phrase "au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion". On a déclaré que cette proposition était conforme à la décision qui avait déjà été prise en ce qui concerne le projet d'article X-2 (voir par. 33 ci-dessus). Le Groupe de travail a accepté cette proposition et a prié le secrétariat de réviser en conséquence le paragraphe 2.

Variante A, paragraphe 3

64. Il a été proposé de supprimer le membre de phrase "ou toute disposition particulière de celle-ci" car un État qui décidait d'adopter le projet de convention ne devrait pas être autorisé à n'appliquer que certaines de ses dispositions. On a déclaré qu'une telle démarche serait une source d'insécurité car on ne saurait pas quelles dispositions du projet de convention s'appliqueraient dans tel ou tel pays. Toutefois, un certain appui a été exprimé en faveur du maintien de ces mots car ils permettaient aux États qui ne pouvaient pas adopter le projet de convention dans son ensemble d'en appliquer au moins une partie. Cette idée n'a pas été soutenue. Le Groupe de travail a décidé de supprimer les mots "ou toute disposition particulière de celle-ci".

65. Parmi les deux formules figurant entre crochets dans le paragraphe 3, on a déclaré préférer la première, à savoir "de l'une quelconque des conventions ci-dessus", mais comme le paragraphe 2 permettait aux États de faire un choix sur lequel ils pouvaient a priori revenir alors que le paragraphe 1 leur imposait une obligation, il conviendrait de la modifier de manière qu'elle se lise comme suit "de l'une quelconque des conventions mentionnées plus haut dans le paragraphe 1".

66. Toutefois, un certain appui a été exprimé en faveur de la deuxième formule ("d'un ou de plusieurs accords, traités ou conventions internationaux auxquels l'État est partie contractante et qui sont indiqués dans la déclaration de cet État"). On a estimé que cette formule permettait aux États de faire face avec plus de souplesse aux problèmes que pourrait leur poser le rapport entre le projet de convention et d'autres instruments internationaux auxquels ils pouvaient être parties. On a fait observer que ce texte leur permettrait de faire en sorte que telle ou telle question ne soit pas couverte par le projet de convention s'ils ne souhaitent pas qu'elle le soit et que cette souplesse faciliterait l'adoption du projet. On a répondu que l'on pouvait résoudre ce problème en disposant que le projet de convention ne s'appliquait qu'aux contrats qui étaient visés par les conventions énumérées dans le paragraphe 1 ou qui n'étaient visés par aucun instrument international. À cette fin,

les mots “y compris celles énumérées au paragraphe 1” pourraient être ajoutés après les mots “de l’une quelconque des conventions ci-dessus”.

67. Une question a été posée au sujet de l’application du projet d’article Y à des contrats qui pourraient être soumis à de futurs instruments internationaux. Par exemple, à moins de faire l’objet d’une exclusion dans le projet d’article 2 du projet de convention, un contrat de licence de logiciel entrerait dans le champ d’application du projet de convention. Si toutefois une convention concernant cette question était élaborée ultérieurement, ce contrat sortirait du champ d’application du projet de convention du fait que cette nouvelle convention n’était pas énumérée dans le paragraphe 1 et qu’elle n’avait pas non plus fait l’objet d’une déclaration en vertu du paragraphe 2. Il a été répondu qu’en pareil cas, si l’État souhaitait que le projet de convention s’applique, il ferait en sorte que cela soit mentionné dans la nouvelle convention ou ferait une déclaration concernant celle-ci en vertu du paragraphe 2 du projet d’article Y. En tout état de cause, ce problème n’était pas logiquement lié au projet de paragraphe et devrait être examiné à propos du projet d’article premier (voir également par. 76 ci-après).

68. Compte tenu des divergences de vues concernant l’interprétation à donner au projet d’article, il a été proposé de combiner les deux passages figurant actuellement entre crochets dans le paragraphe 3 de sorte que tout État puisse déclarer à tout moment qu’il n’appliquera pas le projet de convention aux contrats internationaux entrant dans le champ d’application d’un ou de plusieurs accords, traités ou conventions internationaux, y compris ceux énumérés dans le paragraphe 1, auxquels cet État était partie ou pourrait le devenir et qui étaient indiqués dans sa déclaration.

69. On a exprimé l’avis que l’expression “contrats internationaux” ne concordait pas avec le libellé des paragraphes 1 et 2, où il était question d’échange, au moyen de messages de données, de toute communication en rapport avec un accord international. Il a été convenu que le secrétariat reverrait le texte du paragraphe 3 et l’alignerait sur celui des autres paragraphes du projet d’article Y.

Variante A, paragraphe 4

70. Il a été convenu de reformuler le paragraphe 4 afin de tenir compte des modifications qu’il avait été décidé d’apporter au paragraphe 3 du projet d’article X (voir par. 35 à 37 ci-dessus). Sur cette base, il a été décidé de faire figurer dans le paragraphe 4 un libellé inspiré de celui de la première phrase du paragraphe 3 de l’article 97 de la Convention des Nations Unies sur les ventes. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a décidé de conserver le texte du paragraphe 4.

Article premier. Champ d’application

71. Le texte du projet d’article premier était le suivant:

> “1. La présente Convention s’applique à l’utilisation de messages de données en rapport avec un contrat existant ou envisagé entre des Parties ayant leurs établissements dans des États différents:

Variante A

a) Lorsque ces États sont des États contractants;

b) Lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant; ou

c) Lorsque les Parties sont convenues qu'elle s'applique.

Variante B

... lorsque ces États sont parties à la présente Convention et que les messages de données sont utilisés en rapport avec un contrat existant ou envisagé auquel, conformément à la loi de ces États parties, l'une des conventions internationales ci-après doit être appliquée:

Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 14 juin 1974)[4] et Protocole y relatif (Vienne, 11 avril 1980)[5]

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 11 avril 1980)[2]

Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 17 avril 1991)[6]

Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (New York, 11 décembre 1995)[3]

Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (New York, 12 décembre 2001)[7].

2. Il n'est pas tenu compte du fait que les Parties ont leurs établissements dans des États différents lorsque ce fait ne ressort ni du contrat, ni de transactions effectuées entre les Parties, ni de renseignements donnés par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat.

3. Ni la nationalité des Parties, ni le caractère civil ou commercial des Parties ou du contrat ne sont pris en considération pour l'application de la présente Convention."

Remarques générales: relation entre les articles premier et Y

72. Entamant l'examen du projet d'article, le Groupe de travail a estimé, compte tenu de sa décision prise précédemment de ne conserver que la variante A du projet d'article Y (voir par. 47 ci-dessus), que la variante B du projet d'article premier était devenue redondante. Il a donc décidé de n'utiliser, comme base de discussion pour l'examen du projet d'article premier, que la variante A.

73. Il a cependant été rappelé au Groupe de travail que ses précédentes discussions sur le projet d'article Y n'avaient pas épuisé les questions afférentes à la relation qui existe entre cette disposition et les dispositions relatives au champ d'application du

projet de convention, que le Groupe avait convenu de reprendre lorsqu'il examinerait le projet d'article premier (voir par. 45 ci-dessus).

74. De l'avis général du Groupe de travail, une fois que les conditions du paragraphe 1 du projet d'article seraient remplies, le projet de convention s'appliquerait automatiquement aux messages de données échangés dans le cadre de contrats internationaux non régis par une convention internationale existante. Les avis n'ont différé qu'en ce qui concernait les messages échangés dans le cadre de contrats régis par des conventions internationales existantes.

75. L'avis qui a prévalu au sein du Groupe de travail était que, dans ces cas, la variante A du projet d'article premier et les paragraphes 1, 2 et 3 du projet d'article Y auraient pour effet combiné qu'en ratifiant le projet de convention, un État contractant indiquerait clairement que les dispositions du projet de convention s'appliqueraient aux messages échangés dans le cadre de contrats visés par l'une quelconque des conventions internationales mentionnées au paragraphe 1 du projet d'article Y, ou mentionnées dans une déclaration faite en application du paragraphe 2 du projet d'article Y, et ne faisant pas l'objet d'une exclusion particulière en vertu du paragraphe 3 du projet d'article Y. Toute autre lecture des projets d'articles premier et Y risquerait, a-t-il été déclaré, de contraindre indûment les États contractants à examiner l'ensemble de leur droit conventionnel pour vérifier que le projet de convention soit compatible avec les obligations internationales existantes.

76. Cet avis, cependant, n'a pas fait l'unanimité et de solides arguments ont été avancés à l'appui de la thèse selon laquelle les dispositions du projet de convention pourraient également trouver une large application, même dans le cas de messages de données relevant de contrats visés par un instrument international non mentionné au paragraphe 1 du projet d'article Y ou dans une déclaration faite en application du paragraphe 2 dudit projet d'article. Selon cette option, les dispositions du projet de convention s'appliqueraient également à ces messages de données à moins que l'État contractant n'ait fait une déclaration excluant expressément, en application du paragraphe 3 du projet d'article Y, l'application de ces dispositions. À l'appui de cette opinion, on a fait observer que la liste d'instruments figurant au paragraphe 1 du projet d'article Y ou toute déclaration faite en application du paragraphe 2 dudit article devrait être considérée comme constituant une clarification non exhaustive destinée à lever les doutes quant à l'application du projet de convention, mais non comme une limitation effective de sa portée.

77. À cet égard, selon un avis, il existait une situation intermédiaire qui n'était pas suffisamment prise en compte dans l'interprétation donnée aux projets d'articles premier et Y par les tenants de l'avis prédominant au sein du Groupe de travail. Il a été dit qu'un problème pourrait se poser en cas d'échanges de données effectués dans le cadre de contrats non actuellement visés par une convention internationale mais qui pourraient, à l'avenir, devenir l'objet d'un instrument international portant loi uniforme. Actuellement, ces messages de données tomberaient dans le champ d'application du projet de convention s'ils répondaient aux critères du paragraphe 1 du projet d'article premier. Une lecture étroite du projet d'article Y, telle que préconisée par la majorité, aurait cependant pour effet indésirable qu'une fois que ces contrats deviendraient l'objet d'un nouvel instrument international, les messages de données correspondants sortiraient automatiquement du champ d'application du projet de convention. En réponse à cet argument, il a été souligné que le projet de

convention n'envisageait pas de solution à cette situation, mais que rien, dans le projet de convention, n'empêchait des États qui, à l'avenir, négocieraient une nouvelle convention destinée à régir un certain type de contrat de faire référence au projet de convention ou, s'ils en étaient eux-mêmes parties contractantes, de faire ultérieurement des déclarations d'inclusion en application du paragraphe 2 du projet d'article Y.

78. Le Groupe de travail a entrepris d'examiner d'éventuelles dispositions supplémentaires qui clarifieraient la relation existant entre les projets d'articles premier et Y. Il a été décidé qu'il pourrait envisager d'insérer, dans le projet d'article premier ou immédiatement après, un paragraphe supplémentaire en vertu duquel le projet de convention ne s'appliquerait pas à l'échange de messages de données relevant du projet d'article premier lorsque le contrat dans le cadre duquel ces messages de données étaient échangés était régi par une convention, un traité ou un accord international qui n'était pas mentionné au paragraphe 1 du projet d'article Y et ne faisait pas l'objet d'une déclaration faite par un État contractant en application du paragraphe 2 dudit projet d'article.

79. Cette nouvelle disposition, a-t-il été en outre proposé, devrait comprendre, comme option alternative entre crochets, une autre disposition tendant à ce que le projet de convention s'applique à l'échange de messages de données relevant du projet d'article premier même si le contrat existant ou envisagé auquel se rapportaient ces messages de données était régi par une convention, un traité ou un accord international qui n'avait pas été expressément mentionné au paragraphe 1 du projet d'article Y ou n'avait pas fait l'objet d'une déclaration faite par un État contractant en application du paragraphe 2 dudit projet d'article, aussi longtemps que cette application n'avait pas été exclue dans une déclaration faite en vertu du paragraphe 3 du projet d'article Y. Il a en outre été suggéré que la deuxième option pourrait être combinée à une disposition autorisant un État contractant à exclure de manière générale la possibilité d'étendre l'application des dispositions du projet de convention à des questions relevant de conventions internationales autres que celles énumérées au paragraphe 1 du projet d'article Y. Il a été noté, cependant, que l'option retenue, quelle qu'elle fût, pourrait contraindre à apporter d'importants ajustements au projet d'article Y et que les dispositions du projet d'article Y risquaient de n'être pas toutes compatibles avec l'une ou l'autre de ces options. Enfin, il faudrait peut-être circonscrire toute disposition prévoyant une large application de la convention à des questions régies par d'autres conventions internationales à des instruments internationaux de droit commercial ou à des conventions commerciales relevant du mandat de la CNUDCI.

80. Le Groupe de travail a pris note des objections répétées que suscitait une large application du projet de convention, mais il a été admis qu'il ne pouvait pas clore l'examen de la question au stade actuel et que les deux possibilités devraient être envisagées dans une version révisée du projet de convention qu'il examinerait ultérieurement.

81. Selon un avis, indépendamment de la décision finale qui serait prise concernant ces deux options, on pourrait encore clarifier la relation existant entre les projets d'articles premier et Y en incorporant le paragraphe 1 du projet d'article Y dans le projet d'article premier ou, du moins, en le rapprochant de ce projet d'article. En réponse à cet argument, il a été observé que l'on ne pouvait pas dissocier le paragraphe 1 du projet d'article Y des paragraphes 2 et 3 de cet article.

Cependant, dans la mesure où ces dispositions traitaient de déclarations faites par les États contractants, elles avaient davantage leur place, conformément à la pratique établie, dans les dispositions finales du projet de convention. En outre, il a été noté que le projet d'article premier prévoyait, pour le projet de convention, un champ d'application autonome. En vertu du projet d'article Y, les dispositions du projet de convention pourraient également s'appliquer à des messages de données échangés dans le cadre de contrats régis par d'autres conventions. Cependant, le projet de convention ne s'appliquait pas en tant que tel à ces autres conventions.

Disposition supplémentaire concernant l'objet du projet de convention

82. Le Groupe de travail a généralement convenu qu'il serait utile d'inclure dans le projet de convention, que ce fût sous la forme d'un préambule ou d'un article, une disposition énonçant l'objet du projet de convention. Il a notamment été proposé d'indiquer que le projet de convention avait pour objet d'affirmer la liberté de choix et l'interchangeabilité des supports et des technologies dans un contexte de commerce international et, plus particulièrement, celui des contrats internationaux, dans la mesure où les moyens employés permettent de respecter les objectifs des règles de droit applicables dans le contexte. D'autres éléments pourraient, a-t-il été suggéré, être examinés par le Groupe de travail à un stade ultérieur.

Définition du champ d'application matériel du paragraphe 1

83. Selon une opinion, le membre de phrase "en rapport avec un contrat existant ou envisagé" était trop large et pourrait donner à penser que les dispositions du projet de convention s'appliqueraient à l'échange de communications entre les Parties à un contrat et des tiers dès lors que ces communications auraient un "rapport" avec le contrat. Il a été signalé que certains contrats pouvaient exiger par exemple qu'une notification soit adressée à une autorité publique et que le libellé actuel du projet de paragraphe semblait autoriser l'envoi d'une telle notification sous forme électronique. Par conséquent, il a été proposé de remanier le texte actuel du projet de paragraphe de manière à préciser que le projet de convention ne s'appliquait qu'aux échanges de messages entre les parties à un contrat existant ou envisagé. Le Groupe de travail a souscrit à cette proposition et est convenu de faire figurer un libellé approprié dans une version future du projet de paragraphe.

84. Il a été dit que l'utilisation dans le projet de paragraphe du terme "parties" à propos d'un contrat envisagé ne convenait pas, car la qualité de partie à un contrat présupposait que ce contrat existait déjà. Il serait préférable d'utiliser l'expression "partie à la négociation d'un contrat envisagé". Il a été répondu que certaines dispositions du projet de convention étaient également censées s'appliquer aux communications échangées avant qu'un contrat ne soit conclu, voire avant que la négociation de ce contrat ait commencé. Le projet d'article 11, relatif aux invitations à l'offre, offrait un exemple de ce cas de figure. Le Groupe de travail a toutefois reconnu que la rédaction du projet de paragraphe pouvait être améliorée.

85. Selon une opinion, l'expression "contrat existant ou envisagé" pouvait être interprétée comme désignant un contrat existant au moment de l'entrée en vigueur du projet de convention. Le Groupe de travail est convenu de demander au secrétariat de proposer une autre formulation pour éviter de donner cette impression. Le Groupe est convenu en outre qu'il pourrait être nécessaire d'énoncer dans une disposition distincte du projet de convention des règles transitoires concernant le

moment où les dispositions du projet de convention prendraient effet et leurs incidences sur les contrats déjà conclus ou en cours de négociation à ce moment là.

86. Ayant pris en considération ces observations, le Groupe de travail a noté qu'il pourrait être nécessaire d'une manière générale d'apporter de nouvelles modifications au libellé du paragraphe 1, en particulier afin de l'harmoniser avec le libellé du projet d'article Y. Le secrétariat a été prié d'en tenir compte lorsqu'il élaborera la version révisée de ce projet de paragraphe.

Paragraphe 1 a)

87. Selon une opinion, l'alinéa a) était inutile et devrait être supprimé. Cette disposition, a-t-on déclaré, subordonnait l'application du projet de convention à une double exigence et l'excluait automatiquement dès lors qu'un des États concernés n'était pas partie au projet de convention. On a fait observer en outre que comme plusieurs dispositions du projet de convention (par exemple, les projets d'articles 8 et 9) visaient à faciliter l'application d'autres lois dans un contexte électronique, il se pourrait, du fait des exigences découlant de l'alinéa a), qu'un tribunal national doive interpréter les dispositions de la législation nationale (concernant par exemple les exigences de forme) de différentes façons selon que les parties au contrat se trouvaient ou non dans des États parties au projet de convention, ce qui serait un résultat inacceptable. L'application du projet de convention serait facilitée et sa portée pratique considérablement augmentée si l'on disposait simplement qu'il s'applique aux contrats internationaux, c'est-à-dire aux contrats conclus entre des Parties situées dans deux États différents, sans exiger en plus que ces deux États soient également parties au projet. Cette proposition a été fortement appuyée, malgré des divergences de vues sur le point de savoir s'il fallait également supprimer les alinéas b) et c) ou seulement l'une ou l'autre de ces deux dispositions.

88. Selon l'opinion contraire, qui a également recueilli un large appui, le libellé actuel était fondé sur l'alinéa 1 a) de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les ventes et devrait être maintenu. Ce libellé avait l'avantage de permettre aux Parties de déterminer facilement si le projet de convention s'appliquerait ou non à leur contrat, sans avoir à vérifier au préalable quel serait le droit des contrats applicable. Le champ d'application géographique, peut-être plus étroit, qui en résultait était compensé par la sécurité juridique accrue qu'il offrait.

89. Il a alors été rappelé au Groupe de travail que dans la première version du projet de convention, il avait été proposé une variante qui disposait que l'instrument s'appliquerait aux communications échangées entre des Parties situées dans deux États différents, sans qu'il soit nécessaire que ces deux États aient ratifié le projet de convention (voir A/CN.9/WG.IV/WP.95, annexe I). Lors de la première lecture du projet de convention, le Groupe de travail n'avait pas appuyé cette variante parce qu'elle n'était pas parallèle au paragraphe 1 a) de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les ventes (A/CN.9/509, par. 37). Toutefois, il a été déclaré qu'il n'était plus nécessaire de rechercher un tel parallélisme entre les deux instruments. On a expliqué que cette conclusion découlait logiquement du fait que le Groupe de travail était convenu, lors de l'examen du projet d'article Y (voir par. 53 ci-dessus), que les champs d'application respectifs du projet de convention et des autres instruments internationaux étaient indépendants.

90. Le Groupe de travail a largement débattu sur cette proposition de modification du champ d'application géographique du projet de convention. Il a finalement été décidé de conserver le paragraphe 1 a) du projet d'article premier. Toutefois, il a également été convenu de faire figurer à un endroit approprié dans une version révisée du projet de convention, pour examen ultérieur, une disposition autorisant un État à déclarer qu'il appliquerait les dispositions du projet de convention aux messages de données échangés en rapport avec des contrats internationaux dès lors que les Parties avaient leurs établissements dans des États différents, même si un seul des États en question était partie au projet de convention.

Paragraphe 1 b)

91. Il a été proposé de supprimer l'alinéa b du paragraphe 1 car la règle qu'il énonçait ne contribuait pas à la sécurité juridique. On a déclaré qu'il pouvait entraîner l'application du projet de convention en vertu de règles de droit international privé même si l'État du for n'avait pas adopté le projet de convention. On a fait observer que si les Parties souhaitaient soumettre leurs échanges de communications aux dispositions du projet de convention, l'alinéa c) leur en donnait la possibilité. Toutefois, elles ne devraient pas, lorsqu'elles ne l'avaient pas anticipé, être soumises au projet de convention simplement parce qu'un troisième État l'appliquait.

92. Il a été répondu que l'alinéa b) reproduisait une règle qui était énoncée dans les dispositions relatives au champ d'application d'autres instruments de la CNUDCI. On a déclaré que cette règle était utile si l'on voulait que le projet de convention ait un champ d'application géographique étendu, car elle n'exigeait pas que les États où se trouvaient les parties au contrat soient tous les deux parties au projet de convention. Bien qu'il ait été fait objection à cette règle lors d'une session antérieure (A/CN.9/509, par. 38), le Groupe de travail avait décidé jusque-là de conserver l'alinéa b) (A/CN.9/528, par. 42). Les États qui pourraient avoir des difficultés à appliquer cet alinéa avaient la possibilité d'en exclure l'application en faisant une déclaration en vertu du paragraphe 1 du projet d'article X. Cette déclaration rendrait le projet de convention inapplicable si les règles du droit international privé d'un État contractant entraînaient l'application de la loi de l'État ayant fait une telle déclaration d'exclusion.

93. Ayant noté les différents points de vue exprimés et le fait que la proposition tendant à supprimer l'alinéa b) n'avait pas recueilli un appui suffisant, le Groupe de travail a décidé de conserver cet alinéa pour examen ultérieur.

Paragraphe 1 c)

94. On a souligné que la possibilité offerte par l'alinéa c) du paragraphe 1 était également envisagée par exemple dans le paragraphe 2 de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by[3].

95. On a demandé si on envisageait dans cet alinéa que les Parties conviendraient de soumettre leur contrat aux lois d'un État donné ou d'y incorporer les dispositions du projet de convention en tant que telles. On a déclaré que la première solution était largement acceptée dans la plupart des systèmes juridiques mais que la deuxième ne serait peut-être pas toujours possible. Une convention internationale

sur des matières de droit privé n'est applicable à des parties privées que dans la mesure où il y a été donné effet au plan interne. Par conséquent, les clauses de compétence législative renvoyant à une convention internationale sont généralement appliquées par incorporation de lois étrangères et non de cette convention internationale en tant que telle. Par ailleurs, la situation envisagée dans cet alinéa serait tout à fait inacceptable si elle devait permettre aux Parties de violer effectivement des règles impératives du droit applicable. On a fait observer en outre que les règles similaires figurant dans d'autres conventions internationales ne constituaient pas de véritables précédents; par exemple, la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by[3] ne visait qu'un type particulier de contrat, alors que le projet de convention traitait de questions générales qui concernaient divers domaines du droit.

96. Il a été répondu que les litiges portant sur des contrats internationaux n'étaient pas exclusivement tranchés par les tribunaux nationaux et que l'arbitrage était largement pratiqué dans le commerce international. On a ajouté que, bien souvent, les tribunaux arbitraux n'étaient pas expressément rattachés à un lieu géographique donné et qu'ils tranchaient les litiges dont ils étaient saisis sur la base du droit choisi par les Parties. Dans la pratique, les clauses de compétence législative ne faisaient pas toujours mention des lois d'un État donné. Au contraire, il était fréquent que les Parties choisissent de soumettre leur contrat à une convention internationale indépendamment de toute loi nationale. Le fait que l'on pouvait choisir de soumettre un contrat à une convention internationale indépendamment du droit interne apparaissait clairement au paragraphe 1 e) de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer[9], qui s'appliquait à un contrat de transport notamment lorsqu'un connaissement indique que les dispositions de cette convention ou celles d'une législation nationale leur donnant effet devraient régir ce contrat.

97. Ayant noté les différents points de vue exprimés et le fait que la proposition tendant à supprimer l'alinéa c) n'avait pas recueilli un appui suffisant, le Groupe de travail a décidé de conserver cet alinéa pour examen ultérieur.

Article 2. Exclusions

98. Le texte du projet d'article 2 était le suivant:

"La présente Convention ne s'applique pas à l'utilisation de messages de données [en rapport avec les contrats suivants, existants ou envisagés] [dans le contexte de la formation ou de l'exécution des contrats suivants]:

a) Contrats conclus à des fins personnelles, familiales ou domestiques [à moins que la partie offrant les biens ou les services, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censée savoir que ces biens et ces services étaient destinés à un tel usage];

[b) Contrats autorisant l'utilisation limitée de droits de propriété intellectuelle;]

---

[9] *Ibid.*, vol. 1695, n° 29215.

c) [*Autres exclusions qui pourraient être ajoutées par le Groupe de travail.*] [Autres matières indiquées par un État contractant dans une déclaration faite conformément à l'article X.]"

Chapeau

99. Il a été noté que le chapeau du projet d'article 2 contenait des variantes entre crochets que le Groupe de travail devrait examiner à un stade ultérieur.

Alinéa a)

100. On a fait observer que le projet d'alinéa excluait les contrats faisant intervenir des consommateurs en utilisant la même technique que celle utilisée à l'alinéa a) de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur les ventes. Toutefois, le dernier membre de phrase, à savoir "à moins que la partie offrant les biens ou les services, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su ou n'ait pas été censé savoir que ces biens et ces services étaient destinés à un tel usage", apparaît entre crochets, conformément à une proposition tendant à le supprimer, qui avait reçu un certain appui à la quarante et unième session du Groupe de travail (A/CN.9/528, par. 52).

101. De l'avis général, il était très important d'exclure les opérations faisant intervenir les consommateurs du champ d'application du projet de convention car ce dernier contenait un certain nombre de règles qui étaient inappropriées dans le contexte de ces opérations. On a indiqué qu'une règle telle que celle qui figurait au projet d'article 10-2, par exemple, selon laquelle il était présumé qu'un message de données était reçu à partir du moment où il pouvait être relevé par le destinataire, était inappropriée dans le contexte des opérations faisant intervenir des consommateurs, car on ne pouvait attendre de ces derniers qu'ils consultent leur courrier électronique régulièrement ni qu'ils soient capables de faire facilement une distinction entre des messages commerciaux légitimes et des messages publicitaires abusifs. On a indiqué qu'il ne faudrait pas imposer aux consommateurs les mêmes normes qu'aux personnes exerçant des activités commerciales.

102. On a également fait observer que, dans les opérations faisant intervenir des consommateurs, le traitement des erreurs et les conséquences des erreurs exigeraient le plus souvent des règles juridiques spécifiques beaucoup plus détaillées que les dispositions générales figurant au projet d'article 14. Un autre exemple possible de tension était que les règles de protection des consommateurs prévoyaient en général que le vendeur était tenu de mettre à la disposition des consommateurs les conditions du contrat d'une manière accessible. De plus, les règles de protection des consommateurs relatives aux opérations électroniques indiquaient également les conditions dans lesquelles les termes et conditions types des contrats pouvaient être invoqués contre un consommateur et quand un consommateur pouvait être présumé avoir exprimé son consentement aux conditions incorporées par référence dans le contrat. Aucune de ces questions n'était traitée dans le projet de convention d'une manière qui offrirait le degré de protection dont bénéficiaient les consommateurs dans plusieurs systèmes juridiques. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait exclure les consommateurs du champ d'application du projet de convention.

103. Il a été suggéré de maintenir le texte entre crochets afin de conserver une concordance avec la Convention des Nations Unies sur les ventes et d'offrir le

même niveau de sécurité juridique que cette dernière. On a souligné que la disposition correspondante de ladite Convention avait été jugée importante pour garantir la sécurité juridique, sinon l'applicabilité de cette dernière dépendrait entièrement de la possibilité qu'avait le vendeur de déterminer l'usage auquel l'acheteur destinait les marchandises.

104. Selon l'avis contraire, cependant, le texte entre crochets devrait être supprimé, bien qu'il reprenne les termes employés dans la Convention des Nations Unies sur les ventes. On a indiqué qu'il serait préférable que l'exclusion des contrats faisant intervenir des consommateurs ne dépende pas de la connaissance effective ou présumée de la partie offrant les biens ou les services. On a fait observer que la disposition correspondante, dans la Convention des Nations Unies sur les ventes, reposait sur l'hypothèse qu'il pouvait y avoir des cas dans lesquels un contrat de vente pourrait relever de la Convention, bien qu'il ait été conclu par un consommateur (pour une discussion antérieure sur ce point, voir A/CN.9/527, par. 83 à 89). Il découlait de ces dispositions que les rédacteurs de la Convention des Nations Unies sur les ventes avaient admis qu'il pouvait y avoir des cas dans lesquels celle-ci s'appliquerait à un contrat de vente, en dépit du fait que celui-ci avait été conclu avec un consommateur. La sécurité juridique conférée par cette disposition semblait l'avoir emporté sur le risque de voir la Convention s'appliquer à des opérations que l'on souhaitait exclure de son champ d'application. On a fait observer en outre que, comme il était indiqué dans le commentaire du projet de convention sur les contrats de vente internationale qui avait été établi alors par le secrétariat (A/CONF.97/5), l'alinéa a) de l'article 2 de la Convention était fondé sur l'hypothèse que les opérations faisant intervenir des consommateurs n'étaient des opérations internationales que dans un nombre "relativement peu nombreux de cas".

105. Il a été déclaré également que, si les opérations faisant intervenir des consommateurs devaient être exclues d'un nouvel instrument sur les contrats électroniques, le libellé de l'alinéa a) de l'article 2 de la Convention sur les ventes pourrait poser un problème, car les systèmes de communication ouverts, comme Internet, qui n'étaient pas disponibles à l'époque où la Convention a été élaborée, offraient des facilités qui augmentaient considérablement la probabilité que des consommateurs achètent des marchandises à des vendeurs établis à l'étranger. Une exclusion inconditionnelle donnerait au contraire l'assurance suffisante que les opérations faisant intervenir des consommateurs ne relèveraient en aucun cas du champ d'application du projet de convention. La proposition de supprimer le texte entre crochets a reçu un certain appui.

106. Après une longue discussion, il a été convenu de revenir sur cette question lorsque le Groupe de travail aurait examiné l'alinéa a) du projet d'article 3 (voir par. 112 à 115 ci-après).

Alinéa b)

107. Il a été rappelé que l'exclusion, à l'alinéa b), qui portait sur les contrats autorisant l'utilisation limitée de droits de propriété intellectuelle, apparaissait entre crochets, car le Groupe de travail n'était pas encore parvenu à un accord à ce sujet (A/CN.9/527, par. 90 à 93 et A/CN.9/528, par. 55 à 60). Le Groupe de travail a pris note du fait que le Bureau international de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle ne voyait aucune nécessité de prévoir une clause d'exclusion concernant les contrats portant sur les droits de propriété intellectuelle

(A/CN.9/WG.IV/WP.106, par. 2). Partant de là, le Groupe de travail est convenu de supprimer l'alinéa.

Alinéa c)

Autres exclusions

108. On a fait observer que le projet d'alinéa c) comportait deux options entre crochets, la première consistant à prévoir une liste commune d'exclusions, et la seconde étant de renvoyer aux déclarations faites par chaque État contractant en vertu de l'article X. Une préférence a été exprimée dans l'ensemble pour la première option.

109. Un certain nombre de questions à inclure dans une liste commune d'exclusions ont été proposées, telles que les marchés de services financiers existants. On a souligné que, comme cela avait été dit à des sessions antérieures du Groupe de travail (A/CN.9/527, par. 95 et A/CN.9/528, par. 61), le secteur des services financiers était soumis à des règles de caractère réglementaire et non réglementaire bien définies qui traitaient les questions liées au commerce électronique de façon efficace pour le fonctionnement mondial de ce secteur et qu'on ne gagnerait rien à l'inclure dans le projet de convention. On a également fait observer qu'étant donné le caractère unique de ce secteur, reléguer une telle exclusion à des déclarations faites par les pays conformément à l'article X ne serait pas adéquat pour refléter cette réalité. Bien que la proposition d'exclure ce secteur ait été soutenue, on a craint qu'une exclusion concernant les marchés des services financiers ne soit trop large. On a répondu qu'il n'était pas proposé d'exclure les services financiers en tant que tels en général, mais des opérations particulières telles que les systèmes de paiement, les instruments négociables, les produits dérivés, les opérations de swap, les conventions de rachat, les devises, les valeurs mobilières et les marchés obligataires, et éventuellement les activités générales des banques dans le domaine de l'approvisionnement et des activités de prêt (A/CN.9/527, par. 95 et A/CN.9/528, par. 61).

110. Selon un autre avis, l'alinéa c) devrait exclure les contrats suivants: contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, à l'exception des droits de location; contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique; contrats de sûretés et garanties fournis par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leurs activités professionnelles et commerciales; et contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions (A/CN.9/WG.IV/WP.95, annexe II). Il a été noté que la troisième de ces matières, à savoir les contrats de sûretés et garanties, semblait faire double emploi avec la proposition d'inclure une exclusion plus générale pour les marchés de services financiers. Selon un autre avis encore, l'alinéa c) constituait peut-être un autre moyen d'exclure du champ d'application du projet de convention les messages de données échangés à l'occasion de contrats régis par certaines conventions internationales existantes. Cette approche pourrait rendre inutiles certaines exclusions de ces conventions par des déclarations faites conformément au paragraphe 2 du projet d'article X. Les catégories possibles, pour une liste commune d'exclusions, comprenaient les instruments négociables ou les documents relatifs au transport de marchandises.

111. Il a été décidé que ces propositions devraient être reflétées dans de nouvelles dispositions à faire figurer entre crochets pour examen à une session future du Groupe de travail.

Article 3. Matières non régies par la présente Convention

112. Le texte du projet d'article 3 était le suivant:

"La présente Convention ne porte atteinte ou ne se substitue à aucune règle de droit concernant:

[a) La protection des consommateurs;]

b) La validité du contrat ni d'aucune de ses clauses ni d'aucun usage [sauf s'il en est disposé autrement dans les articles [...]];

c) Les droits et obligations des parties découlant du contrat ou de l'une quelconque de ses clauses ou de tout usage; ou

d) Les effets que le contrat peut avoir sur la propriété des droits créés ou transférés par le contrat."

113. Il a été souligné qu'en vertu de l'alinéa a), les opérations de consommation ne seraient pas automatiquement exclues du champ d'application du projet de convention, mais que les dispositions du projet de convention ne porteraient atteinte ou ne se substitueraient à aucune règle de droit concernant la protection des consommateurs. Il a été noté que, si l'on supprimait le texte figurant entre crochets à l'alinéa a) du projet d'article 2, on pourrait aussi supprimer l'alinéa a) du projet d'article 3 qui, à certains égards, représentait une alternative à cet alinéa (A/CN.9/528, par. 52).

114. Cependant, il a été suggéré que, si l'on conservait le texte figurant entre crochets à l'alinéa a) du projet d'article 2, il était possible que, dans les cas où la personne offrant les biens ou les services ne savait ni n'était censée savoir que l'opération était une opération de consommation, cette opération soit couverte par le projet de convention. Compte tenu de cette possibilité, on a déclaré qu'il était essentiel de conserver l'alinéa a) du projet d'article 3 pour ne pas porter atteinte aux lois qui protègent les consommateurs. À l'appui de cet argument, on a fait valoir qu'il fallait conserver l'alinéa a) pour souligner que le projet de convention n'avait pas pour objet de bouleverser la législation sur la protection des consommateurs.

115. Compte tenu du rapport apparent existant entre les textes entre crochets de l'alinéa a) du projet d'article 2 et de l'alinéa a) du projet d'article 3, le Groupe de travail s'est penché sur les incidences de l'alinéa a) du projet d'article 3.

116. Il a été noté que le texte entre crochets de l'alinéa a) du projet d'article 2 avait pour objet d'offrir une sécurité juridique à la personne fournissant des biens ou des services, qui pourrait ne pas être en mesure, dans chaque situation, de vérifier si l'autre partie était ou non un consommateur. Il a été déclaré que dans ce cas, l'alinéa a) du projet d'article 2 indiquait que les dispositions du projet de convention s'appliqueraient lorsque l'objet personnel ou domestique d'une opération n'apparaissait pas à l'autre partie. Cependant, on a fait observer que le bénéfice de cette sécurité juridique était compromis par le fait que l'alinéa a) du

projet d'article 3 se subordonnait aux règles de protection des consommateurs. Selon un avis contraire, l'alinéa a) du projet d'article 3 était essentiel pour protéger les consommateurs compte tenu des incidences qu'aurait l'inclusion du texte entre crochets dans l'alinéa a) du projet d'article 2. Vu le conflit évident opposant la protection de l'intérêt des deux types de partie, le Groupe de travail a conclu que la meilleure façon d'assurer la sécurité juridique était de créer, dans l'alinéa a) du projet d'article 2, une exclusion clairement définie en omettant le texte qui y figurait entre crochets. Il a en outre convenu que l'alinéa b) du projet d'article 3 était par conséquent devenu redondant et pouvait donc être supprimé.

Alinéas b), c) et d)

117. Le Groupe de travail a estimé que, puisque les dispositions du projet de convention n'avaient pas de rapport avec l'objet des alinéas b), c) et d) de l'article 3, ces alinéas n'étaient pas nécessaires. Il a en conséquence décidé de les supprimer dans leur intégralité.

118. À la lumière de ses délibérations relatives aux alinéas a) à d), le Groupe de travail a décidé de supprimer le projet d'article.

Article 4. Autonomie des Parties

119. Le texte du projet d'article 4 était le suivant:

> "Les Parties peuvent exclure l'application de la présente Convention ou déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets [sauf dans les cas suivants ...]."

120. Le Groupe de travail a donné la préférence à l'application inconditionnelle de l'autonomie des parties et a donc décidé de supprimer la possibilité d'inclure des exceptions dans le texte figurant entre crochets. À cet égard, on a exprimé la crainte que le principe de l'autonomie des parties ne soit compris comme autorisant une partie à déroger à des prescriptions obligatoires de forme découlant de lois nationales ou à modifier à la baisse les critères d'équivalence fonctionnelle énoncés à l'article 9 du projet de convention.

121. En réponse, il a été noté que le projet de convention avait uniquement pour objet de proposer une équivalence fonctionnelle permettant de respecter des prescriptions de forme générales et qu'il ne portait pas atteinte aux règles obligatoires qui imposaient, par exemple, l'utilisation de méthodes spécifiques d'authentification dans un contexte particulier. En tout état de cause, les États demeuraient libres de faire, à cet égard, des déclarations en application du projet d'article X.

122. S'agissant des prescriptions de forme générales, les dispositions du projet de convention n'avaient, par essence, qu'une fonction de facilitation. Le fait, pour les Parties, d'utiliser une méthode différente aurait simplement pour conséquences qu'elles ne seraient pas à même de respecter les prescriptions de forme envisagées au projet d'article 9. Il a été admis, cependant, qu'il pourrait être nécessaire d'étudier la question dans le contexte du projet d'article 9.

123. Il a également été suggéré que le projet d'article 4 précise la manière dont les Parties pourraient déroger aux dispositions du projet de convention. Il a été proposé, en particulier, que le projet d'article précise que les dérogations pouvaient s'effectuer par exclusion explicite ou, par exemple, au moyen d'une disposition contractuelle qui serait contraire aux dispositions du projet de convention. Bien que certaines réserves aient été exprimées à l'égard de cette proposition, le Groupe de travail a accepté qu'elle soit examinée et qu'un texte supplémentaire soit inclus à cet effet entre crochets.

124. Il a été noté qu'une étude de la pratique contractuelle des dérogations aux dispositions de la Convention des Nations Unies sur les ventes pourrait aider le Groupe de travail dans l'examen de cette question.

G. Note du Secrétariat sur les aspects juridiques du commerce électronique: contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention, document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-troisième session

(A/CN.9/WG.IV/WP.108) [Original: Anglais]

1. Le Groupe de travail a entamé ses délibérations sur les contrats électroniques à sa trente-neuvième session (New York, 11-15 mars 2002) en examinant une note de secrétariat sur certains aspects des contrats électroniques (A/CN.9/WG.IV/WP.95) qui contenait également un texte préliminaire intitulé provisoirement "Avant-projet de convention sur les contrats [internationaux] conclus ou constatés au moyen de messages de données" (A/CN.9/WG.IV/WP.95, annexe I).

2. À cette session, le Groupe de travail a procédé à un échange de vues général sur la forme et le champ d'application de l'instrument, mais il est convenu de ne pas aborder la question des exclusions avant d'avoir eu la possibilité d'étudier les dispositions concernant le lieu de situation des parties et la formation des contrats (voir A/CN.9/509, par. 18 à 40). Il a ensuite examiné les articles 7 et 14, qui traitent tous les deux de questions relatives au lieu de situation des parties (voir A/CN.9/509, par. 41 à 65). Après avoir terminé l'examen initial de ces dispositions, le Groupe de travail a entamé l'examen des dispositions relatives à la formation des contrats figurant aux articles 8 à 13 (voir A/CN.9/509, par. 66 à 121). La lecture du projet de convention à cette session s'est achevée par l'examen du projet d'article 15 relatif à la mise à disposition des clauses contractuelles (voir A/CN.9/509, par. 122 à 125). Le Groupe de travail est alors convenu que les articles 2 à 4, traitant du champ d'application du projet de convention, et les articles 5 (définitions) et 6 (interprétation) seraient examinés à sa quarantième session (voir A/CN.9/509, par. 15).

3. Le Groupe de travail a repris l'examen de l'avant-projet de convention à sa quarantième session (Vienne, 14-18 octobre 2002). Il a commencé ses délibérations par une discussion générale sur le champ d'application de l'avant-projet de convention (voir A/CN.9/527, par. 72 à 81). Il a ensuite examiné les articles 2 à 4, traitant du champ d'application du projet de convention, et les articles 5 (définitions) et 6 (interprétation) (voir A/CN.9/527, par. 82 à 126).

4. Le secrétariat a par la suite établi une version révisée de l'avant-projet de convention (A/CN.9/WG.IV/WP.100, annexe). Le Groupe de travail, à sa quarante et unième session (New York, 5-9 mai 2003), a examiné les articles 1er à 11 de cette version révisée (voir A/CN.9/528, par. 26 à 151). Il a prié le secrétariat d'établir une version révisée de l'avant-projet de convention, qu'il examinerait à sa quarante-deuxième session.

5. À sa quarante-deuxième session (Vienne, 17-21 novembre 2003), le Groupe de travail a procédé à un échange de vues général sur la portée de l'avant-projet de convention (voir A/CN.9/546, par. 33 à 38). Il a noté que la Chambre de commerce internationale avait créé une équipe chargée d'élaborer des dispositions contractuelles et un guide concernant les questions juridiques liées au commerce électronique, appelés provisoirement "E-terms 2004". Le Groupe de travail a estimé que les travaux menés par cette équipe complétaient utilement ses propres travaux

visant à élaborer une convention internationale. Il a entamé l'examen du texte révisé de l'avant-projet de convention (A/CN.9/WG.IV/WP.103, annexe I). Il a examiné les articles 8 à 15 et a demandé qu'un certain nombre de modifications y soient apportées (voir A/CN.9/546, par. 39 à 135).

6. La nouvelle version révisée de l'avant-projet de convention, qui tient compte des délibérations et des décisions des sessions précédentes du Groupe de travail, figure en annexe à la présente note.

Annexe[1]

Avant-projet de convention[2] sur l'utilisation de messages de données dans [le commerce international] [le contexte des contrats internationaux]

CHAPITRE PREMIER. SPHÈRE D'APPLICATION

Article premier
Champ d'application

1. La présente Convention s'applique à l'utilisation de messages de données en rapport avec un contrat existant ou envisagé entre des parties ayant leurs établissements dans des États différents:

Variante A[3]

a) Lorsque ces États sont des États contractants;

b) Lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant; ou[4]

---

[1] Les chiffres apparaissant entre crochets après les numéros des articles correspondent à la numération de la version précédente de l'avant-projet de convention (A/CN.9/WG.IV/WP.103, annexe).

[2] La forme d'une convention représente uniquement une hypothèse de travail (voir A/CN.9/484, par. 124) et est sans préjudice de la décision finale que prendra le Groupe de travail au sujet de la nature de cet instrument.

[3] Cette variante aurait pour résultat que le champ d'application du projet de convention serait pour l'essentiel le même que dans les versions antérieures. En la combinant avec la variante A du projet d'article Y, un État contractant préciserait que les dispositions du projet de convention s'appliquent aux messages échangés conformément à l'une quelconque des conventions qui y sont visées tout en se réservant la possibilité d'exclure certains instruments ou d'en ajouter d'autres comme bon lui semble.

[4] Ce paragraphe reproduit une règle qui est énoncée dans les dispositions relatives à la sphère d'application d'autres instruments de la CNUDCI. Il y a eu des objections à cette règle, au motif qu'une telle extension du champ d'application de la Convention, en raison de sa nature intrinsèquement rétroactive, affaiblirait nettement la sécurité au moment de la conclusion du contrat (voir A/CN.9/509, par. 38). À sa quarante et unième session, le Groupe de travail a décidé de conserver cet alinéa (voir A/CN.9/528, par. 42). Si ce projet de paragraphe est conservé, le Groupe de travail devra encore examiner si des réserves à cette règle devraient être

c) Lorsque les parties sont convenues qu'elle s'applique[5].

Variante B[6]

... lorsque ces États sont parties à la présente Convention et que les messages de données sont utilisés en rapport avec un contrat existant ou envisagé auquel, conformément à la loi de ces États Parties, l'une des conventions internationales ci-après doit être appliquée:

Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 14 juin 1974) et Protocole y relatif (Vienne, 11 avril 1980)

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 11 avril 1980)

Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 17 avril 1991)

Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (New York, 11 décembre 1995)

Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (New York, 12 décembre 2001).

2. Il n'est pas tenu compte du fait que les parties ont leurs établissements dans des États différents lorsque ce fait ne ressort ni du contrat, ni de transactions effectuées entre les parties, ni de renseignements donnés par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat.

3. Ni la nationalité des parties, ni le caractère civil ou commercial des parties ou du contrat ne sont pris en considération pour l'application de la présente Convention.

---

admises, comme suggéré à sa quarante-deuxième session (voir A/CN.9/528, par. 42). Voir également le paragraphe 1 du projet d'article X.

[5] Cette possibilité est prévue, par exemple, au paragraphe 2 de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by. Le Groupe de travail a décidé d'attendre d'avoir examiné les dispositions de fond du projet de convention pour se prononcer sur l'alinéa en question (voir A/CN.9/528, par. 43 et 44). Il voudra peut-être examiner s'il devrait être possible pour les États contractants d'exclure cette disposition dans une déclaration faite conformément au paragraphe 1 du projet d'article X.

[6] Cette variante correspond à la variante 1 d'une proposition que l'Allemagne a présentée à la quarante-deuxième session du Groupe de travail (A/CN.9/WG.IV/XLII/CRP.2). Dans la pratique, elle aurait pour effet de limiter la possibilité d'appliquer le projet de convention uniquement aux messages échangés conformément aux conventions susmentionnées tout en permettant aux États contractants d'en exclure certaines en application de la variante C du projet d'article Y.

Article 2
Exclusions[7]

La présente Convention ne s'applique pas à l'utilisation de messages de données [en rapport avec les contrats suivants, existants ou envisagés] [dans le contexte de la formation ou de l'exécution des contrats suivants]:

a) Contrats conclus à des fins personnelles, familiales ou domestiques [à moins que la partie offrant les biens ou les services, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censée savoir que ces biens et ces services étaient destinés à un tel usage];[8]

[b) Contrats autorisant l'utilisation limitée de droits de propriété intellectuelle;][9]

c) [*Autres exclusions qui pourraient être ajoutées par le Groupe de travail.*][10] [Autres matières indiquées par un État contractant dans une déclaration faite conformément à l'article X][11].

---

[7] La dernière version de ce projet d'article comportait deux variantes reflétant des manières différentes de traiter les contrats faisant intervenir des consommateurs. La variante A excluait les contrats faisant intervenir des consommateurs en utilisant la même technique que celle utilisée à l'alinéa a) de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (la "Convention des Nations Unies sur les ventes"). La variante B renvoyait à la législation interne visant à protéger les consommateurs, sans exclure du projet de convention les opérations faisant intervenir des consommateurs (voir A/CN.9/527, par. 89; voir également A/CN.9/528, par. 51 à 54). Dans sa version actuelle, le projet d'article retient uniquement la variante A. L'ancienne variante B a été incorporée dans le projet d'article 3, car elle est plus proche de cet article sur le fond, dans son libellé actuel. Le Groupe de travail voudra peut-être garder présent à l'esprit que ce projet d'article pourrait devenir superflu dans sa totalité s'il décidait de définir le champ d'application du projet de convention sur la base de la variante C du projet d'article premier, étant donné que le projet de convention ne s'appliquerait alors qu'aux échanges de messages de données couverts par les conventions internationales visées par cette variante conformément à leurs propres règles régissant leur champ d'application.

[8] Le dernier membre de phrase apparaît entre crochets car un certain soutien a été exprimé à la quarante et unième session du Groupe de travail en faveur de la proposition tendant à supprimer tout ce qui figure après "domestiques" (voir A/CN.9/528, par. 52).

[9] Cette exclusion apparaît entre crochets car le Groupe de travail n'est pas encore parvenu à un accord à ce sujet (voir A/CN.9/527, par. 90 à 93 et A/CN.9/528, par. 55 à 60). Le Groupe de travail voudra peut-être prendre note du fait que le Bureau international de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle ne voit aucune nécessité de prévoir une clause d'exclusion concernant les contrats portant sur des droits de propriété intellectuelle (voir A/CN.9/WG.IV/WP.106, par. 2).

[10] Si le Groupe de travail décidait de prévoir des exclusions supplémentaires, elles pourraient être ajoutées dans ce projet d'article. L'annexe II du projet initial (A/CN.9/WG.IV/WP.95) présentait, sans prétendre à l'exhaustivité, des exemples d'exclusions que l'on trouve généralement dans les lois internes sur le commerce électronique. D'autres exclusions, qui avaient été proposées à la quarantième session du Groupe de travail et puis à nouveau à sa quarante et unième session, portaient sur certains marchés de services financiers existants auxquels s'appliquaient des règles bien établies résultant de réglementations spécifiques, accords types et usages, règles de systèmes ou autres. Ces exclusions concernaient notamment les systèmes de paiement, les instruments négociables, les produits dérivés, les opérations de swap, les conventions de rachat, les devises, les valeurs mobilières et les marchés obligataires et incluaient, le cas échéant, les activités générales des banques dans le domaine de l'approvisionnement et les activités de prêt (voir A/CN.9/527, par. 95 et A/CN.9/528, par. 61). Les autres exclusions proposées à la quarante

Article 3
Matières non régies par la présente Convention[12]

La présente Convention ne porte atteinte ou ne se substitue[13] à aucune règle de droit concernant:

[a) La protection des consommateurs;][14]

b) La validité du contrat ni d'aucune de ses clauses ni d'aucun usage [sauf s'il en est disposé autrement dans les articles [...]][15];

c) Les droits et obligations des parties découlant du contrat ou de l'une quelconque de ses clauses ou de tout usage[16]; ou

d) Les effets que le contrat peut avoir sur la propriété des droits créés ou transférés par le contrat[17].

---

et unième session du Groupe de travail concernent notamment les "opérations immobilières, de même que les contrats faisant intervenir des tribunaux ou des autorités publiques et les contrats concernant le droit de la famille et le droit des successions" (A/CN.9/528, par. 63). À cet égard, le Groupe de travail pourrait noter que la Commission a décidé, à sa trente-sixième session, d'entreprendre des travaux dans le domaine des marchés publics, y compris par des moyens électroniques (voir A/58/17, par. 225 à 230). Cela pourrait rendre inappropriée une exclusion sans limite des "contrats faisant intervenir des tribunaux ou des autorités publiques".

11 Ce membre de phrase constitue une autre solution qui rendrait inutile une liste commune d'exclusions (voir A/CN.9/527, par. 96).

12 Le Groupe de travail voudra peut-être garder présent à l'esprit que ce projet d'article pourrait devenir superflu dans sa totalité s'il décidait de définir le champ d'application du projet de convention sur la base de la variante C du projet d'article premier, étant donné que le projet de convention ne s'appliquerait alors qu'aux échanges de données couverts par les conventions internationales visées par cette variante conformément à leurs propres règles régissant leur champ d'application.

13 Cette formulation a été utilisée conformément à une suggestion faite à la quarante et unième session du Groupe de travail, suivant laquelle les termes utilisés précédemment ("La présente Convention ne concerne pas") ne convenaient pas (voir A/CN.9/528, par. 67).

14 Le projet d'alinéa a) apparaît entre crochets, car il représente, à certains égards, une variante de l'alinéa a) du projet d'article 2 (voir A/CN.9/528, par. 52). En vertu de cette règle, les opérations faisant intervenir des consommateurs ne seraient pas automatiquement exclues du champ d'application du projet de convention, mais les dispositions de celle-ci ne se substitueraient pas ou ne porteraient pas atteinte aux règles relatives à la protection des consommateurs.

15 Le projet d'alinéa b) est inspiré de l'alinéa a) de l'article 4 de la Convention des Nations Unies sur les ventes. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le lien entre les exclusions générales prévues par ce projet d'article et d'autres dispositions qui, par exemple, affirment la validité des messages de données, notamment les projets d'articles 8, 9 et 13 (voir A/CN.9/527, par. 103).

16 L'avant-projet de convention ne traite pas des questions de fond soulevées par le contrat, lequel reste par ailleurs soumis à la loi qui le régit (voir A/CN.9/527, par. 10 à 12). Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si cet alinéa est encore nécessaire étant donné que la règle qu'il énonce pourrait de toute façon être évidente du fait de la portée limitée du projet de convention.

17 Le projet d'alinéa d) a été modelé *mutatis mutandis* sur l'alinéa b) de l'article 4 de la Convention des Nations Unies sur les ventes. Quelle que soit la décision finale qu'il prendra au sujet des projets d'articles premier et Y, le Groupe de travail voudra peut-être se demander si cet alinéa est encore nécessaire étant donné que la règle qu'il énonce pourrait de toute façon être évidente du fait de la portée limitée du projet de convention.

Article 4
Autonomie des parties

Les parties peuvent exclure l'application de la présente Convention ou déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets [sauf dans les cas suivants ...][18].

CHAPITRE II. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 5
Définitions[19]

Aux fins de la présente Convention:

a) Le terme "message de données" désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie;

b) Le terme "échange de données informatisées (EDI)" désigne le transfert électronique d'une information d'ordinateur à ordinateur mettant en œuvre une norme convenue pour structurer l'information;

c) Le terme "expéditeur" désigne la personne par laquelle, ou au nom de laquelle, le message de données est réputé[20] avoir été envoyé ou créé avant d'avoir été éventuellement conservé, mais non la personne qui agit en tant qu'intermédiaire pour ce message;

d) Le terme "destinataire" désigne la personne qui, dans l'intention de l'expéditeur, est censée recevoir le message de données, mais non la personne qui agit en tant qu'intermédiaire pour ce message;

e) Le terme "système d'information" désigne un système utilisé pour créer, envoyer, recevoir, conserver ou traiter de toute autre manière des messages de données[21];

---

[18] Le Groupe de travail doit encore examiner la question de savoir s'il serait opportun ou souhaitable d'apporter une restriction au principe de l'autonomie des parties dans le contexte de l'avant-projet de convention, eu égard en particulier à certaines de ses dispositions telles que les projets d'articles 9-3, 11 et 15 (voir A/CN.9/527, par. 109; voir aussi A/CN.9/528, par. 71 à 75). La version précédente de cet article comportait un second paragraphe sur le consentement des parties quant à l'utilisation de messages de données dans le contexte d'un contrat. Cette disposition est désormais combinée au projet d'article 8.

[19] Les définitions figurant dans les projets d'alinéas a) à e) sont reprises de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. La définition du terme "signature électronique" correspond à la définition de ce même terme dans l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques. Les définitions des termes "auteur de l'offre" et "destinataire de l'offre" ont été supprimées, bien que le Groupe de travail les ait provisoirement maintenues (voir A/CN.9/527, par. 115). Le secrétariat estime que ces termes sont devenus superflus compte tenu de la reformulation des projets d'articles 8 et 13 (voir A/CN.9/528, par. 106).

[20] Cette définition est reprise de l'alinéa c) de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Il a été suggéré au secrétariat qu'il serait préférable de supprimer les termes "est réputé avoir été envoyé" et de les remplacer par "a été envoyé".

[21] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il convient de clarifier davantage cette

f) Le terme “système d’information automatisé” désigne un programme informatique, un moyen électronique ou un autre moyen automatisé qui permet d’entreprendre une action ou de répondre à des messages de données ou à des opérations en tout ou en partie, sans qu’une personne physique ait à procéder à un examen ou à intervenir chaque fois qu’une action est entreprise ou qu’une réponse est produite par le système[22];

[g) Le terme “signature électronique” désigne des données sous forme électronique contenues dans un message de données jointes ou logiquement associées audit message, qui peuvent être utilisées pour identifier la personne détenant les données afférentes à la création de signature dans le cadre du message de données et indiquer que cette personne approuve l’information contenue dans ce message[23];

[h) Le terme “établissement” [24] désigne [tout lieu d’opérations où une personne exerce de façon non transitoire une activité avec des moyens humains ou des biens ou des services;][25] [le lieu où une partie a un établissement stable pour mener une activité économique autre que la fourniture temporaire de biens ou de services à partir d’un lieu déterminé;][26]

---

définition, compte tenu des questions soulevées concernant le paragraphe 2 de l’ancien article 11 (l’article 10 actuel) (voir A/CN.9/528, par. 148 et 149).

[22] Cette définition est inspirée de celle du terme “agent électronique” figurant dans l’article 2-6 de la Loi uniforme des États-Unis sur les opérations électroniques; une définition similaire figure également à l’article 19 de la Loi uniforme canadienne sur le commerce électronique. Elle a été incluse dans l’avant-projet de convention en raison des dispositions du projet d’article 14.

[23] Le projet initial présenté dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.95 proposait, dans une variante de cette disposition, une définition générale du terme “signature”. Bien que le Groupe de travail ait décidé provisoirement de conserver les deux variantes, le secrétariat pense que, compte tenu du fait que le champ d’application du projet de convention est limité, il serait peut-être préférable de ne définir que le terme “signature électronique” et de s’en remettre, pour la définition du terme “signature”, aux règles de droit applicables par ailleurs, comme l’a suggéré le Groupe de travail à sa quarantième session (voir A/CN.9/527, par. 116 à 119).

[24] La définition proposée a été placée entre crochets pour tenir compte du fait que la Commission n’a pas encore défini le concept d’“établissement” (voir A/CN.9/527, par. 120 à 122). À la trente-neuvième session du Groupe de travail, il a été suggéré d’ajouter aux critères concernant le lieu de situation des parties des éléments tels que le lieu d’organisation ou d’immatriculation d’une personne morale (voir A/CN.9/509, par. 53). Il a été convenu que le Groupe de travail pourrait examiner s’il serait souhaitable de compléter les critères utilisés pour définir le lieu de situation des parties en développant la définition du terme “établissement” (voir A/CN.9/509, par. 54). Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si les critères supplémentaires proposés ainsi que d’autres nouveaux éléments éventuels devraient remplacer les éléments actuellement utilisés ou être proposés seulement à titre de règle supplétive pour les personnes morales n’ayant pas d’“établissement”. Il pourrait peut-être examiner également les cas où la plus grande partie des ressources humaines ou des biens ou services utilisés pour une activité commerciale donnée se trouvent dans un lieu qui n’a guère de rapport avec celui où une société mène l’essentiel de ses activités, par exemple lorsque les moyens matériels et humains utilisés par une entreprise dite “virtuelle” située dans un pays se limitent exclusivement à l’espace loué à un tiers dans un serveur situé ailleurs.

[25] Cette variante tient compte des éléments essentiels de la notion d’“établissement” telle qu’on l’entend dans la pratique commerciale internationale et telle qu’elle est utilisée à l’alinéa f) de l’article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur l’insolvabilité internationale.

[26] Cette variante propose une définition de l’établissement qui est conforme à l’interprétation donnée à ce terme au sein de l’Union européenne (voir le paragraphe 19 du préambule de la

[i) Les termes “personne” et “partie” englobent les personnes physiques et morales;][27]

[j) Autres définitions que le Groupe de travail pourra souhaiter ajouter.][28]

Article 6
Interprétation

1. Pour l’interprétation de la présente Convention, il est tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l’uniformité de son application ainsi que d’assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international.

2. Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle sont réglées selon les principes généraux dont elle s’inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable [en vertu des règles du droit international privé][29].

Article 7
Lieu de situation des parties[30]

1. Aux fins de la présente Convention, une personne est présumée avoir son établissement au lieu qu’elle a indiqué [, sauf si la personne n’a pas d’établissement dans ce lieu [[et] qu’une telle indication est donnée uniquement pour déclencher ou éviter l’application de la présente Convention]].

2. Si une personne [n’a pas indiqué d’établissement, ou, sous réserve du paragraphe 1 du présent article, si une personne][31] a plus d’un établissement,

---

Directive 2000/31/CE de l’Union européenne).

[27] Lors de l’élaboration de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, il a été estimé qu’une telle définition ne devait pas apparaître dans le texte de l’instrument, mais dans le Guide pour son incorporation. Une convention n’étant normalement pas accompagnée de commentaires détaillés, la définition proposée a été insérée sous la forme d’une disposition, au cas où le Groupe de travail jugerait nécessaire une telle définition, en particulier compte tenu de dispositions telles que l’alinéa 4 b) de la variante B du projet d’article 9.

[28] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s’il conviendrait de définir d’autres termes, tels que “signataire” (si la variante B du projet d’article 10 (ancien article 14) est adoptée), “applications interactives”, “courrier électronique” ou “nom de domaine”.

[29] Le membre de phrase final a été placé entre crochets à la demande du Groupe de travail. Les dispositions similaires d’autres instruments avaient été interprétées à tort comme autorisant le renvoi immédiat au droit applicable conformément aux règles de conflit de lois de l’État du for pour l’interprétation d’une convention, sans qu’il soit tenu compte des règles de conflit figurant dans cette convention (voir A/CN.9/527, par. 125 et 126).

[30] Ce projet de disposition n’a pas pour objet de créer un nouveau concept d’“établissement” pour les opérations en ligne. Le membre de phrase apparaissant entre crochets a pour objet d’empêcher une partie de tirer profit de déclarations inexactes ou mensongères faites de façon inconsidérée (voir A/CN.9/509, par. 49), et non de restreindre la possibilité qu’auraient les parties d’opter pour la Convention ou de convenir autrement de la loi applicable. Les deux variantes qui figuraient auparavant dans le projet de paragraphe ont été combinées, le Groupe de travail préférant l’ancienne variante A (voir A/CN.9/528, par. 88). Les mots “clair et patent” ont été supprimés car le Groupe de travail a estimé qu’ils étaient juridiquement équivoques (voir A/CN.9/528, par. 86).

[31] Il a été suggéré au secrétariat que la présomption envisagée dans le projet d’article soit également applicable au cas où une partie n’indique pas son établissement. Cette proposition a

l'établissement à prendre en considération aux fins de la présente Convention est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat considéré et son exécution, eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat.

3. Si une personne n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

4. Le lieu de situation du matériel et de la technologie sur lesquels s'appuie un système d'information utilisé par une personne en rapport avec la formation d'un contrat ou le lieu à partir duquel ce système d'information est accessible à d'autres personnes ne constitue pas en soi ou à lui seul un établissement [sauf si cette personne morale n'a pas d'établissement [au sens de l'article 5 h)]][32].

5. Le seul fait qu'une personne utilise un nom de domaine ou une adresse électronique associée à un pays particulier ne constitue pas une présomption que son établissement est situé dans ce pays[33].

Article 7 bis *[11]*
Renseignements à fournir

Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur l'application d'aucune règle de droit qui peut obliger les parties à communiquer leur identité, leur établissement ou toute autre information, ni n'exonère une partie des conséquences juridiques auxquelles elle s'exposerait en faisant des déclarations inexactes ou fausses à cet égard.

été insérée entre crochets, car la présomption envisagée dans le projet d'article a été utilisée dans d'autres instruments de la CNUDCI uniquement en relation avec des établissements multiples.

[32] Ce projet de paragraphe reflète le principe selon lequel les règles relatives au lieu de situation ne doivent pas aboutir à ce qu'une partie donnée soit considérée comme ayant son établissement dans un pays lorsqu'elle contracte électroniquement et dans un autre pays lorsqu'elle contracte par des moyens plus classiques (voir A/CN.9/484, par. 103). Il reprend la solution proposée au paragraphe 19 du préambule de la Directive 2000/31/CE de l'Union européenne. (voir également l'exposé général des questions relatives au lieu de situation des systèmes d'information qui est présenté aux paragraphes 9 à 17 du document A/CN.9/WG.IV/WP.104). Le membre de phrase entre crochets vise uniquement les "sociétés virtuelles" et non les personnes physiques, auxquelles s'applique la règle figurant dans le projet de paragraphe 3. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si les projets de paragraphes 4 et 5, qu'il a décidé de conserver en vue de les examiner plus avant, devraient être réunis en une seule disposition (voir A/CN.9/509, par. 59).

[33] L'actuel système d'attribution des noms de domaine n'a pas été conçu à l'origine dans une optique géographique. Par conséquent, le lien apparent entre un nom de domaine et un pays est souvent insuffisant pour conclure qu'il existe un lien véritable et permanent entre l'utilisateur de ce nom de domaine et ce pays (voir A/CN.9/509, par. 44 à 46; voir également A/CN.9/WG.IV/WP.104, par. 18 à 20). Toutefois, dans certains pays, un nom de domaine n'est attribué à une personne qu'après vérification de l'exactitude des informations fournies par elle et notamment de sa présence dans le pays auquel le nom de domaine demandé est rattaché. Dans le cas de ces pays, il pourrait être justifié de se fier, au moins en partie, aux noms de domaines aux fins de l'article 7, contrairement à ce que donne à penser le projet de paragraphe (voir A/CN.9/509, par. 58). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il y a lieu d'élargir les règles proposées afin de tenir compte de ces situations.

CHAPITRE III. UTILISATION DE MESSAGES DE DONNÉES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX

Article 8
Reconnaissance juridique des messages de données

1. Lorsqu'une communication, une déclaration, une demande, une notification ou une requête que les parties sont tenues de faire ou choisissent de faire en rapport avec un contrat existant ou envisagé, y compris une offre ou l'acceptation d'une offre est transmise au moyen de messages de données, la validité ou la force exécutoire de cette communication, déclaration, demande, notification ou requête ne sont pas refusées au seul motif que des messages de données ont été utilisés à cet effet.

[2. Aucune disposition de la présente Convention n'oblige une personne à utiliser ou à accepter des informations sous forme de message de données, mais le fait qu'elle y consent peut être déduit de son comportement.][34]

Article 9 [14]
Conditions de forme

[1. Aucune disposition de la présente Convention n'exige qu'un contrat ou toute autre communication, déclaration, mise en demeure, notification ou demande que les parties sont tenues d'adresser ou choisissent d'adresser [en rapport avec un contrat existant ou envisagé soit établi ou constaté sous quelque forme particulière que ce soit[35].]

2. Lorsque la loi exige qu'un contrat ou toute autre communication, déclaration, mise en demeure, notification ou demande que les parties sont tenues d'adresser ou choisissent d'adresser en rapport avec un contrat soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement[36].

3. Lorsque la loi exige qu'un contrat ou toute autre communication, déclaration, mise en demeure, notification ou demande que les parties sont tenues d'adresser ou choisissent d'adresser en rapport avec un contrat soit signé, ou prévoit

---

[34] Ce paragraphe reflète l'idée que les parties ne devraient pas être obligées d'accepter des offres contractuelles ou des actes d'acceptation par des moyens électroniques si elles ne le souhaitent pas (voir A/CN.9/527, par. 108). Toutefois, comme il n'a pas pour but d'exiger que les parties se soient toujours mises d'accord préalablement pour utiliser des messages de données, sa deuxième proposition dispose que le consentement d'une partie peut être déduit de son comportement. Dans la version anglaise, le mot "consent" a été remplacé par le membre de phrase "a person's agreement to use or accept information in the form of data messages" afin d'éviter de donner à penser à tort que c'était du consentement à l'opération sous-jacente dont il s'agissait dans ce paragraphe (voir A/CN.9/546, par. 43).

[35] Conformément à ce qui a été suggéré à la quarante-deuxième session du Groupe de travail (voir A/CN.9/546, par. 49), cette disposition intègre le principe général de la liberté de forme énoncé dans l'article 11 de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

[36] Cette disposition définit les critères d'équivalence fonctionnelle entre les messages de données et les documents papier de la même façon que l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Le Groupe de travail voudra peut-être s'interroger sur ce qu'il faut entendre par "loi" et "sous forme écrite" et sur la nécessité de définir ou non ces termes (voir A/CN.9/509, par. 116 et 117).

des conséquences en l'absence d'une signature, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données:

a) Si une méthode est utilisée pour identifier le signataire et pour indiquer que celui-ci approuve l'information contenue dans le message de données; et

b) Si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière[37].

Article 10

Moment et lieu de l'expédition et de la réception d'un message de données[38]

1. Le moment de l'expédition d'un message de données est le moment où ce message [entre dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur ou de la personne ayant envoyé le message au nom de l'expéditeur] [quitte un système d'information dépendant de l'expéditeur ou de la personne qui a envoyé le message au nom de l'expéditeur], ou, si le message [n'est pas entré dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur ou de la personne qui a envoyé le message au nom de l'expéditeur] [n'a pas quitté un système d'information dépendant de l'expéditeur ou de la personne qui a envoyé le message au nom de l'expéditeur], le moment où le message est reçu.

2. Le moment de la réception d'un message de données est le moment à partir duquel ce message peut être relevé par le destinataire ou par toute autre personne désignée par celui-ci. Un message de données est présumé pouvoir être relevé par le destinataire lorsqu'il entre dans un système d'information de ce destinataire, à moins qu'il ait été déraisonnable que l'expéditeur choisisse ce système d'information particulier pour envoyer le message de données, eu égard aux circonstances de l'espèce et au contenu du message.

3. Un message de données est réputé avoir été expédié du lieu où l'expéditeur a son établissement et avoir été reçu au lieu où le destinataire a son établissement, tel que déterminé conformément à l'article 7.

4. Le paragraphe 2 du présent article s'applique même si le lieu où est situé le système d'information est différent du lieu où le message de données est réputé avoir été reçu selon le paragraphe 3 du présent article.

---

[37] Ce projet d'alinéa énumère les critères généraux d'équivalence fonctionnelle entre les signatures manuscrites et les méthodes d'identification électronique visées à l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

[38] Les versions antérieures de ce projet d'article suivaient de plus près le libellé de l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, si ce n'est que quelques modifications y avaient été apportées afin de les harmoniser avec le libellé des autres dispositions du projet de convention. Le libellé actuel tient compte des délibérations de la quarante-deuxième session du Groupe de travail (voir A/CN.9/546, par. 59 à 86). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner ce nouveau libellé, en particulier le projet de paragraphe 2, pour s'assurer qu'il est compatible avec l'article de la Loi type pour ce qui est du résultat.

Article 11 [12]
Invitations à l'offre[39]

Une proposition de conclure un contrat faite par l'intermédiaire d'un ou plusieurs messages de données qui ne sont pas adressés à une ou plusieurs personnes déterminées mais qui sont normalement accessibles à des parties utilisant des systèmes d'information, y compris des propositions qui utilisent des applications interactives[40] permettant de passer des commandes par l'intermédiaire d'un système d'information de ce type, doit être considérée comme une invitation à l'offre, à moins qu'elle n'indique clairement l'intention de l'auteur de la proposition d'être lié en cas d'acceptation.

Article 12 [14]
Utilisation de systèmes d'information automatisés pour la formation des contrats[41]

La validité ou la force exécutoire d'un contrat formé par l'interaction d'un système d'information automatisé et d'une personne ou par l'interaction de systèmes d'information automatisés ne sont pas refusées au seul motif qu'aucune personne n'a examiné chacune des actions exécutées par ces systèmes ni la convention qui en résulte.

---

[39] Cette disposition traite d'une question qui a fait l'objet de larges débats. À la quarante et unième session du Groupe de travail, on a fait observer "qu'il n'existait pour l'heure aucune pratique commerciale normalisée dans ce domaine" (voir A/CN.9/528, par. 117). Le texte actuel, qui est inspiré de l'article 14-1 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, énonce le principe que les propositions de passation de contrats adressées à un nombre illimité de personnes ne sont pas des offres fermes, même si elles font appel à des applications interactives. Cependant, le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait élaborer des règles spécifiques pour traiter les offres de biens faites sur des sites d'enchères sur Internet et les opérations analogues, qui sont considérées dans de nombreux systèmes juridiques comme des offres irrévocables de vendre les biens au mieux disant.

[40] À sa quarante-deuxième session, le Groupe de travail a noté que l'expression "systèmes d'information automatisés", qui avait été employée dans des versions antérieures du projet d'article, ne donnait pas d'indications utiles étant donné que la partie passant la commande n'aurait peut-être aucun moyen de vérifier comment il serait donné suite à cette commande et dans quelle mesure le système d'information était automatisé. La notion "d'application interactive" était en revanche considérée comme une notion objective qui décrivait mieux une situation qui était évidente pour toute personne utilisant le système, à savoir qu'elle était invitée à échanger des informations par l'intermédiaire de ce système grâce à des actions et à des réactions immédiates visiblement automatiques. On a fait observer qu'il ne s'agissait pas d'une notion juridique mais plutôt d'une notion technique qui mettait en évidence que cette disposition visait une situation manifeste pour la partie qui utilisait le système et non le fonctionnement interne de ce système. Sur cette base, le Groupe de travail a décidé de conserver le terme "applications interactives" (voir A/CN.9/546, par. 114).

[41] Ce projet d'article a été remanié afin d'y énoncer une règle de non-discrimination, comme l'avait demandé le Groupe de travail à sa quarante-deuxième session (voir A/CN.9/546, par. 128 et 129). Le Groupe de travail voudra peut-être s'interroger sur l'opportunité de le compléter par une disposition générale concernant l'attribution des messages de données, y compris de ceux échangés au moyen de systèmes d'information automatisés (voir A/CN.9/546, par. 85 et 86 et 125 à 127).

[*Article 13 [15]*
Mise à disposition des clauses contractuelles

[Variante A[42]

Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur l'application d'aucune règle de droit qui peut obliger une partie qui négocie un contrat par un échange de messages de données à mettre à la disposition de l'autre partie contractante les messages de données contenant les clauses contractuelles d'une manière particulière, ni n'exonère une partie des conséquences juridiques auxquelles elle s'exposerait en ne le faisant pas.]

[Variante B[43]

Une partie offrant des biens ou des services par l'intermédiaire d'un système d'information normalement accessible à des personnes utilisant des systèmes d'information [44] met le ou les messages de données contenant les clauses contractuelles[45] à la disposition de l'autre partie [pendant une durée raisonnable] d'une manière qui permette de conserver et de reproduire ce message ou ces messages.]

---

[42] La variante A a été ajoutée à la demande du Groupe de travail en raison de la controverse dont ce projet d'article faisait l'objet (voir A/CN.9/546, par. 130 à 135). S'il décidait de conserver uniquement cette variante, le Groupe de travail pourrait peut-être envisager d'insérer le projet d'article dans le chapitre premier ou II du projet de convention, voire de le fusionner avec l'actuel projet d'article 3.

[43] Cette variante, qui est inspirée de l'article 10-3 de la Directive 2000/31/CE de l'Union européenne, a été placée entre crochets car le Groupe de travail n'est pas parvenu à un consensus sur le point de savoir si elle était nécessaire (voir A/CN.9/509, par. 123 à 125). Si cette disposition est conservée, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le projet d'article devrait prévoir des conséquences dans le cas où une partie ne mettrait pas les clauses contractuelles à la disposition de l'autre partie et, le cas échéant, quelles seraient les conséquences appropriées. Dans certains systèmes juridiques, les conséquences pourraient être qu'une clause contractuelle qui n'a pas été mise à la disposition de l'autre partie ne peut pas lui être opposable.

[44] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si ces mots décrivent de façon adéquate les types de situations que le Groupe de travail entend traiter dans ce projet d'article.

[45] Les mots "et les conditions générales" ont été supprimés afin d'éviter une redondance. Cependant, le Groupe de travail voudra peut-être se poser la question de savoir si cette disposition devrait indiquer de façon plus explicite quelle est la version des clauses contractuelles qui doit être conservée.

Article 14 [16]
Erreur dans les communications électroniques

Variante A[46]

[Sauf convention contraire [expresse] des parties,][47] un contrat conclu par une personne accédant au système d'information automatisé d'une autre partie n'a pas d'effet juridique ni force exécutoire si la personne a commis une erreur dans un message de données et si[48]:

a) Le système d'information automatisé n'a pas donné à la personne la possibilité de prévenir ou de corriger l'erreur;

b) La personne avise dans les meilleurs délais l'autre partie de l'erreur lorsqu'elle en prend connaissance et lui signale qu'elle a commis une erreur dans le message de données;

[c) La personne prend des mesures raisonnables, notamment des mesures conformes aux instructions de l'autre partie, pour rendre les biens ou services éventuellement reçus à la suite de l'erreur, ou, si elle a reçu pour instruction de le faire, pour détruire ces biens ou ces services; et

---

[46] Le présent paragraphe traite de la question des erreurs dans les opérations automatisées (voir A/CN.9/WG.IV/WP.95, par. 74 à 79). Les versions antérieures du projet d'article contenaient, au paragraphe 1 de la variante A, une règle inspirée de l'article 11-2 de la Directive 2000/31/CE de l'Union européenne, qui prévoit l'obligation pour les personnes offrant des biens ou des services par l'intermédiaire de systèmes d'information automatisés d'offrir des moyens de corriger les erreurs commises dans la saisie des données, et exigeaient que ces moyens soient "appropriés, effectifs et accessibles". Ce projet d'article a essentiellement soulevé deux types d'objections: selon l'une, le projet de convention ne devrait pas traiter d'une question de fond aussi complexe que l'erreur, le Groupe de travail n'ayant pas encore pris de décision finale sur ce sujet; selon l'autre, les obligations envisagées au paragraphe 2 de l'article 14 de la première version du projet de convention (figurant dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.95) étaient considérées comme étant d'ordre réglementaire ou de droit public (A/CN.9/509, par. 108). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le problème soulevé dans la seconde objection pourrait être réglé en supprimant la référence à l'obligation de donner des moyens de corriger les erreurs et en envisageant uniquement les conséquences en droit privé de l'absence de ces moyens.

[47] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la possibilité d'une dérogation conventionnelle doit être mentionnée expressément ou si elle peut résulter d'une convention tacite, par exemple lorsqu'une partie passe commande par l'intermédiaire du système d'information automatisé du vendeur, en dépit du fait qu'il est évident pour elle que ce système n'offre pas la possibilité de corriger les erreurs de saisie.

[48] Cette disposition traite des effets juridiques des erreurs commises par une personne physique communiquant avec un système d'information automatisé. Cette disposition est inspirée de l'article 22 de la Loi uniforme canadienne sur le commerce électronique. À la trente-neuvième session du Groupe de travail, il a été émis l'opinion qu'une disposition de ce type pourrait ne pas convenir dans le contexte d'opérations commerciales (c'est-à-dire des opérations qui ne font pas intervenir des consommateurs), car le droit général des contrats ne prévoyait pas toujours nécessairement le droit de résoudre un contrat en cas d'erreur importante. Le Groupe de travail a néanmoins décidé de la conserver en vue de l'examiner plus avant (voir A/CN/509, par. 110 et 111).

[d) La personne n'a pas tiré d'avantage matériel, financier ou autre, des biens ou services éventuellement reçus de l'autre partie.][49]

Variante B

1. [Sauf convention contraire [expresse] des parties,][50] un contrat conclu par une personne accédant au système d'information automatisé d'une autre partie n'a pas d'effet juridique ni force exécutoire si la personne a commis une erreur dans un message de données et si le système d'information automatisé n'a pas donné à la personne la possibilité de prévenir ou de corriger l'erreur. La personne qui invoque l'erreur doit en aviser dans les meilleurs délais l'autre partie et lui signaler qu'elle a commis une erreur dans le message de données[51].

[2. Une personne ne peut invoquer une erreur en vertu du paragraphe 1:

a) Si elle n'a pas pris des mesures raisonnables, notamment des mesures conformes aux instructions de l'autre partie, pour rendre les biens ou services éventuellement reçus à la suite de l'erreur, ou, si elle a reçu pour instruction de le faire, pour détruire ces biens ou ces services; ou

b) Si elle a utilisé les biens ou services éventuellement reçus de l'autre partie ou en a tiré un avantage matériel, financier ou autre.][52]

[*Autres dispositions de fond que le Groupe de travail pourra souhaiter ajouter.*][53]

---

49 Les alinéas c) et d) ont été placés entre crochets parce qu'il a été dit, à la trente-neuvième session du Groupe de travail, que les questions qui y étaient traitées ne se limitaient pas à la formation des contrats et s'écartaient des conséquences de la résolution des contrats prévues dans certains systèmes juridiques (A/CN.9/509, par. 110).

50 Voir note 47.

51 Cette variante regroupe dans deux paragraphes les divers éléments qui figuraient dans les paragraphes 2 et 3 et les alinéas a) à d) de la première version du projet d'article (voir A/CN.9/WG.IV/WP.95), comme l'avait demandé le Groupe de travail (voir A/CN.9/509, par. 111).

52 Voir note 49.

53 Ces dispositions supplémentaires pourraient comprendre, en plus des conséquences en cas de non-respect par une personne des projets d'articles 11, 15 et 16, question que le Groupe de travail n'a pas encore examinée (voir A/CN.9/527, par. 103), d'autres questions traitées dans la législation sur le commerce électronique, telles que la responsabilité des fournisseurs de services d'information en cas de perte ou de retard dans la délivrance de messages de données.

CHAPITRE IV. DISPOSITIONS FINALES

[*Article X*
Déclarations relatives aux exclusions[54]

1. Tout État peut déclarer, lors du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, qu'il n'appliquera pas l'alinéa 1 b) de l'article premier de la présente Convention.][55]

2. Tout État peut déclarer, lors du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, qu'il n'appliquera pas la présente Convention aux matières indiquées dans sa déclaration.

3. Toute déclaration faite en application des paragraphes 1 et 2 du présent article prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de [six] mois à compter de la date à laquelle elle a été reçue par le dépositaire.]

Article Y
Communications échangées conformément à d'autres conventions internationales[56]

Variante A[57]

1. Sauf indication contraire dans une déclaration faite conformément au paragraphe 2 du présent article, un État partie à la présente Convention [peut déclarer à tout moment qu'il][58] s'engage à appliquer les dispositions [de l'article 7

---

[54] Le Groupe de travail n'a pas encore achevé ses délibérations sur les questions pouvant être exclues du champ d'application de l'avant-projet de convention en vertu du projet d'article 2 (voir A/CN.9/527, par. 83 à 98). Ce projet d'article est proposé comme une autre solution au cas où aucun consensus ne serait obtenu en ce qui concerne les questions pouvant être exclues.

[55] À sa quarante et unième session, le Groupe de travail a décidé d'examiner ultérieurement une disposition inspirée de l'article 95 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, qui autoriserait un État contractant à exclure l'application de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article premier (voir A/CN.9/528, par. 42).

[56] Ce projet d'article a pour objet de proposer une solution commune susceptible de remédier à certains des obstacles juridiques au commerce électronique qui résultent des instruments internationaux existants étudiés dans une note antérieure du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.94). À la quarantième session du Groupe de travail, il a été convenu d'une manière générale de procéder ainsi, dans la mesure où ces questions étaient communes, ce qui était à tout le moins le cas de la plupart de celles soulevées par les instruments mentionnés dans la variante A (voir A/CN.9/527, par. 33 à 48). Si la variante B ou la variante C était retenue, il faudrait intituler le projet d'article "Réserves".

[57] Cette variante vise à lever les doutes quant à la relation entre les règles énoncées dans le projet de convention et celles figurant dans d'autres conventions internationales. Elle n'a pas pour objet de modifier sensiblement aucune de ces convention ni d'influer d'une autre façon sur leur application. Dans la pratique, ce projet d'article aurait l'effet d'un engagement pris par l'État contractant de recourir aux dispositions du projet de convention pour éliminer les éventuels obstacles au commerce électronique pouvant résulter de ces conventions et d'en faciliter l'application lorsque les parties utilisent des moyens électroniques pour leurs opérations.

[58] Le texte placé entre crochets vise à permettre une application plus souple de ce projet d'article car sans cette précision, on pourrait comprendre, à la lecture de la disposition, qu'un engagement en vertu du projet d'article doit être pris au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion et ne peut intervenir ultérieurement. Si ces termes sont conservés, il faudra peut-être insérer aussi dans le projet d'article Y une disposition inspirée du paragraphe 3 du projet d'article X.

et] du chapitre III[59] de la présente Convention à échange [, au moyen de messages de données,] de toute communication, déclaration, mise en demeure, notification ou demande [, y compris une offre et l'acceptation d'une offre] que les parties sont tenues ou choisissent d'adresser en rapport avec ou conformément à l'un quelconque des accords ou des conventions internationaux ci-après auxquels cet État est partie contractante ou peut le devenir:

Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 14 juin 1974) et Protocole y relatif (Vienne, 11 avril 1980)

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 11 avril 1980)

Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 17 avril 1991)

Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit-stand-by (New York, 11 décembre 1995)

Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (New York, 12 décembre 2001).

[2. Tout État peut déclarer au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion qu'il appliquera également la présente Convention à l'échange, au moyen de messages de données, de toute communication, déclaration, mise en demeure, notification ou demande conformément à tout autre accord ou convention international relatif à des matières de droit commercial privé auquel l'État est partie contractante et qui est indiqué dans la déclaration de cet État.][60]

3. Un État peut déclarer à tout moment qu'il n'appliquera pas la présente Convention [ou toute disposition particulière de celle-ci] aux contrats internationaux entrant dans le champ d'application [de l'une quelconque des conventions ci dessus.] [d'un ou de plusieurs accords, traités ou conventions internationaux auxquels l'État est partie contractante et qui sont indiqués dans la déclaration de cet État.]

4. Toute déclaration faite en application des paragraphes 1 et 2 du présent article prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de [six] mois à compter de la date à laquelle elle a été reçue par le dépositaire.

---

[59] La référence spécifique aux dispositions de fond du projet de convention figurant au chapitre III est destinée à éviter de laisser penser que les dispositions relatives au champ d'application du projet de convention pourraient avoir un effet sur la définition du champ d'application d'autres conventions internationales. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les dispositions du projet d'article 7, auxquelles il est fait référence entre crochets, conviennent aussi pour une application à titre subsidiaire (interprétative) dans le contexte d'autres conventions internationales, ou si elles risquent d'interférer avec l'interprétation qui est actuellement faite de ces conventions.

[60] Le paragraphe 1 de la variante A à pour objet de préciser que les dispositions du projet de convention s'appliquent aux messages échangés conformément à l'une quelconque des conventions internationales qui y sont mentionnées. Le paragraphe 2 envisage la possibilité qu'un État contractant étende l'application du nouvel instrument à l'utilisation de messages de données dans le contexte d'autres conventions internationales.

Variante B[61]

1. Un État peut à tout moment déclarer par une réserve qu'il appliquera la présente Convention [ou toute disposition particulière de celle-ci] uniquement aux messages de données se rapportant à un contrat existant ou envisagé auquel, conformément à la loi de cet État, doit être appliquée une convention internationale déterminée qui aura été désignée de façon précise dans la réserve faite par celui-ci.

2. Toute déclaration faite en application du paragraphe 1 du présent article prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de [six] mois à compter de la date à laquelle elle a été reçue par le dépositaire.

Variante C[62]

1. Un État peut à tout moment déclarer qu'il n'appliquera pas la présente Convention [ou toute disposition particulière de celle-ci] aux messages de données se rapportant à un contrat existant ou envisagé auquel une ou plusieurs des conventions internationales visées au paragraphe 1 de l'article premier doivent être appliquées, à condition que les conventions en question soient clairement désignées dans la déclaration de cet État.

2. Toute déclaration faite en application du paragraphe 1 du présent article prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de [six] mois à compter de la date à laquelle elle a été reçue par le dépositaire.

[*Dispositions habituelles et autres dispositions finales que le Groupe de travail pourrait souhaiter ajouter*.]

---

61 Cette variante correspond à la variante 2 d'une proposition que l'Allemagne a présentée à la quarante-deuxième session du Groupe de travail (A/CN.9/WG.IV/XLII/CRP.2). Elle se rattache logiquement à la variante A du projet d'article premier. Dans la pratique, elle aurait pour effet de limiter l'applicabilité du projet de convention uniquement aux messages de données échangés conformément à des conventions expressément mentionnées par les États contractants.

62 Cette variante correspond à la variante 1 d'une proposition que l'Allemagne a présentée à la quarante-deuxième session du Groupe de travail (A/CN.9/WG.IV/XLII/CRP.2). Elle a été ajoutée pour le cas où le Groupe de travail retiendrait la variante B du projet d'article premier, afin de donner aux États contractants la possibilité d'exclure l'application du projet de convention lorsque certaines conventions déterminées sont applicables.

V. Sûretés

A. Rapport du Groupe de travail sur les sûretés sur les travaux de sa quatrième session (Vienne, 8-12 septembre 2003)

(A/CN.9/543) [Original: Anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-8

II. Organisation de la session 9-14

III. Délibérations et décisions 15

IV. Élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties 16-120

Chapitre IV. Constitution (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3) 16-44

A. Nantissements de fonds de commerce et charges flottantes 16-22

B. Immeubles par destination 23-24

C. Produit 25-27

D. Convention constitutive de sûreté 28-34

E. Dispositions relatives à la propriété 35-36

F. Résumé et recommandations 37-44

Chapitre IX. Insolvabilité (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6) 45-83

A. Introduction 46

B. Les sûretés dans le cadre des procédures d'insolvabilité 47

C. Inclusion des biens grevés dans la masse de l'insolvabilité 48-55

D. Restrictions à la réalisation des sûretés 56

E. Participation des créanciers garantis à la procédure d'insolvabilité 57-58

F. Opposabilité des sûretés et actions en annulation 59-62

G. Ordre de priorité des sûretés 63-69

H. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure 70

I. Procédures de redressement 71

J. Procédures de redressement accélérées 72

K. Résumé et recommandations 73-74

L. Relation entre les deux guides 75-78

M. Coordination avec le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) 79-83

Chapitre premier. Introduction (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1) 84-99
A. Objet et champ d'application 84-87
B. Terminologie 88-96
C. Exemples de pratiques de financement à traiter dans le guide 97-99
Chapitre II. Objectifs fondamentaux (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1) 100-102
Chapitre VII. Priorité (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3) 103-120
A. Introduction 103-104
B. Règles de priorité 105-106
C. Autres règles de priorité 107
D. Créanciers chirographaires 108
E. Sûretés mobilières en garantie du prix d'achat 109-114
F. Droit de revendication 115-116
G. Acheteurs de biens grevés 117-120
V. Travaux futurs 121

I. Introduction

1. À sa présente session, le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur l'élaboration d'un "régime juridique efficace pour les sûretés sur les biens meubles corporels faisant l'objet d'une activité commerciale"[1]. La Commission a décidé d'entreprendre des travaux dans le domaine du droit du crédit garanti en raison de la nécessité de mettre en place un régime juridique efficace qui permette de supprimer les obstacles juridiques au crédit garanti et puisse ainsi avoir un effet bénéfique sur la disponibilité et le coût du crédit[2].

2. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission avait examiné un rapport, élaboré par le secrétariat, sur les questions à traiter dans le domaine du droit du crédit garanti (A/CN.9/475). À cette session, elle était convenue que le droit du crédit garanti constituait un sujet important qui avait été porté à son attention au moment opportun, compte tenu en particulier de son lien étroit avec les travaux qu'elle menait dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Il avait été largement estimé que des lois modernes sur le crédit garanti pourraient avoir un fort impact sur la disponibilité et le coût du crédit et, partant, sur le commerce international. Il avait aussi été largement estimé que de telles lois pourraient réduire les inégalités entre parties de pays développés et de pays en développement en matière d'accès au

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), par. 358.

[2] Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 455, et *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), par. 347.

crédit bon marché et au niveau des avantages tirés du commerce international. Il fallait toutefois, pour que ces lois puissent être acceptées par les États, qu'un juste équilibre soit réalisé en ce qui concerne le traitement des créanciers privilégiés, des créanciers garantis et des créanciers chirographaires. On avait en outre déclaré qu'il serait, étant donné la divergence des politiques nationales, souhaitable de faire preuve de souplesse en élaborant un ensemble de principes accompagné d'un guide plutôt qu'une loi type[3].

3. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission avait examiné un autre rapport établi par le secrétariat (A/CN.9/496) et était convenue que des travaux devaient être entrepris en raison des incidences économiques bénéfiques de dispositions législatives modernes applicables au crédit garanti. Il avait été constaté que des insuffisances dans ce domaine pouvaient – l'expérience l'avait montré – avoir d'importants effets négatifs sur le système économique et financier d'un pays. Il avait également été déclaré qu'un cadre juridique efficace et prévisible présentait des avantages macroéconomiques à court et à long terme. À court terme, en cas de crise du secteur financier dans un pays donné, un tel cadre était indispensable, notamment dans l'optique du recouvrement des créances, pour aider les banques et autres établissements financiers à remédier à la détérioration de leurs créances grâce à des mécanismes de réalisation rapide et pour faciliter la restructuration des entreprises en offrant un moyen de créer des incitations à l'apport d'un financement provisoire. À plus long terme, un cadre juridique à la fois souple et efficace en matière de sûretés mobilières pouvait constituer un instrument utile pour doper la croissance économique. De fait, faute d'accès au crédit à des conditions abordables, il était impossible de promouvoir la croissance économique, la compétitivité et le commerce international, les entreprises étant dans l'incapacité de se développer pour réaliser tout leur potentiel[4]. S'agissant de la forme que devaient revêtir les travaux, la Commission avait estimé qu'une loi type serait trop rigide et avait pris note des propositions tendant à l'élaboration d'un ensemble de principes accompagnés d'un guide législatif qui contiendrait des recommandations de dispositions législatives[5].

4. À sa première session (New York, 20-24 mai 2002), le Groupe de travail avait examiné les chapitres Ier à V et X (A/CN.9/WG.VI/WP.2 et Add.1 à 5 et 10) du premier avant-projet de guide sur les opérations garanties, élaboré par le secrétariat. À cette session, il avait prié ce dernier d'établir une version révisée de ces chapitres (voir A/CN.9/512, par. 12). Il avait également examiné une proposition de présentation d'un système moderne d'inscription destinée à lui fournir les informations nécessaires pour répondre à des préoccupations qui avaient été exprimées à propos du registre des sûretés sur les biens meubles (voir A/CN.9/512, par. 65). À la même session, il était convenu de la nécessité de coordonner ses travaux avec ceux du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur des questions d'intérêt commun et avait approuvé les conclusions du Groupe de travail V sur ces questions (A/CN.9/512, par. 88).

5. À sa trente-cinquième session, en 2002, la Commission avait examiné le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa première session (A/CN.9/512). Il

---

[3] Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 459.
[4] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), par. 351.
[5] Ibid., par. 357.

avait été généralement estimé que le projet de guide constituait pour la Commission une excellente occasion d'aider les États à adopter des lois modernes sur les opérations garanties, ce qui était souvent considéré comme une condition nécessaire, bien qu'insuffisante à elle seule, pour accroître l'accès au crédit à des taux abordables et promouvoir ainsi les échanges internationaux de biens et de services, le développement économique et, en définitive, les relations amicales entre nations. À cet égard, la Commission avait noté avec satisfaction que le projet avait suscité l'intérêt d'organisations internationales, gouvernementales et non gouvernementales, et que certaines d'entre elles participaient activement aux délibérations du Groupe de travail. À la même session, la Commission avait également estimé que le moment était parfaitement choisi pour aborder la question des sûretés mobilières compte tenu à la fois des initiatives législatives prises dans ce domaine aux niveaux national et international et de ses travaux sur le droit de l'insolvabilité. Après un débat, la Commission avait confirmé le mandat qu'elle avait confié au Groupe de travail à sa trente-quatrième session, à savoir élaborer un régime juridique efficace pour les sûretés sur les biens meubles corporels, y compris les stocks. Elle avait également confirmé que ce mandat devait être interprété de manière large de façon à ce que l'on obtienne un produit suffisamment souple, devant prendre la forme d'un guide législatif[6].

6. À sa deuxième session (Vienne, 17-20 décembre 2002), le Groupe de travail avait examiné les chapitres VI, VII et IX (A/CN.9/WG.VI/WP.2 et Add.6, 7 et 9) du premier avant-projet de guide sur les opérations garanties, élaboré par le secrétariat, et avait prié ce dernier d'établir une version révisée de ces chapitres (voir A/CN.9/531, par. 15). À cette session également, conformément à des suggestions qui avaient été faites à la première session du Groupe de travail (voir A/CN.9/512, par. 65), les systèmes d'inscription des sûretés sur les biens meubles de Nouvelle-Zélande et de Norvège ont été présentés de façon informelle. Immédiatement avant cette session, les Groupes de travail V (Droit de l'insolvabilité) et VI (Sûretés) avaient tenu leur première session commune (Vienne, 16 et 17 décembre 2002), au cours de laquelle la version révisée de l'ancien chapitre X (nouveau chapitre IX; A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5) consacré à l'insolvabilité avait été examinée. À cette session, le secrétariat avait été prié d'élaborer une version révisée de ce chapitre (voir A/CN.9/535, par. 8).

7. À sa troisième session (New York, 3-7 mars 2003), le Groupe de travail a examiné les chapitres VIII, XI et XII du premier avant-projet de guide sur les opérations garanties (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8, A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.11 et A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.12) et les chapitres II et III (par. 1 à 33) de la deuxième version du projet de guide (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2 et A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3) et a prié le secrétariat d'établir une version révisée de ces chapitres (A/CN.9/532, par. 13).

8. À sa trente-sixième session, en 2003, la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail VI (Sûretés) sur ses deuxième et troisième sessions (A/CN.9/531 et A/CN.9/532) ainsi que du rapport sur la première session conjointe

---

6 Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 202 à 204.

des Groupes de travail V et VI (A/CN.9/535). Elle a noté avec satisfaction les progrès accomplis par le Groupe de travail[7].

II. Organisation de la session

9. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quatrième session à Vienne du 8 au 12 septembre 2003. Ont assisté à cette session des représentants des États membres de la Commission énumérés ci-après: Allemagne, 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, Paraguay, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Rwanda, Sierra Leone, Singapour, Soudan, Suède, Thaïlande et Uruguay (qui alterne chaque année avec l'Argentine).

10. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Argentine, Australie, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Ghana, Indonésie, Jamahiriya arabe libyenne, Liban, Nigéria, Pérou, Pologne, République de Corée, République tchèque, Suisse, Turquie, Ukraine et Venezuela.

11. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations nationales ou internationales suivantes: a) organisations du système des Nations Unies: Banque mondiale, Fonds monétaire international (FMI); b) organisations intergouvernementales: National Law Center for Inter-American Free Trade (NLCIFT) et Union de compensation d'Asie; c) organisations non gouvernementales invitées par la Commission: American Bar Association (ABA), Center for International Legal Studies, Chambre de commerce internationale (CCI), Commercial Finance Association (CFA), Fédération européenne des associations de sociétés d'affacturage (Europafactoring), International Federation of Insolvency Professionals (INSOL) et Institut Max Planck de droit privé étranger et international.

12. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:

Présidente: Mme Kathryn SABO (Canada)

Rapporteur: M. Norbert Csizmazia (Hongrie)

13. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après: A/CN.9/WG.VI/WP.8 (ordre du jour provisoire), A/CN.9/WG.VI/WP.6 et Add.1 et 3, ainsi que A/CN.9/WG.VI/WP.9 et Add.1 à 4 et 6 à 8.

14. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour ci-après:

1. Élection du Bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties.
4. Questions diverses.

---

[7] Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 215 à 222.

5. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

15. Le Groupe de travail a examiné les chapitres IV (Constitution), IX (Insolvabilité), Ier (Introduction) et II (Objectifs fondamentaux) ainsi que les paragraphes 1 à 41 du chapitre VII (Priorité) du projet de guide. Il est rendu compte dans la partie IV ci-après de ses délibérations et décisions. Le secrétariat a été prié d'établir, sur la base de ces délibérations et décisions, une version révisée des chapitres du projet de guide examinés à la présente session.

IV. Élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties

Chapitre IV. Constitution (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3)

A. Nantissements de fonds de commerce et charges flottantes (par. 27 à 33)

16. Rappelant qu'à sa troisième session, il avait examiné les paragraphes 1 à 33 du chapitre IV (voir A/CN.9/532, par. 108) le Groupe de travail a repris ses délibérations sur la question des nantissements de fonds de commerce.

17. Le Groupe de travail est convenu que cette section devrait être révisée de façon à présenter de manière équilibrée les avantages et les inconvénients du concept de nantissement de fonds de commerce. On a déclaré qu'une sûreté de ce type avait principalement pour avantage de permettre à une entreprise qui valait plus globalement d'obtenir davantage de crédit à moindre coût. D'un autre côté, on a fait observer qu'une telle sûreté risquait de restreindre la faculté du débiteur d'obtenir un crédit auprès d'autres sources et d'augmenter le coût de ce crédit dans la mesure où les autres créanciers n'étaient pas protégés. Dans certains pays, a-t-on dit, des restrictions avaient été apportées au nantissement du fonds de commerce en cas d'insolvabilité (par exemple en pourcentage de la valeur de l'entreprise). On a répondu qu'il faudrait bien réfléchir à l'impact économique de ces restrictions et à la partie du projet de guide dans laquelle aborder la question. On a aussi déclaré que les restrictions devraient faire partie de la loi sur l'insolvabilité et être traitées dans le projet de guide sur le droit de l'insolvabilité et dans le chapitre du projet de guide sur les opérations garanties consacré à l'insolvabilité.

18. S'agissant de la note figurant après le paragraphe 33, l'avis général au sein du Groupe de travail a été qu'un administrateur pourrait être nommé par le débiteur et le créancier garanti d'un commun accord ou par un tribunal. On a estimé qu'il pourrait également être nommé par le débiteur. Il a été convenu que la désignation d'un administrateur était liée à la réalisation dans le cadre ou non d'une procédure d'insolvabilité et que, s'il convenait de parler, dans le chapitre sur la constitution, de la faculté des parties à une convention constitutive de sûreté de se mettre d'accord sur telle nomination pour la réalisation d'un nantissement de fonds de commerce en dehors d'une procédure d'insolvabilité, un examen exhaustif et détaillé de la

question serait mieux à sa place dans le chapitre consacré à la défaillance et à la réalisation.

19. Des opinions divergentes ont été exprimées sur le point de savoir si l'administrateur agirait en dehors d'une procédure d'insolvabilité dans l'intérêt du créancier garanti uniquement ou dans celui de tous les créanciers. Selon une opinion, l'administrateur agirait dans l'intérêt du créancier garanti puisque sa nomination était une méthode de réalisation de la sûreté. Si les autres créanciers se sentaient concernés, ils pourraient demander au tribunal de déclarer le débiteur insolvable. Selon une autre opinion, puisque la nomination d'un administrateur visait à préserver la valeur d'exploitation de l'entreprise et était très proche de l'insolvabilité, l'administrateur agirait dans l'intérêt de tous les créanciers, en particulier s'il était nommé par le débiteur pour redresser l'entreprise. On a déclaré que cette méthode de réalisation était très proche de l'insolvabilité et soulevait aussi la question de l'applicabilité des actions en annulation.

20. En ce qui concerne le paragraphe 28, le Groupe de travail est convenu que si la dernière phrase valait pour de nombreux États, on pourrait préciser que les développements dans le projet de guide concernaient uniquement les biens meubles mais que cela n'empêchait pas un État d'autoriser la constitution d'un nantissement de fonds de commerce sur les immeubles également.

21. À propos du paragraphe 32, on a déclaré que le droit de préférence dont bénéficiait un nantissement de fonds de commerce avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ne devrait pas être modifié et que, s'il l'était, il faudrait que la modification soit limitée et transparente. On a répondu que certains pays avaient récemment passé des lois qui limitaient ce droit de préférence à une partie de la valeur totale de l'entreprise de façon à protéger les autres créanciers (voir par. 17 ci-dessus).

22. Le paragraphe 33 a été appuyé, mais des opinions divergentes ont été exprimées sur le point de savoir s'il faudrait en faire une recommandation. À l'appui de cette solution, on a déclaré qu'une sûreté constituée sur tous les biens du débiteur était un instrument utile dans un système moderne d'opérations garanties. À l'encontre de cette solution, on a fait observer qu'une telle sûreté risquait d'être excessive et de mettre un créancier en position de monopole.

B. Immeubles par destination (par. 34 et 35)

23. Il a été convenu que les paragraphes 34 et 35 traitaient d'une question importante. Un certain nombre de préoccupations ont toutefois été exprimées. Tout d'abord, on a estimé que ces paragraphes n'étaient pas à leur place dans le chapitre consacré à la constitution car ils portaient essentiellement sur des questions de publicité et de priorité. On a ensuite fait observer que les développements figurant dans ces paragraphes étaient incomplets car ils n'abordaient pas les cas dans lesquels un meuble était attaché à un autre meuble (accessoire) ou ceux dans lesquels des meubles étaient transformés. On a enfin objecté que la difficulté technique et le coût ne pouvaient pas toujours servir de critères pour déterminer si un immeuble par destination était ou non aisément séparable.

24. En réponse à une question, on a noté que le rapport entre une sûreté sur des immeubles et une sûreté sur des meubles incorporels connexes (par exemple, des loyers) était traité dans le chapitre sur la priorité. En réponse à une autre question, on a noté que les règles de publicité spéciales pour les immeubles par destination étaient examinées dans le chapitre sur la publicité.

C. Produit (par. 36 à 47)

25. Un certain nombre de remarques ont été faites en ce qui concerne les paragraphes 36 à 47. Ainsi, on a déclaré qu'il faudrait préciser au paragraphe 41 ce qui justifiait la reconnaissance d'un droit sur des fruits civils ou naturels (par exemple, le fait que le créancier garanti s'attendait à recevoir le revenu généré par les biens grevés). On a aussi dit que le paragraphe 43 devrait clairement indiquer le système de publicité recommandé dans le projet de guide. Par ailleurs, on a fait observer que le paragraphe 46 devrait mentionner le fait que, dès lors que le produit prenait la place des biens grevés, le caractère réel du droit du créancier garanti sur ce produit découlait logiquement du caractère réel de la sûreté. Enfin, on a déclaré que si la reconnaissance de droits sur le produit devait inévitablement aboutir à des conflits entre, par exemple, ceux qui avaient octroyé un financement sur stocks et ceux qui avaient accordé un financement contre cession de créances, il était important que la pratique reconnaisse ce type de droits.

26. S'agissant des notes figurant aux paragraphes 44 et 45, il a été convenu qu'elles soulevaient des questions importantes qui devraient être traitées dans le projet de guide. On a dit, toutefois, que la question de la localisation faisant l'objet du paragraphe 45 était plus importante que celle du moment auquel le produit devait être identifiable comme provenant des biens grevés visée au paragraphe 44. On a aussi fait observer que les biens seraient ou non un produit, et que le paragraphe 44, en conjonction avec le paragraphe 72, risquait de prêter à confusion en prévoyant inutilement une troisième possibilité, à savoir que les biens seraient un "produit identifiable" (ou "produit facilement identifiable"). On a aussi souligné que les principes adoptés pour les biens grevés (par exemple, en ce qui concerne une description générique et la possibilité d'accorder une sûreté sur des biens acquis postérieurement) devraient aussi s'appliquer au produit et qu'en conséquence il faudrait simplement exiger que le créancier prouve que le produit constituait les biens grevés par sa sûreté. On a en outre émis l'avis que le projet de guide devrait inclure des développements sur le point de savoir si le droit sur le produit était d'origine légale ou conventionnelle. On a répondu que c'était là une question devant être réglée à la convenance des parties et non pas une question de principe à trancher par le législateur et que le projet de guide devrait prévoir les deux possibilités.

27. Il a été proposé de reprendre éventuellement dans le projet de guide les règles sur le produit énoncées dans la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international ("la Convention des Nations Unies sur la cession de créances"), ce à quoi on a répondu que cette solution ne conviendrait peut-être pas car dans la Convention en question les règles sur le produit étaient des règles de conflit de lois.

D. Convention constitutive de sûreté (par. 48 à 60)

28. On a fait observer qu'il n'était sans doute pas juste de dire, comme le faisait la deuxième phrase du paragraphe 48, que "dans la plupart des pays" un acte supplémentaire était exigé pour que la sûreté soit constituée. Il a aussi été déclaré que la deuxième phrase du paragraphe 49 n'était sans doute pas exacte non plus puisqu'une sûreté pouvait être constituée automatiquement si la convention constitutive de sûreté prévoyait ce résultat en cas d'octroi d'un crédit à la discrétion du créancier garanti. On a répondu que l'intention au paragraphe 49 était de faire la distinction entre une convention constitutive de sûreté et une promesse de sûreté. Toutefois, après un débat, il a été convenu que le paragraphe 49 n'était pas nécessaire et pouvait être supprimé.

29. En ce qui concerne le paragraphe 50, il a été suggéré de supprimer la référence au fondement juridique de l'opération, cette référence pouvant prêter à confusion. On a objecté qu'elle était importante dans certains systèmes. On a également suggéré de réviser la dernière phrase du paragraphe 50 car, dans les opérations complexes ou dans celles où la sûreté était consentie par un tiers, la convention constitutive de sûreté était une convention séparée. On a en outre suggéré d'indiquer également au paragraphe 50 que l'inclusion dans la convention constitutive de sûreté d'une description des biens grevés réduisait le risque de litige quant à ce que couvrait la sûreté et le risque de manipulation après défaillance.

30. À propos du paragraphe 51, on a émis l'avis qu'il faudrait spécifier que les personnes physiques et les personnes morales pouvaient être parties à une convention constitutive de sûreté (ce qui, a-t-on dit, était implicite du fait de l'emploi du mot "personne" dans la définition du "débiteur" et du "créancier garanti" figurant dans la partie B du chapitre premier). On a aussi estimé que le projet de guide devrait traiter la question de savoir si les nantissements de fonds de commerce ou autres sûretés de ce type pouvaient être accordés par des personnes physiques. À cet égard, on a fait observer que la Loi type de la BERD sur les opérations garanties ne permettait l'octroi d'une telle sûreté que par des entreprises.

31. À propos du paragraphe 52, on a déclaré que la description des biens grevés devait aussi faire partie du contenu minimum de la convention constitutive de sûreté. On a aussi suggéré d'ajouter la date de la convention comme devant faire partie du contenu minimum.

32. S'agissant des paragraphes 54 à 58 et de la question de la forme, des opinions divergentes ont été exprimées. L'une d'elles était que la forme écrite ne devait pas être exigée pour que la convention constitutive de sûreté produise effet. On a fait valoir qu'une telle exigence aurait un impact négatif sur un certain nombre d'opérations qui étaient conclues oralement (par exemple les ventes avec réserve de propriété). On a aussi fait observer qu'il serait très difficile dans certains systèmes qui ne posaient aucune condition de forme même pour les opérations immobilières d'introduire une telle exigence pour les biens meubles.

33. Toutefois, selon l'opinion qui l'a emporté, une convention constitutive de sûreté devait revêtir la forme écrite. On a fait valoir qu'une telle forme apportait la sécurité, ce qui, a-t-on dit, était crucial lorsque des tiers étaient concernés, et empêchait des manipulations après défaillance. On a aussi fait observer que l'exigence d'un simple écrit qui n'aurait pas à être signé par les deux parties et qui

pourrait être un message de données (c'est-à-dire "l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie"; voir art. 2 a) de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique) n'aurait pas d'impact négatif sur les opérations.

34. On a suggéré que la recommandation dans le projet de guide indique que la forme écrite serait souhaitable mais que le soin de trancher la question serait laissé au législateur ou aux parties.

E. Dispositions relatives à la propriété (par. 61 à 70)

35. En ce qui concerne le paragraphe 61, on a suggéré de préciser que la propriété comprenait aussi un droit démembré. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait décidé de reporter l'examen du point de savoir si c'était le bien lui-même ou le droit de propriété sur ce bien qui faisait l'objet de la sûreté jusqu'à ce qu'il ait eu la possibilité d'examiner le paragraphe 61 (voir A/CN.9/532, par. 100). Tout en reconnaissant qu'il y avait deux thèses sur cette question, le Groupe de travail est convenu que le paragraphe 61 n'avait pas à être révisé. Quant au paragraphe 62, on a déclaré qu'en l'absence d'exemples concrets, le problème dont il traitait était difficile à comprendre.

36. S'agissant des paragraphes 66 à 70, on a déclaré qu'ils étaient sans doute superflus puisqu'ils traitaient de questions qui étaient abordées ailleurs dans le projet de guide (par exemple dans les chapitres sur la publicité et sur la priorité). On a aussi fait observer que si l'intention était, dans ces paragraphes, de décrire diverses approches, ceux-ci ne devaient pas prendre la forme de recommandations (comme le faisait implicitement le paragraphe 75).

F. Résumé et recommandations (par. 71 à 75)

37. Le paragraphe 71 a bénéficié d'un appui suffisant au sein du Groupe de travail. S'agissant de la note figurant après lui, on a émis l'avis que des exceptions aux recommandations énoncées dans ce paragraphe devraient être prévues pour les types d'obligation garantie (voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, par. 5 et 6), les types de bien (voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, par. 17 et 18) ou les types de sûreté (voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, par. 27) qui pourraient être soumis à un régime, national ou international, spécial. Il a été fait référence à la Loi type interaméricaine sur les sûretés mobilières qui introduisait des exceptions à la notion de sûreté sur tous les biens. Il a aussi été fait référence à des conventions comme la Convention du Cap relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, puisque dans certains pays une loi nationale ultérieure pouvait l'emporter sur une convention.

38. On a toutefois déclaré qu'une distinction devrait être établie entre les types de bien, d'obligation ou de sûreté qui étaient soumis à des lois spéciales autres que la loi générale sur les opérations garanties (types qui devraient être totalement exclus du champ d'application du projet de guide) et les types de bien, d'obligation ou de sûreté qui étaient soumis aux lois sur les opérations garanties mais qui nécessitaient

un enregistrement sur des registres spéciaux (types qui devraient être inclus dans le champ d'application du projet de guide mais exclus du type d'enregistrement prévu dans ce dernier).

39. En ce qui concerne le paragraphe 72, il a été suggéré de le réviser de façon à parler d'un "produit" au lieu d'un "produit facilement identifiable". Il a aussi été suggéré d'indiquer clairement que la notion de "produit" englobait tout ce qui était reçu concernant les biens grevés. Il a de plus été suggéré de formuler des recommandations au sujet des questions visées dans la note suivant le paragraphe 72.

40. S'agissant du paragraphe 73, il a été suggéré de le réviser de sorte qu'il reflète les vues exprimées pour et contre la forme écrite. Il a aussi été suggéré d'inclure une référence à la définition du message de données figurant à l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. À cet égard, on a déclaré qu'il n'y avait aucune raison pour que l'exigence de la forme écrite ne puisse pas être satisfaite par un message de données, y compris un enregistrement électronique, dès lors qu'il pouvait être relevé et lu et qu'il montrait que le constituant avait l'intention de constituer une sûreté. En réponse à une question, on a dit que l'identité de l'expéditeur du message de données était sans importance.

41. L'idée selon laquelle la convention constitutive de sûreté devait identifier les parties et décrire raisonnablement les biens grevés et les obligations garanties a été appuyée. On a émis l'avis qu'il faudrait exiger une description précise des biens grevés, mais l'opinion qui l'a emporté a été qu'une description générale devrait suffire.

42. La recommandation énoncée au paragraphe 74 a bénéficié d'un appui suffisant au sein du Groupe de travail. Il a aussi été convenu qu'il faudrait réviser la recommandation énoncée au paragraphe 75 de sorte qu'elle dise qu'une convention était suffisante pour la constitution d'une sûreté sans dépossession mais que des actes de publicité permettraient de rendre la sûreté opposable aux tiers.

43. Il a été suggéré d'élaborer également une recommandation concernant les sûretés sur l'ensemble des biens d'un débiteur (sûreté du type d'un nantissement de fonds de commerce ou d'une charge flottante). Il a aussi été suggéré de formuler une recommandation concernant les immeubles par destination et les accessoires.

44. Après un débat, le Groupe de travail a prié le secrétariat de réviser le chapitre IV en tenant compte des vues qui avaient été exprimées et des suggestions qui avaient été faites.

Chapitre IX. Insolvabilité (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6)

45. Étant donné la présence d'experts en droit de l'insolvabilité faisant partie du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), le Groupe de travail est passé à l'examen du chapitre IX consacré à l'insolvabilité.

A. Introduction (par. 1 à 4)

46. Quelques suggestions ont été faites au sujet du paragraphe 1. L'une d'elles était, puisque les questions abordées brièvement au chapitre IX étaient traitées de façon plus approfondie dans le projet de guide sur le droit de l'insolvabilité, d'insister davantage dans l'avant-dernière phrase du paragraphe 1 sur la nécessité de se reporter au projet de guide sur le droit de l'insolvabilité pour plus de détails. Il a aussi été suggéré de renvoyer, dans la deuxième phrase, aux politiques reflétées dans le projet de guide sur le droit de l'insolvabilité, sans donner d'exemples arbitraires et potentiellement trompeurs de ces politiques.

B. Les sûretés dans le cadre des procédures d'insolvabilité (par. 5 et 6)

47. Il a été suggéré de supprimer les exemples donnés dans la dernière phrase du paragraphe 6 car ils risquaient de donner à tort l'impression que les procédures de redressement accélérées ne s'appliquaient qu'à certains types de dette.

C. Inclusion des biens grevés dans la masse de l'insolvabilité (par. 7 à 19)

48. Le Groupe de travail est convenu que les biens grevés devaient faire partie de la masse de l'insolvabilité. Des opinions divergentes ont été exprimées sur le point de savoir si les biens faisant l'objet d'une réserve ou d'un transfert de propriété devaient entrer dans la masse.

49. Selon une opinion, ces biens devaient être traités de la même manière que les biens grevés. Il a été dit que l'octroi au vendeur bénéficiant d'une réserve de propriété de droits spéciaux et supérieurs, indépendamment du prix et de la qualité, fausserait la concurrence avec d'autres fournisseurs de crédit, ce qui aurait des répercussions négatives sur le prix des biens et des services ainsi que sur l'offre de crédit et le coût de ce dernier. De plus, a-t-on fait observer, même si la question devait être traitée comme étant liée à la poursuite ou au rejet du contrat de vente par le représentant de l'insolvabilité, les biens ne seraient pas remis au vendeur avant l'expiration du délai de 30 ou 60 jours qui serait donné au représentant de l'insolvabilité pour prendre une décision. On a ajouté qu'en cas de redressement ou de cession d'une entreprise en vue de la poursuite de son activité, les biens faisant l'objet d'une réserve de propriété seraient traités de la même manière que tous les autres biens nécessaires au succès du redressement ou de la cession. On a aussi souligné que le projet de guide devait faire des recommandations claires visant à aider les pays qui n'étaient pas dotés d'un système moderne d'opérations garanties à améliorer leurs chances d'accès au crédit bon marché et non pas s'attacher à l'évolution historique dans certains pays qui, de toute façon, différait considérablement de l'un à l'autre sur la question de la réserve de propriété.

50. Selon une autre opinion, les biens faisant l'objet d'une réserve ou d'un transfert de propriété ne devaient pas être inclus dans la masse de l'insolvabilité. On a fait valoir que le vendeur ou le bénéficiaire du transfert des biens n'étaient pas des créanciers et que les biens vendus ou transférés de façon légitime par le débiteur à

une autre personne ne devaient pas être versés dans la masse. Selon une autre opinion encore, seuls les biens faisant l'objet d'une réserve de propriété devaient être exclus de la masse, puisque les transferts de propriété à des fins de garantie étaient assimilés à des sûretés normales en cas d'insolvabilité, même dans les pays qui par ailleurs les traitaient comme un mécanisme de transfert de propriété pur et simple. On a déclaré qu'un tel traitement privilégié du crédit fournisseur était payant, puisque ce type de crédit était facilement disponible à un coût moindre que celui du crédit bancaire, et contrebalançait la position dominante des organismes financiers sur les marchés du crédit. On a ajouté que la préférence donnée au crédit fournisseur était une décision de principe dictée par la nécessité de soutenir l'offre sur les marchés de biens et de services. Pour ces raisons, la réserve de propriété devait, a-t-on estimé, bénéficier d'une préférence dès le moment où elle était accordée (même si elle était soumise à enregistrement; "superprivilège").

51. Selon une autre opinion encore, le fait que la réserve ou le transfert de propriété était ou non juridiquement qualifié de sûreté était sans importance dans l'insolvabilité tant que les biens faisant l'objet de la réserve ou du transfert ou les droits du débiteur liés à ces biens étaient inclus dans la masse. On a déclaré que ce qui comptait vraiment n'était pas la qualification juridique mais les conséquences économiques qu'aurait le fait de traiter ou de ne pas traiter, aux fins de la publicité et de l'insolvabilité, la réserve de propriété comme un mécanisme de sûreté. On a rétorqué que la qualification juridique avait bel et bien son importance puisque, si la réserve de propriété était assimilée à une sûreté et si les biens qui en faisaient l'objet étaient inclus dans la masse, le représentant de l'insolvabilité pourrait les garder sans avoir à payer la fraction du prix d'achat restant à verser même s'il n'avait pas rejeté le contrat. Si, en revanche, la réserve de propriété était traitée comme un mécanisme de transfert de propriété pur et simple, les biens qui en faisaient l'objet échapperaient à la masse, et, de ce fait, le représentant de l'insolvabilité serait tenu, pour les faire rentrer dans la masse, de payer la fraction du prix d'achat restant à verser avant d'effectuer tout versement à d'autres créanciers garantis.

52. Le Groupe de travail a noté qu'une définition extensive de la notion de "biens" devait être examinée par le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) ("biens et droits du débiteur, notamment les droits sur des biens en sa possession ou non, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, y compris les droits du débiteur sur des biens grevés d'une sûreté ou des biens appartenant à des tiers"). En conséquence, les suggestions ci-après ont été faites: réviser la deuxième phrase du paragraphe 10 de façon à dire que tous les biens du débiteur ou tous les droits de celui-ci liés à ces biens entraient dans la masse de l'insolvabilité, quelle que soit la qualification juridique de l'opération sous-jacente; indiquer, au paragraphe 11, que les transferts de biens au créancier par le débiteur pourraient faire l'objet d'actions en annulation; indiquer, au paragraphe 12, que, si la réserve de propriété était assimilée à une sûreté, les biens qui en faisaient l'objet entreraient dans la masse; indiquer, au paragraphe 17, que le produit des biens grevés ferait partie de la masse et serait inclus dans l'assiette de la sûreté, tandis que les biens acquis postérieurement n'y seraient inclus que s'ils constituaient le produit de biens grevés.

53. En réponse à une question, on a noté que la définition proposée du terme "biens" ne changeait en rien la position adoptée dans le projet de guide sur le droit de l'insolvabilité selon laquelle, si les biens des tiers n'entraient pas dans la masse de l'insolvabilité, les droits du débiteur sur ces biens faisaient eux partie de la

masse. Le Groupe de travail est convenu que tout remaniement de cette section devrait être conforme à cette décision de principe.

54. Un certain nombre de suggestions ont été faites au cours du débat. L'une d'elles était de réviser le paragraphe 7 de façon qu'il indique clairement que les biens grevés faisaient partie de la masse de l'insolvabilité. Toujours à propos du paragraphe 7, on a suggéré qu'il donne des exemples de situations dans lesquelles des biens du tiers constituant pourraient se trouver en la possession du débiteur. Il a par ailleurs été suggéré de faire référence, au paragraphe 10, non seulement aux droits contractuels mais aussi aux droits réels du débiteur en relation avec les biens grevés. Une autre suggestion encore était de remplacer, au paragraphe 11, la référence au "prix" par une référence au "paiement ou autre exécution par le débiteur". Il a aussi été proposé d'ajouter aux paragraphes 14 et 15 les raisons justifiant l'une ou l'autre approche de la question concernant l'excédent après règlement du vendeur. On a en outre suggéré de consacrer aussi des développements à la question de savoir qui supportait le risque en cas de déficit. Il a par ailleurs été proposé de réviser le paragraphe 16 pour y indiquer qu'il faudrait sans doute déterminer la valeur des biens à des moments différents au cours d'une procédure d'insolvabilité suivant l'objet de l'évaluation (par exemple, le créancier garanti pourrait demander que l'arrêt des poursuites ne s'applique pas à lui parce que la valeur de la sûreté excédait la valeur du bien).

55. Après un débat, le secrétariat a été prié de réviser la section en prenant en compte les opinions qui avaient été exprimées et les suggestions qui avaient été faites et de l'aligner sur les sections pertinentes du projet de guide sur le droit de l'insolvabilité.

D. Restrictions à la réalisation des sûretés (par. 20 à 27)

56. Le Groupe de travail a noté que, conformément à l'approche adoptée dans le projet de guide sur le droit de l'insolvabilité, l'arrêt des poursuites s'appliquait à tous les créanciers, y compris les créanciers garantis, ainsi qu'aux propriétaires de biens sur lesquels le débiteur détenait un droit (par exemple les bénéficiaires d'une clause de réserve de propriété). Il a été suggéré de réviser la troisième phrase du paragraphe 22 de façon à refléter cette approche. Il a aussi été suggéré d'aligner le paragraphe 27 sur les recommandations pertinentes du projet de guide sur le droit de l'insolvabilité (35 b), aménagement des mesures applicables à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, et 43, biens constituant une charge). On a en outre fait observer que le retard apporté par le représentant de l'insolvabilité dans la disposition des biens, mentionné dans la deuxième phrase du paragraphe 25, ne figurait pas parmi les motifs d'aménagement de l'arrêt des poursuites énumérés dans la recommandation 35 b).

E. Participation des créanciers garantis à la procédure d'insolvabilité (par. 28 et 29)

57. On a noté que le projet de guide sur le droit de l'insolvabilité reconnaissait aux créanciers garantis le droit de participer pleinement à la procédure d'insolvabilité. On a donc émis la possibilité, une fois ce fait indiqué, d'inclure un renvoi à la

section pertinente de ce projet de guide et de supprimer le reste des paragraphes 28 et 29. Si, a-t-on convenu, le paragraphe 29, qui parlait de notions généralement acceptées dans le droit actuel, pourrait être supprimé, on s'est demandé s'il était opportun d'en faire autant avec le paragraphe 28, qui introduisait certaines idées concernant la participation des créanciers garantis aux comités des créanciers. En réponse, on a fait observer que, suivant l'approche actuellement retenue dans le projet de guide sur le droit de l'insolvabilité, les créanciers garantis participeraient aux comités des créanciers. On a souligné qu'une référence à cette question pourrait utilement être faite dans le nouveau texte qui remplacerait les paragraphes 28 et 29.

58. On a aussi émis l'avis qu'il pourrait être utile, après avoir généralement affirmé le principe de la participation pleine et entière des créanciers garantis à la procédure d'insolvabilité, d'ajouter que le créancier garanti participerait en tant que créancier garanti ou en tant que créancier chirographaire selon que la valeur de l'obligation garantie excédait ou non celle des biens grevés.

F. Opposabilité des sûretés et actions en annulation (par. 30 à 32)

59. Le Groupe de travail a noté que l'annulation d'opérations garanties dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité faisait l'objet de longs développements dans le projet de guide sur le droit de l'insolvabilité, et est convenu que les paragraphes 30 à 32 devraient renvoyer à la section pertinente de ce projet de guide et être cohérents avec ladite section.

60. On a déclaré que le fait, pour un créancier, de ne pas prendre les mesures nécessaires pour rendre une sûreté opposable aux tiers (c'est-à-dire, pour reprendre la terminologie du projet de guide sur le droit de l'insolvabilité, de ne pas "parfaire" sa sûreté) était un motif d'annulation de l'opération garantie qui devrait être traité dans le projet de guide. On a noté que celui-ci abordait cette question dans les chapitres consacrés à la publicité et à la priorité.

61. On a exprimé la crainte que le mot "transfert", employé au paragraphe 31, ne soit pas suffisamment clair. Pour parer à cet inconvénient, il a été suggéré de faire référence à des notions utilisées dans le projet de guide sur le droit de l'insolvabilité, telles que la constitution ou la "perfection" d'une sûreté pendant la période suspecte. On a suggéré comme autre solution de parler uniquement d'"opérations garanties".

62. Au cours du débat, il a été suggéré de traiter dans cette section des situations dans lesquelles une sûreté était consentie par une société à une autre société du même groupe. Il a, par ailleurs, été suggéré que les paragraphes 30 à 32 soulignent la nécessité d'un délai de prescription courts, en particulier pour les opérations qui n'étaient pas frauduleuses mais avaient simplement eu lieu pendant la période suspecte. Constatant que la première question était traitée dans des lois autres que la loi sur les opérations garanties et que la seconde était traitée dans le projet de guide sur le droit de l'insolvabilité, le Groupe de travail a décidé de ne pas les aborder.

G. Ordre de priorité des sûretés (par. 33 à 35)

63. Le Groupe de travail est convenu que, comme indiqué à la fois au paragraphe 33 et dans le projet de guide sur le droit de l'insolvabilité, la loi sur l'insolvabilité devait respecter l'ordre de priorité des sûretés qui existait avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Il a aussi été convenu que toute exception à ce principe devrait être limitée et exprimée, le cas échéant, de façon transparente et prévisible.

64. Des opinions divergentes ont été exprimées au sujet des exemples donnés au paragraphe 34. Selon une opinion, les exemples devaient être supprimés de façon à ne pas donner l'impression d'approuver ces privilèges (ou "superprivilèges"). De tels privilèges, a-t-on dit, avaient pour effet économique de réduire les sommes disponibles pour désintéresser les créanciers garantis et, par voie de conséquence, de réduire l'offre de crédit et de pousser le coût de ce dernier à la hausse. On a de plus souligné qu'un tel résultat était incompatible avec les objectifs fondamentaux du projet de guide.

65. Suivant une autre opinion, même si de telles exceptions n'étaient pas recommandées, il fallait maintenir les exemples. On a fait valoir que cela pourrait accroître l'utilité et la crédibilité du projet de guide, lesquelles risqueraient d'être compromises par l'absence de tout développement sur une question qui était largement discutée par les spécialistes et qui était traitée même dans les législations modernes sur l'insolvabilité. Le Groupe de travail a relevé avec intérêt que le projet de guide sur le droit de l'insolvabilité comportait des développements (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14, par. 424) analogues à ceux figurant au paragraphe 34. En réponse, on a indiqué que si les exemples étaient retenus, il faudrait mentionner clairement dans le texte les effets potentiellement négatifs de telles exceptions sur la disponibilité et le coût du crédit.

66. Selon une autre opinion encore, le projet de guide devait traiter la question en exposant les avantages et les inconvénients de tels privilèges et laisser le législateur trancher. On a fait observer qu'en posant la question de principe et en présentant les approches possibles ainsi que leurs avantages et inconvénients respectifs, le projet de guide serait plus susceptible d'atteindre son objectif qui était de guider le législateur et d'accroître l'offre de crédit bon marché. On a ajouté que, dans certains pays, de telles exceptions pouvaient être nécessaires en raison de dispositions du droit constitutionnel même. On a aussi fait valoir que, s'agissant des pays qui n'autorisaient pas la constitution d'une sûreté sur l'ensemble des biens d'un débiteur, limiter la valeur de la sûreté à un pourcentage des biens du débiteur ou réserver un pourcentage des biens du débiteur aux créanciers chirographaires en cas d'insolvabilité (cantonnement) était sans doute la seule façon pour eux d'accepter ce type de sûreté générale. À cet égard, étant donné les débats qui avaient eu lieu au sein du Groupe de travail concernant les nantissements de fonds de commerce et les charges flottantes (voir par. 16 à 22 ci-dessus), il a été suggéré de limiter le cantonnement aux sûretés portant sur l'ensemble des biens (et, éventuellement, aux personnes qui devenaient involontairement des créanciers du fait d'actions fondées sur la responsabilité extracontractuelle).

67. Au cours du débat, on a émis l'avis qu'il pourrait être utile d'ajouter, au paragraphe 33, une référence au fait qu'il était nécessaire que la loi sur

l'insolvabilité respecte les accords de cession de rang antérieurs à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Notant que la question était examinée par le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), il a été convenu que les deux groupes de travail devraient se concerter sur cette question.

68. Un certain nombre de suggestions d'ordre rédactionnel ont aussi été faites, à savoir: remplacer, dans l'avant-dernière phrase du paragraphe 33, le mot "montant" par le mot "portée" ou le mot "étendue"; ajouter, dans la dernière phrase, les mots "telles que la législation du travail ou la législation fiscale" après le mot "énoncées" et supprimer le reste du texte actuel; ajouter, au paragraphe 33, une quatrième phrase traitant de l'impact économique des privilèges sur l'offre de crédit et le coût de ce dernier; remplacer, au paragraphe 35, le mot "Comme" par les mots "Dans la mesure où".

69. Après un débat, le secrétariat a été prié de réviser cette section en prenant en compte les différentes vues qui avaient été exprimées et en équilibrant le texte actuel tout en gardant à l'esprit l'objectif du projet de guide qui était d'accroître l'offre de crédit garanti, en particulier dans les pays en développement.

H. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure (par. 36 à 41)

70. Il a été suggéré de supprimer le mot "solvable" dans l'avant-dernière phrase du paragraphe 41, de façon à ne pas donner l'impression qu'il était inapproprié de consentir un crédit à un débiteur insolvable. Pour le reste, le Groupe de travail s'est déclaré satisfait du texte actuel de la section.

I. Procédures de redressement (par. 42 à 47)

71. Un certain nombre de suggestions ont été faites. L'une d'elles était de supprimer le paragraphe 44 au motif qu'il était incompatible avec la position du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) selon laquelle les créanciers garantis devaient participer à la procédure d'insolvabilité. Il a, par ailleurs, été suggéré de réviser la première phrase du paragraphe 45 de façon à mentionner ce qui se passait si un créancier garanti ne consentait pas à un plan de redressement. Une autre suggestion encore était d'ajouter, à la fin du paragraphe 46, une phrase du type: "Il peut aussi être bon de consentir au créancier garanti des conditions concernant l'obligation garantie correspondant à celles qui ont cours sur le marché libre".

J. Procédures de redressement accélérées (par. 48 à 51)

72. Le Groupe de travail est convenu que cette section devrait être alignée sur les développements pertinents figurant dans le projet de guide sur le droit de l'insolvabilité, dont l'un des principaux points était que la procédure de redressement accélérée était une procédure formelle.

K. Résumé et recommandations (par. 52 à 59)

73. Il a été convenu qu'il faudrait réviser le paragraphe 52 de façon à faire clairement ressortir que: lorsque la réserve de propriété n'était pas assimilée à une sûreté, les biens qui en faisaient l'objet étaient inclus dans la masse de l'insolvabilité; lorsque la réserve de propriété n'était pas assimilée à une sûreté, les biens qui en faisaient l'objet étaient exclus de la masse; et les biens qui faisaient l'objet d'un transfert de propriété à des fins de garantie étaient compris dans la masse, puisqu'un tel transfert était assimilé à une sûreté. Il a été constaté d'un commun accord que la question du statut de la réserve de propriété dans le cadre et en dehors de la procédure d'insolvabilité n'avait pas été réglée et restait ouverte. Il a de plus été convenu que, compte tenu du projet de guide sur le droit de l'insolvabilité, le paragraphe 54 devrait parler du principe de la "pleine" participation des créanciers garantis à la procédure d'insolvabilité. Par ailleurs, il a été convenu, afin de ménager la souplesse nécessaire aux parties qui cherchaient à formuler un plan de redressement, d'ajouter le membre de phrase "À moins que le créancier garanti n'en convienne autrement" au début de la deuxième phrase du paragraphe 58. Il a aussi été convenu que le paragraphe 59 devrait être remanié compte tenu des modifications qu'il avait été proposé d'apporter aux paragraphes 48 à 51, et que la disposition remaniée pourrait être fondée sur le libellé du paragraphe 51 légèrement modifié. Le Groupe de travail s'est déclaré satisfait du texte actuel du paragraphe 53 et des paragraphes 55 à 57.

74. À la fin des débats sur le chapitre IX, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir une version révisée de ce chapitre en prenant en compte les vues qui avaient été exprimées et les suggestions qui avaient été faites.

L. Relation entre les deux guides

75. Le Groupe de travail est passé à l'examen de la question de la relation entre son projet de guide et celui sur le droit de l'insolvabilité. Il a, d'entrée de jeu, été convenu que chacun des guides devrait être compatible avec l'autre. Différents avis ont été exprimés quant à la meilleure façon d'atteindre cet objectif.

76. Selon un avis, le chapitre sur l'insolvabilité devrait comprendre un exposé complet des problèmes, qui soit une mine d'informations sur les approches possibles et leurs avantages et inconvénients relatifs et qui contienne des exemples, lorsque ceux-ci étaient nécessaires pour illustrer certains points, ainsi que des recommandations précises même si ces problèmes faisaient déjà l'objet d'un examen approfondi dans le projet de guide sur le droit de l'insolvabilité. On a dit que ce chapitre était un texte unique, peut-être le plus important du projet de guide, et qu'il pouvait être lu indépendamment du projet de guide sur le droit de l'insolvabilité. On a aussi fait observer qu'il devrait pouvoir se suffire à lui-même pour fournir des orientations efficaces, en particulier dans les pays où les autorités chargées de la réforme du droit des opérations garanties et de celle du droit de l'insolvabilité n'étaient pas les mêmes. On a également fait remarquer que c'était dans le projet de guide qu'il fallait souligner l'importance de la disponibilité du crédit garanti, point sur lequel le projet de guide sur le droit de l'insolvabilité ne pouvait pas insister autant.

77. Selon un autre avis, le chapitre sur l'insolvabilité devrait être aussi bref que possible. On a fait observer que la concision ne nuirait pas à la clarté du texte, du moment que seraient faits les renvois appropriés aux parties pertinentes du projet de guide sur le droit de l'insolvabilité. On a aussi fait valoir qu'un texte plus succinct aurait l'avantage d'éviter les divergences ou, au mieux, la répétition de conseils identiques dans les deux guides. On a ajouté qu'en développant le texte du chapitre sur l'insolvabilité, en particulier sur des questions examinées en détail dans le projet de guide sur le droit de l'insolvabilité, on risquerait involontairement d'accorder trop d'importance à la situation des créanciers garantis et de nuire à l'objectif global qui était d'élaborer une approche équilibrée et fonctionnelle de manière à donner aux États des conseils généraux et cohérents.

78. Après un débat, il a été convenu que le chapitre sur l'insolvabilité pourrait comprendre des développements approfondis sur les questions pertinentes du moment que ceux-ci étaient compatibles avec les développements figurant dans le projet de guide sur le droit de l'insolvabilité. Il a aussi été convenu que ce chapitre devrait souligner l'importance du crédit garanti et que les guides devraient être lus conjointement.

M. Coordination avec le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)

79. Le Groupe de travail est ensuite passé à la question de la coordination avec le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité). Il a été noté que le Groupe de travail V devrait en principe achever ses travaux à sa prochaine session, prévue à New York du 22 au 26 mars 2004, et soumettre le projet de guide sur le droit de l'insolvabilité à la Commission à sa trente-septième session, qui aurait lieu à New York du 14 juin au 2 juillet 2004 (voir par. 121 ci-dessous).

80. Compte tenu de l'urgence et de l'importance de la coordination, le Groupe de travail est convenu que les deux groupes de travail devraient tenir une autre session conjointe. Il a également été convenu que cette session conjointe pourrait avoir lieu en conjonction avec sa cinquième session, prévue à New York du 29 mars au 2 avril 2004. Il a en outre été convenu que l'objectif de cette session conjointe, qui durerait éventuellement une journée et demie (29 et 30 mars 2004), serait d'examiner toute question en suspens et, si nécessaire, d'affiner le texte sur l'articulation des deux guides. À cet égard, il a été noté qu'on ne saurait trop insister sur l'importance de la coordination interne des délégations au sein des deux groupes de travail.

81. On a fait un certain nombre de propositions en ce qui concerne les questions restées en suspens et devant être examinées, à savoir: le traitement de la réserve de propriété (et, peut-être, du transfert de propriété, des ventes sous condition et des baux financiers) et des accords de cession de rang dans l'insolvabilité; la question des superprivilèges, en particulier dans le cas d'une sûreté constituée sur l'ensemble des biens du débiteur; la protection de la valeur de la sûreté, y compris le moment et les modalités de la détermination de la valeur économique de la sûreté; la durée de la période suspecte pour l'annulation de transferts préférentiels; et le délai dans lequel un représentant de l'insolvabilité pourrait engager une action en annulation d'une opération garantie.

82. S'agissant de l'articulation des deux guides, il a été noté que des questions relatives aux sûretés étaient traitées à divers endroits du projet de guide sur le droit

de l'insolvabilité, à savoir: Chapitre II. Traitement des biens à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (A.2 b), Biens grevés de sûretés; A.2 c), Biens appartenant à des tiers; B.3 c), Portée de l'arrêt des poursuites – Créanciers garantis; B.6, Durée de l'arrêt des poursuites; B.8, Protection des créanciers garantis; B.9, Restrictions à la disposition des biens par le débiteur; C.2, Utilisation ou disposition de biens grevés d'une sûreté; C.3, Biens appartenant à des tiers; C.4, Traitement du produit sous forme d'espèces; D.3 a) et b), Octroi d'une sûreté ou d'une priorité pour un financement postérieur à l'ouverture de la procédure; E., Traitement des contrats; et F.3 d), Annulation des sûretés); Chapitre III. Débiteur, représentant de l'insolvabilité et créanciers (C.2 f), Créanciers garantis – participation à la procédure d'insolvabilité); Chapitre IV. Plan de redressement (A.5 b), Approbation par les créanciers garantis); Chapitre V. Administration de la procédure (A.2 a), Créanciers tenus de déclarer leurs créances); Chapitre VI. Priorités (C.1 a), Sûretés).

83. Au terme du débat, le secrétariat a été prié d'établir, en tenant compte des propositions faites, une liste des questions à examiner à la session conjointe.

Chapitre premier. Introduction (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1)

A. Objet et champ d'application (par. 1 à 13)

84. Le Groupe de travail a examiné le champ d'application du projet de guide. Il a été convenu qu'en principe, tous les types de biens étaient susceptibles de faire l'objet d'une sûreté et pouvaient être inclus dans le champ d'application, à moins qu'ils n'en soient expressément exclus. Les exemples ci-après de biens manifestement exclus ont été cités: les titres; les navires et aéronefs (du moins pour ce qui avait trait à l'enregistrement et aux questions de priorité); et les biens régis par certaines conventions. Sur le plan pratique, cependant, il a été convenu que le projet de guide devrait porter avant tout sur les principaux éléments de l'actif commercial, tels que les biens meubles corporels, y compris les stocks et le matériel, et les créances commerciales et qu'on pourrait voir s'il serait viable d'y inclure aussi des biens tels que les billets à ordre, les chèques, les lettres de crédit, les comptes de dépôt et les droits de propriété intellectuelle et industrielle.

85. Les droits de propriété intellectuelle et industrielle, en particulier, ont suscité de l'intérêt, compte tenu de leur importance économique et du fait qu'ils entraient dans les opérations de constitution d'une sûreté sur l'ensemble des biens du débiteur ou sur le matériel. Parallèlement, on a appelé à la prudence vu la complexité des questions en jeu. Dans tous les cas, il a été convenu que toute initiative dans ce domaine du droit devrait être prise en coordination avec les organisations compétentes, telles que l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI).

86. Au cours du débat, un intérêt a été manifesté pour un régime qui faciliterait la reconnaissance internationale des sûretés. On a proposé d'examiner ce qu'on appelle la "règle du pays d'origine" en vue de déterminer si l'on pourrait trouver une solution au problème de la non-reconnaissance des sûretés une fois que les biens grevés avaient franchi les frontières nationales. Cette proposition a suscité un certain intérêt, mais on a fait observer que les opérations de financement posaient de nombreux problèmes complexes qu'une approche basée uniquement sur le conflit de

lois ne permettrait pas de régler. Il a été dit également que la question de la reconnaissance internationale était abordée au chapitre X (Conflit de lois), qui énonçait aussi des règles plus générales sur le choix de la loi.

87. On a fait un certain nombre de suggestions concernant la formulation de divers paragraphes. Ainsi, on a proposé de supprimer, au paragraphe 8, la référence aux biens immeubles afin de ne pas laisser croire que le régime envisagé dans le projet de guide pourrait interférer avec le droit immobilier et les registres immobiliers. On a rappelé que le Groupe de travail avait déjà dit (voir par. 20 ci-dessus) que le projet de guide ne portait que sur les biens meubles mais que cela n'empêchait pas un État de permettre qu'un nantissement de fonds de commerce comprenne également des immeubles. On a, par ailleurs, suggéré de placer le paragraphe 11 entre crochets et d'attendre pour l'examiner de façon approfondie que le Groupe de travail ait entièrement résolu les questions qui y étaient soulevées. Enfin, on a aussi proposé de faire référence, au paragraphe 13, à l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés.

B. Terminologie (par. 14)

Sûreté

88. Il a été convenu de supprimer les crochets entourant les mots "ou un immeuble par destination". Il a aussi été convenu qu'il n'était pas nécessaire de faire expressément référence aux "accessoires" puisque ceux-ci étaient déjà couverts par la référence aux "biens meubles". On a par ailleurs émis l'avis que la référence aux droits réels pourrait être remplacée par un libellé plus général parlant des effets *erga omnes* d'une sûreté. Il a aussi été suggéré de limiter les types de biens pouvant faire l'objet d'une sûreté aux éléments de l'actif commercial ou aux biens sociaux. On s'est élevé contre cette suggestion compte tenu en particulier de l'approche souple qu'avait adoptée le Groupe de travail sur cette question (voir par. 37 ci-dessus).

Constituant

89. Il a été convenu de supprimer la référence à la qualité de propriétaire ou de possesseur du constituant ("ses biens"). Il a aussi été convenu que le mot "personne" était suffisant pour désigner à la fois les personnes physiques et les personnes morales.

Biens meubles corporels

90. On a émis l'avis que la définition des "biens meubles corporels" figurant dans la version anglaise était tautologique et devrait être révisée.

Immeubles par destination

91. Il a été suggéré d'inclure une référence au bien immeuble "auquel l'immeuble par destination était attaché".

Produit

92. Il a été convenu que la définition actuelle pourrait être remplacée par un texte du type: “On entend par ‘produit’ tout ce qui est reçu en relation avec des biens grevés. Le ‘produit’ englobe les fruits des biens grevés”. On a fait valoir qu’ainsi les produits non prévus (par exemple, les indemnités versées par une assurance) seraient couverts et les mêmes règles pourraient s’appliquer à la fois au produit et aux fruits. La possibilité de définir séparément les fruits et le produit a été aussi mentionnée. On a, par ailleurs, fait observer que la différence avec la définition du “produit” figurant dans la Convention des Nations Unies sur la cession de créances tenait au fait que le contexte n’était pas le même et que la Convention portait également sur les transferts purs et simples.

Priorité

93. On a expliqué que la définition du terme “priorité” n’était pas la même que dans la Convention des Nations Unies sur la cession de créances parce que le contexte dans la Convention était différent et que la définition avait un objet différent (renvoyer à la loi applicable un certain nombre de questions liées à la priorité).

Sûreté avec dépossession

94. On s’est élevé contre la proposition de mentionner le “contrôle” comme mode de possession des biens meubles incorporels. On a déclaré que la référence à la possession par l’intermédiaire d’un agent était suffisante. On a aussi dit qu’avant d’apporter une quelconque modification, il faudrait vérifier l’emploi et la signification des termes “possession” et “contrôle” dans le texte du projet de guide.

Procédure d’insolvabilité/représentant de l’insolvabilité

95. Le secrétariat a été prié d’aligner la définition des termes “procédure d’insolvabilité” et “représentant de l’insolvabilité” sur les définitions correspondantes du projet de guide sur le droit de l’insolvabilité.

Nouvelles définitions

96. Il a été proposé d’ajouter des définitions pour les termes suivants: “prix d’achat”, “débiteur du compte” et “acheteur dans le cours normal des affaires”. Faute de temps, cette proposition n’a pas été examinée.

C. Exemples de pratiques de financement à traiter dans le guide (par. 15 à 26)

97. De l’avis général, les exemples utilisés étaient à la fois bien choisis et bien structurés. Le Groupe de travail est aussi convenu qu’un nombre limité d’exemples n’entrant pas trop dans le détail facilitait la compréhension, et il s’est donc montré dans l’ensemble réticent à apporter des modifications majeures au texte actuel.

98. On a émis l’avis qu’il faudrait parler, aux paragraphes 17 et 19, de “financement du prix d’achat”, en définissant ce terme, plutôt que de réserve de propriété. On a aussi émis l’avis que la réserve de propriété devait être assimilée à

une sûreté. Cette position a suscité des objections (voir par. 107 ci-dessous). On a fait valoir que, dans de nombreux pays, la réserve de propriété n'était pas considérée comme un mécanisme de garantie et que, pour ces pays du moins, elle n'entrait donc pas dans la définition actuelle de la "sûreté" figurant dans le projet de guide. On a déclaré, à cet égard, que la réserve de propriété devait être purement et simplement exclue du champ d'application du projet de guide ou, si elle était incluse, faire l'objet de règles spéciales.

99. Un certain nombre de suggestions ont été faites concernant le paragraphe 20, à savoir: parler de "bail financier"; parler d'une option (non d'une obligation) d'achat du preneur du bail; parler des comptes de dépôt dans un texte du type: "Agrico a un compte bancaire auprès du prêteur A, dont le prêt lui a permis de payer le prix d'achat des roues. Le prêteur A constitue une sûreté sur le compte bancaire afin de garantir le remboursement du prêt". Quant au paragraphe 23, il a été suggéré de le réviser de façon à parler des stocks et créances qui étaient acceptables comme sûreté.

Chapitre II. Objectifs fondamentaux (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, par. 27 à 36)

100. À propos du paragraphe 27, on a déclaré qu'il reflétait l'objectif global du projet et qu'il faudrait donc le développer de façon à parler aussi de l'impact économique du droit des opérations garanties. Le projet de guide, a-t-on dit, ne devait pas être un traité de droit comparé, mais devait comporter une analyse et des recommandations qui puissent favoriser l'accès aux marchés du crédit, en particulier dans les pays en développement. S'il a été convenu que l'impact économique de telle ou telle approche adoptée dans le projet de guide était une considération majeure, on a néanmoins déclaré que les résultats économiques d'une loi étaient difficiles à mesurer et, en tout état de cause, dépendaient également de l'infrastructure en place, y compris le système judiciaire et les mécanismes d'exécution, ce que montrait bien le paragraphe 2 du chapitre.

101. Il a été suggéré de faire référence, dans le paragraphe 28, aux obligations futures et éventuelles (voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, par. 9). À propos du paragraphe 30, il a été suggéré de le réviser de sorte qu'il précise que les dispositions impératives devraient être maintenues au minimum afin de préserver l'autonomie des parties. Il a, par ailleurs, été suggéré d'indiquer que le projet de guide ne l'emporterait pas sur la législation concernant la protection du consommateur au lieu de dire qu'il comporterait des dispositions sur la protection du consommateur.

102. On a fait observer, à propos de la dernière phrase du paragraphe 35, qu'il faudrait la réviser de façon à ce qu'il ressorte clairement qu'une sûreté devait pouvoir remplir sa principale fonction qui était d'aider le créancier garanti à recouvrer au moins une partie de sa créance dans une procédure d'insolvabilité. Cette suggestion a été appuyée, mais l'on a souligné que la version révisée devrait être compatible avec les travaux du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et prendre en compte des considérations concernant en particulier le redressement.

Chapitre VII. Priorité (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3)

A. Introduction (par. 1 à 5)

103. On a déclaré que l'introduction mettait suffisamment l'accent sur l'importance économique du concept de priorité mais qu'elle devrait aussi mieux expliquer les règles recommandées et faire apparaître leur lien avec les objectifs fondamentaux du projet de guide. On a par ailleurs fait observer que le concept de priorité devrait être défini de façon pragmatique afin de faciliter la concurrence entre fournisseurs de crédit et d'éviter une discrimination à leur encontre.

104. Il a aussi été suggéré de faire référence, aux paragraphes 2 et 4, à la recommandation figurant au paragraphe 89 concernant la modification conventionnelle du rang de priorité. Du point de vue de la rédaction, on a estimé que l'introduction devrait, grâce à des renvois aux sections suivantes, aider le lecteur à naviguer dans le chapitre.

B. Règles de priorité (par. 6 à 14)

105. On a suggéré de réviser les développements figurant au paragraphe 10 concernant les délais de grâce de façon à indiquer que de tels délais ne devraient être envisagés que si l'inscription ne pouvait intervenir avant la conclusion de la convention constitutive de sûreté ou avant le décaissement des fonds. Il a aussi été suggéré de supprimer le dernier exemple donné au paragraphe 10 car, dans la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription, le moment de la constitution était sans importance et l'exemple préjugeait la question du moment de la prise d'effet de l'inscription traitée au chapitre V (Publicité et inscription).

106. S'agissant du paragraphe 12, on a émis l'avis que, tant que le Groupe de travail ne serait pas parvenu à se mettre d'accord sur les règles de base applicables aux sûretés constituées sur les principaux éléments de l'actif commercial, la référence hors contexte à la notion de contrôle constituait une complication inutile et devrait donc être supprimée. On s'est élevé contre cette suggestion. À propos du paragraphe 13, on a suggéré de remplacer la référence à la notion de "perfection" par une référence à la publicité. On a également déclaré que le paragraphe devrait expliquer pourquoi la possession primait l'inscription.

C. Autres règles de priorité (par. 15 à 17)

107. Au sujet du paragraphe 17, on a estimé que ses développements sur la réserve de propriété n'étaient pas équilibrés. On a fait valoir, à l'appui de cette opinion: que le fait qu'il n'existait pas un modèle unique de réserve de propriété ne signifiait pas que celle-ci était inefficace; que la réserve de propriété n'entravait pas la concurrence et n'était pas plus coûteuse mais en fait plutôt moins coûteuse que d'autres opérations analogues; qu'il n'était pas facile, en particulier pour les pays en développement, d'établir un système d'inscription; et que le paragraphe 17 reposait sur une hypothèse irréaliste, celle de marchés nationaux fermés, et ne tenait pas compte des difficultés liées à l'inscription dans le pays du vendeur (problème de transparence) ou dans le pays de l'acheteur (coût pour le vendeur). Selon un autre

point de vue, exposé rapidement faute de temps, un juste équilibre avait été réalisé au paragraphe 17. On a déclaré que la transparence, la prévisibilité et la sécurité juridique devraient servir de critères pour évaluer les différentes approches.

D. Créanciers chirographaires (par. 19 et 20)

108. S'agissant du paragraphe 20, il a été suggéré d'y inclure une référence à la mise de côté d'un pourcentage des biens du débiteur pour le désintéressement des créanciers chirographaires. Les avantages et les inconvénients d'une telle approche devraient aussi être examinés. On a répondu que cette question était traitée au chapitre IX (Insolvabilité) et qu'un renvoi devrait donc suffire. Il a aussi été suggéré de fusionner les paragraphes 19 et 20 avec les parties consacrées aux privilèges et à l'insolvabilité. En réponse à cette suggestion, on a souligné que l'intention, aux paragraphes 19 et 20, était d'énoncer un principe de base, à savoir que les créanciers garantis primaient les créanciers chirographaires, et qu'il était renvoyé de façon appropriée aux sections suivantes qui traitaient des privilèges et de l'insolvabilité. On a, par ailleurs, fait observer que la priorité des créanciers garantis était un principe fondamental du projet de guide et que le paragraphe 20 devrait être révisé de sorte qu'il affirme ce principe clairement.

E. Sûretés mobilières en garantie du prix d'achat (par. 21 à 29)

109. Le Groupe de travail s'est dit satisfait du concept de sûreté mobilière en garantie du prix d'achat ainsi que de la description qui en était faite aux paragraphes 21 à 29. Il a été noté que les sûretés mobilières en garantie du prix d'achat étaient des sûretés à tous égards, si ce n'est qu'elles pouvaient bénéficier d'un superprivilège pour des raisons de politique générale. On a également constaté que ces sûretés remplissaient la même fonction économique que la réserve de propriété et la vente sous condition et que la mesure dans laquelle elles devaient être protégées relevait de la politique générale. Il a été dit que si ces sûretés devaient se voir accorder un droit de préférence dès leur constitution ("superprivilège"), les tiers devraient disposer d'un moyen objectif pour s'enquérir de leur existence.

110. Le Groupe de travail est convenu que ce type de sûreté devrait être consenti non seulement aux vendeurs mais également à d'autres créanciers finançant le prix d'achat (par exemple des organismes de financement). De l'avis général, dans les pays utilisant un mécanisme de réserve de propriété, le même résultat était obtenu par la cession de la créance du vendeur à un organisme de financement, ce qui revenait à transférer la réserve de propriété à cet organisme.

111. En réponse à une question, il a été déclaré que, dans les rares cas où un organisme de financement et un fournisseur finançaient l'achat des mêmes biens par l'acheteur, le législateur devrait prendre une décision de principe sur le point de savoir si ces deux créanciers devraient être payés proportionnellement ou si le fournisseur devrait bénéficier d'un droit de préférence.

112. En ce qui concerne la notification évoquée au paragraphe 28, il a été dit que celle-ci pourrait être renouvelable une fois et, afin d'éviter tout double financement, devrait être exigée avant livraison des biens au débiteur.

113. Dans le courant de la discussion, l'idée a été émise que le détenteur d'une sûreté en garantie du prix d'achat ne devrait pas être responsable du non-respect par le débiteur de l'engagement pris envers un tiers de ne pas grever les biens ("convention de non-constitution de gage"). Il a été dit que cette idée était exprimée dans les articles 9-1 et 18-3 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances.

114. À l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu que, d'une manière générale mais plus particulièrement à propos de cette question, l'accent devrait être mis sur les résultats économiques et non sur les techniques utilisées pour obtenir ces résultats ou sur les termes employés. Il a également été convenu de modifier le paragraphe 17 en conséquence.

F. Droit de revendication (par. 30 à 33)

115. Il a été noté que le droit de revendication était mentionné afin que les règles de priorité, recommandées dans le projet de guide, tiennent compte de tous les conflits éventuels et que les réclamants concurrents puissent ainsi déterminer leurs droits avec plus de certitude.

116. En réponse à une question, il a été déclaré que le droit de revendication était accordé par la loi à un vendeur lorsque celui-ci n'avait pas obtenu de sûreté ou de réserve de propriété. On a également fait observer que l'exercice du droit de revendication dans la pratique était limité car celui-ci était soumis à un délai (par exemple 10 jours après le transfert) et était en principe éteint lorsque les biens susceptibles d'être revendiqués étaient à nouveau transférés de l'acheteur initial à un acheteur subséquent. S'agissant du traitement du droit de revendication dans une procédure d'insolvabilité, il a été dit que, dans certains systèmes, celui-ci ne pouvait pas être opposé au représentant de l'insolvabilité alors que, dans d'autres, il pouvait l'être de la même manière que les sûretés. Il a été convenu que cette question devrait être traitée dans le projet de guide sur le droit de l'insolvabilité.

G. Acheteurs de biens grevés (par. 34 à 41)

117. Le secrétariat a été prié d'harmoniser la définition du terme "stocks" avec le contenu des paragraphes 34 à 41, qui se référaient au "cours normal des affaires" et non à "l'activité habituelle de l'entreprise".

118. En réponse à une question, il a été dit que seule la personne achetant les biens dans le cours normal des affaires du vendeur devrait être protégée et non les acheteurs subséquents ("acheteurs éloignés").

119. On a également estimé que les paragraphes 34 à 41 devraient préciser que l'acheteur était protégé s'il avait acquis les biens grevés dans le cours normal des affaires du vendeur ou si le créancier garanti ou le vendeur bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété avait autorisé la vente dans le cours normal des affaires. Il a également été dit que ces paragraphes devraient indiquer que, dans les deux cas, le créancier garanti conservait une sûreté sur le produit de la vente des biens grevés.

120. Après discussion, le secrétariat a été prié de revoir les paragraphes 1 à 41 du chapitre VII en tenant compte des vues exprimées et des propositions faites.

V. Travaux futurs

121. Le Groupe de travail a noté que, la prochaine session du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) (New York, 22 - 26 mars 2004) étant la dernière consacrée au projet de guide sur le droit de l'insolvabilité, il serait avantageux que sa prochaine session (New York, 29 mars - 2 avril 2004) et la session conjointe des deux groupes se tiennent avant la session du Groupe de travail V. Il a été convenu que le secrétariat devrait, en consultation avec la présidence des deux groupes de travail et les délégations, étudier la possibilité de modifier les dates des sessions des Groupes de travail V et VI, ainsi que celles de la session conjointe, qui pourrait se tenir le 26 mars 2004.

B. Rapport du Secrétaire général sur le projet de guide législatif sur les opérations garanties, document de travail soumis au Groupe de travail sur les sûretés à sa quatrième session

(A/CN.9/WG.VI/WP.9 et Add. 1 à 4, Add. 6 à 8) [Original: Anglais]

(A/CN.9/WG.VI/WP.9)

Remarques générales

1. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission avait examiné un rapport du Secrétaire général sur les travaux futurs possibles dans le domaine du droit des sûretés (A/CN.9/475). À cette session, elle était convenue que les sûretés constituaient un sujet important porté à son attention au moment opportun, compte tenu en particulier du lien étroit entre ces dernières et les travaux qu'elle menait dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Il avait été largement estimé que des lois modernes sur le crédit garanti pourraient avoir un fort impact sur l'offre et le coût du crédit et, par conséquent, sur le commerce international. Il avait aussi été largement estimé que de telles lois pourraient réduire les inégalités entre les parties des pays développés et celles des pays en développement dans l'accès à un crédit meilleur marché ainsi que dans les avantages qu'elles tiraient du commerce international. Il fallait toutefois que les lois établissent un équilibre approprié dans le traitement des créanciers privilégiés, garantis et chirographaires, pour être acceptées par les États. On avait également déclaré que, étant donné la divergence des politiques nationales, il serait souhaitable de faire preuve de souplesse en élaborant un ensemble de principes accompagnés d'un guide plutôt qu'une loi type. Par ailleurs, pour qu'une réforme du droit donne des résultats optimaux, y compris la prévention des crises financières, la réduction de la pauvreté et la facilitation du financement par l'emprunt comme moteur de la croissance économique, il faudrait que les travaux entrepris dans le domaine des sûretés soient coordonnés avec ceux qui étaient menés dans le domaine du droit de l'insolvabilité[1].

2. À sa trente-quatrième session en 2001, la Commission a examiné un autre rapport établi par son secrétariat (A/CN.9/496) et a estimé que des travaux devraient être entrepris en raison des incidences économiques bénéfiques de dispositions législatives modernes applicables au crédit garanti. Il a été déclaré que l'expérience avait démontré que des insuffisances dans ce domaine pouvaient avoir de très importants effets négatifs sur le système économique et financier d'un pays. Il a également été déclaré qu'un cadre juridique efficace et prévisible présentait des avantages macroéconomiques à court et à long terme. À court terme, à savoir en cas de crise du secteur financier dans un pays donné, un tel cadre était nécessaire, notamment dans l'optique de la réalisation des créances, pour aider les banques et autres établissements financiers à remédier à la détérioration de leurs créances grâce à des mécanismes d'exécution rapide et pour faciliter la restructuration des entreprises en offrant un moyen susceptible de créer des incitations en vue d'un financement provisoire. À plus long terme, un cadre juridique à la fois souple et efficace en matière de sûretés pouvait constituer un instrument utile pour accélérer

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 459.

la croissance économique. En effet, sans accès au crédit à des conditions abordables, il était impossible de promouvoir la croissance économique, la compétitivité et le commerce international, les entreprises étant dans l'incapacité de se développer pour réaliser tout leur potentiel[2].

3. Bien que certaines préoccupations aient été exprimées quant à la faisabilité de travaux dans le domaine du droit des sûretés, la Commission a noté qu'elles n'étaient pas largement partagées et a continué d'examiner la portée des travaux à entreprendre[3]. Il a été largement estimé que les travaux devraient être centrés sur les sûretés portant sur les biens meubles corporels faisant l'objet d'une activité commerciale, y compris les stocks. Il a été convenu que les valeurs mobilières ne devraient pas être traités. S'agissant des droits de propriété intellectuelle, il a été noté que les travaux dans ce domaine étaient moins nécessaires, que les questions étaient extrêmement complexes et que tous efforts pour les traiter devraient être coordonnés avec d'autres organisations, telles que l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)[4]. Pour ce qui est de la forme que devaient revêtir les travaux, la Commission a estimé qu'une loi type serait peut-être trop rigide et a pris note des suggestions formulées en faveur d'un ensemble de principes accompagnés d'un guide législatif qui comprendrait, si possible, des dispositions législatives types[5].

4. Après un débat, la Commission a décidé de charger un groupe de travail d'élaborer "un régime juridique efficace pour les sûretés sur les biens meubles corporels faisant l'objet d'une activité commerciale, y compris les stocks, et de recenser les questions à traiter, notamment la forme de l'instrument, la gamme exacte des biens qui pouvaient servir de garantie ..."[6]. Soulignant l'importance du sujet et la nécessité de consulter des praticiens et des organisations ayant des compétences dans le domaine, la Commission a recommandé la tenue d'un colloque de deux à trois jours[7].

5. À sa première session (New York, 20-24 mai 2002), le Groupe de travail VI (Sûretés) était saisi du premier projet préliminaire de guide législatif sur les opérations garanties, établi par le secrétariat (A/CN.9/WG.VI/WP.2 et Add.1 à 12), du rapport du colloque international de la CNUDCI et de la Commercial Finance Association (CFA) sur les opérations garanties, tenu à Vienne du 20 au 22 mars 2002 (A/CN.9/WG.VI/WP.3), et de commentaires de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (A/CN.9/WG.VI/WP.4). À cette session, le Groupe de travail a examiné les chapitres Ier à V et X (A/CN.9/WG.VI/WP.2 et Add.1 à 5 et 10), et a prié le secrétariat de revoir ces chapitres (A/CN.9/512, par. 12). À la même session, le Groupe de travail est convenu qu'il fallait faire en sorte, en coopération avec le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), que la question du régime applicable aux sûretés dans les procédures d'insolvabilité soit traitée conformément aux conclusions de ce dernier concernant les points de recoupement entre les travaux des deux groupes (voir A/CN.9/512, par. 88 et A/CN.9/511, par. 126 et 127).

---

[2] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), par. 351.
[3] Ibid., par. 352 à 354.
[4] Ibid., par. 354 à 356.
[5] Ibid., par. 357.
[6] Ibid., par. 358.
[7] Ibid., par. 359.

6. À sa trente-cinquième session, en 2002, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa première session (A/CN.9/512). Elle a exprimé ses remerciements au Groupe de travail pour l'avancement de ses travaux. Il a été généralement estimé que le projet de guide législatif constituait pour la Commission une excellente occasion d'aider les États à adopter des lois modernes sur les opérations garanties, ce qui était souvent considéré comme une condition nécessaire, mais pas suffisante à elle seule, pour accroître l'offre de crédit à des taux abordables et promouvoir ainsi les échanges internationaux de biens et de services, le développement économique et, en définitive, les relations amicales entre nations[8].

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

8. À l'issue d'un débat, la Commission a confirmé le mandat qu'elle avait confié au Groupe de travail à sa trente-quatrième session, à savoir élaborer un régime juridique efficace pour les sûretés sur les biens meubles corporels, y compris les stocks. Elle a également confirmé que ce mandat devait être interprété de manière large de façon à ce que l'on obtienne un produit suffisamment souple, devant prendre la forme d'un guide législatif[10].

9. À sa deuxième session (Vienne, 17-20 décembre 2002), le Groupe de travail a examiné les chapitres VI, VII et IX (A/CN.9/WG.VI/WP.2 et Add.6, 7 et 9) du premier avant-projet de guide sur les opérations garanties, élaboré par le secrétariat, et a prié ce dernier d'établir une version révisée de ces chapitres (voir A/CN.9/531, par. 15). À cette session également, conformément à des suggestions qui avaient été faites à la première session du Groupe de travail (voir A/CN.9/512, par. 65), les systèmes d'inscription des sûretés sur les biens meubles de Nouvelle-Zélande et de Norvège ont été présentés de façon informelle. Immédiatement avant cette session, les Groupes de travail V (Droit de l'insolvabilité) et VI (Sûretés) ont tenu leur première session commune (Vienne, 16 et 17 décembre 2002), au cours de laquelle la version révisée de l'ancien chapitre X (nouveau chapitre IX; A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5) consacré à l'insolvabilité a été examinée. À cette

---

8 Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n°17* (A/57/17), par. 202.
9 Ibid., par. 203.
10 Ibid., par. 204.

session, le secrétariat a été prié d'élaborer une version révisée de ce chapitre (voir A/CN.9/535, par. 8).

10. À sa troisième session (New York, 3-7 mars 2003), le Groupe de travail a examiné les chapitres VIII, XI et XII du premier avant-projet de guide sur les opérations garanties et les chapitres II et III de la deuxième version (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8, A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.11, A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.12, A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2 et A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3) et a prié le secrétariat d'établir une version révisée de ces chapitres (A/CN.9/532, par. 13). À cette session également, la loi slovaque sur les opérations garanties, récemment élaborée avec l'aide de la Banque mondiale et de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, a été présentée de façon informelle.

11. Les additifs au présent document introductif contiennent les chapitres III et V à XI du projet révisé de guide législatif sur les opérations garanties: chapitre III (Mécanismes de garantie): A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, chapitre V (Publicité et inscription): A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, chapitre VI (Priorité): A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, chapitre VII (Droits et obligations des parties avant défaillance): A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4, chapitre VIII (Défaillance et réalisation): A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.5, chapitre IX (Insolvabilité): A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, chapitre X (Conflit de lois): A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.7 et chapitre XI (Questions transitoires): A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.8.

12. Les autres chapitres figurent dans: chapitres I (Introduction), II (Objectifs fondamentaux) (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1) et IV (Constitution de sûretés) (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3).

A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1

Rapport du Secrétaire général sur le projet de guide législatif sur les opérations garanties, document de travail soumis au Groupe de travail sur les sûretés à sa quatrième session

Additif

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

Projet de guide législatif sur les opérations garanties 1-62

III. Principaux types de sûretés mobilières 1-62

A. Remarques générales 1-52

1. Introduction 1-2

2. Instruments traditionnellement conçus pour servir de sûreté mobilière 3-28

a. Les sûretés sur les biens meubles corporels 3-23

b. Les sûretés sur les biens meubles incorporels 24-28

3. L'utilisation de la propriété à titre de sûreté 29-45

a. Le transfert de propriété au créancier 30-34

b. La réserve de propriété au profit du créancier 35-45

4. Une sûreté mobilière globale et intégrée 46-52

B. Résumé et recommandations 53-62

III. Principaux types de sûretés mobilières

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Au fil du temps, des pratiques très diverses ont vu le jour dans différents pays pour garantir des créances (généralement de sommes d'argent) sur un débiteur. Le présent chapitre a pour objet de passer en revue les principaux mécanismes permettant au créancier de disposer d'une sûreté mobilière effective, d'exposer les avantages et les inconvénients de chaque mécanisme à la fois pour les parties directement intéressées, c'est-à-dire le créancier et le débiteur, et pour les tiers, et de dégager les grandes options qui s'offrent au législateur.

2. Schématiquement, on peut distinguer trois grands types d'instruments utilisés à des fins de sûreté: premièrement, les instruments spécialement conçus à cette fin,

c'est-à-dire les sûretés mobilières (voir sect. A.2); deuxièmement, les instruments reposant sur l'utilisation de la propriété dans le cadre de divers types d'arrangements contractuels (voir sect. A.3); et, troisièmement, une sûreté mobilière globale et intégrée (voir sect. A.4).

2. Instruments traditionnellement conçus pour servir de sûreté mobilière

a. Les sûretés sur les biens meubles corporels

3. Traditionnellement, la plupart des pays font une distinction entre les sûretés réelles qui portent sur des biens meubles corporels (voir sect. A.2.a) et celles qui portent sur des biens meubles incorporels (voir sect. A.2.b). En fait, les biens corporels donnent lieu à des formes de sûreté auxquelles ne se prêtent pas les biens incorporels (voir par. 8 et 25 et 26).

4. En ce qui concerne les sûretés sur les biens meubles corporels, la plupart des pays établissent une distinction entre les sûretés avec dépossession (voir sect. A.2.a.i) et les sûretés sans dépossession (voir section A.2.a.ii), selon que les biens grevés sont mis en possession du créancier ou d'un tiers ou que le constituant (en règle générale, le débiteur mais il peut aussi s'agir d'un tiers) garde la possession.

i. La sûreté mobilière avec dépossession

a) Le gage

5. La forme de sûreté sur les biens meubles corporels avec dépossession de loin la plus courante (et aussi la plus ancienne) est le gage. Pour que le gage soit valable, il faut que le constituant se défasse effectivement du bien engagé et que celui-ci soit remis au créancier gagiste ou à un tiers convenu par les parties (par exemple un entrepôt). Le détenteur effectif peut aussi être un mandataire ou un fiduciaire qui détient la sûreté au nom, ou au moins pour le compte, du créancier ou d'un syndicat de créanciers. La dépossession du constituant doit non seulement intervenir au moment de la constitution du gage, mais doit aussi être maintenue pendant toute la durée de ce dernier. En général, la restitution du bien engagé au constituant éteint le gage.

6. La dépossession n'implique pas toujours l'enlèvement physique des biens engagés des locaux du constituant, à condition que ce dernier soit empêché d'y accéder par d'autres moyens, comme par exemple la remise au créancier gagiste des clefs de l'entrepôt dans lequel ces biens sont stockés, à condition que le constituant ne puisse y accéder sans autorisation.

7. La dépossession du constituant peut aussi s'effectuer par remise des biens engagés à un tiers ou par l'utilisation de biens déjà détenus par un tiers. C'est le cas, par exemple, de marchandises ou de matières premières stockées dans un entrepôt ou un réservoir appartenant à un tiers. Un arrangement institutionnel (et plus coûteux) peut faire intervenir une société "d'entreposage" indépendante, qui exerce un contrôle dans l'établissement du constituant sur les biens engagés en qualité de mandataire du créancier gagiste. Pour que cet arrangement soit valable, il ne faut pas que le constituant puisse accéder sans autorisation à l'entrepôt dans lequel sont stockés les biens engagés. En outre, les employés de la société d'entreposage ne

doivent pas travailler pour le constituant (s'ils sont recrutés parmi son personnel, en raison de leurs connaissances spécialisées, ils doivent cesser de travailler pour lui).

8. Dans le cas de biens de nature spéciale, tels que des documents et des instruments (négociables ou non) représentant des droits sur des biens corporels (par exemple les connaissements ou les récépissés d'entrepôt) ou incorporels (par exemple les instruments négociables, les obligations ou les titres d'actions), la dépossession s'effectue par remise des documents ou des instruments au créancier gagiste. Toutefois, dans ce contexte, il n'est pas toujours facile de faire la distinction entre sûretés avec dépossession et sûretés sans dépossession.

9. Le gage avec dépossession, du fait précisément de la dépossession du constituant, présente trois avantages importants pour le créancier gagiste. Premièrement, celui-ci doit donner son consentement pour que le constituant puisse disposer des biens engagés. Deuxièmement, il ne court pas le risque de voir lesdits biens se déprécier parce que le constituant en aurait négligé la conservation ou l'entretien. Troisièmement, si la réalisation devient nécessaire, il se voit épargner les soucis, la perte de temps, les dépenses et le risque auxquels il s'exposerait s'il devait réclamer au constituant la délivrance des biens engagés.

10. Le gage avec dépossession présente également des avantages pour les tiers, en particulier les autres créanciers du constituant. La dépossession de ce dernier permet de ne pas créer une apparence trompeuse de richesse et réduit le risque de fraude.

11. Mais le gage avec dépossession a aussi de gros inconvénients. Pour le constituant, le principal est l'obligation de dépossession, qui l'empêche d'utiliser les biens engagés. Cet inconvénient est particulièrement gênant lorsque la possession est nécessaire à un constituant commercial pour générer les recettes qui lui permettront de rembourser le prêt (comme c'est le cas, par exemple, de matières premières, de produits semi-finis, de matériel et de stocks).

12. Pour le créancier gagiste, l'inconvénient du gage avec dépossession est qu'il l'oblige à entreposer, conserver et entretenir les biens engagés, sauf si un tiers s'en charge. Lorsque lui-même n'est ni capable d'accomplir ces tâches ni disposé à le faire, le recours à des tiers entraîne des frais supplémentaires qui seront supportés directement ou indirectement par le constituant. Un autre inconvénient est que le créancier gagiste peut être tenu responsable des dommages causés par les biens engagés pendant qu'ils sont en sa possession. Ce problème est particulièrement grave en cas de contamination de l'environnement (voir chap. IV, par. ..., et chap. VII, par. ...).

13. Toutefois, lorsque les parties peuvent éviter les inconvénients mentionnés ci-dessus (voir par. 11 et 12), le gage avec dépossession peut être utilisé avec succès. Il a deux principaux domaines d'application: le premier lorsque les biens engagés sont déjà détenus par un tiers ou peuvent facilement être mis en sa possession, en particulier s'il s'agit d'une entreprise qui assure commercialement la garde des biens d'autrui; le second lorsque des instruments et documents représentant des biens meubles corporels ou des droits incorporels peuvent facilement être gardés par le créancier gagiste lui-même.

b) Le droit de rétention

14. Il ne sera pas question ici des droits de rétention légaux car, à quelques exceptions près, les droits conférés par la loi n'entrent pas dans le champ d'application du présent Guide (voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, par. 8). Un droit de rétention conventionnel autorise une partie dont le cocontractant manque à son obligation de s'abstenir d'exécuter sa propre obligation et, en particulier, de retenir une chose qui devrait, en vertu du contrat, être remise à l'autre partie. Par exemple, une banque n'a pas à remettre des titres représentatifs, tels que des connaissements, ou des instruments négociables, tels que des lettres de change ou des billets à ordre, qu'elle détient pour son client ni à permettre des retraits sur le compte du client, si celui-ci n'a pas remboursé un crédit et avait convenu d'accorder à la banque un droit de rétention. Lorsqu'un tel droit de rétention est assorti d'un pouvoir valable de vendre la chose retenue, certains systèmes juridiques le considèrent comme un gage, bien que les modalités de création diffèrent de celles du gage à proprement parler (voir par. 5 à 8). À défaut, le droit de rétention ainsi renforcé peut être considéré comme produisant certains des effets du gage. La conséquence la plus importante d'une telle assimilation au gage est que le créancier en possession jouit d'un droit de préférence sur la chose retenue, à moins qu'il n'existe sur elle une sûreté sans dépossession effective antérieurement constituée.

ii. La sûreté mobilière sans dépossession

15. Comme on l'a noté plus haut (voir par. 11), un gage avec dépossession sur des biens meubles corporels qui sont nécessaires pour la production ou la vente (tels que du matériel, des matières premières, des produits semi-finis et des stocks) est économiquement irréaliste. Le constituant a besoin de ces biens pour son activité commerciale. S'il n'y a pas accès et n'a ni le droit ni la faculté d'en disposer, il sera incapable de générer les recettes qui lui permettront de rembourser le prêt. Ce problème est particulièrement critique pour les constituants commerciaux de plus en plus nombreux qui ne possèdent pas d'immeubles pouvant servir de garantie.

16. Aussi a-t-on vu apparaître dans les législations, en particulier ces 50 dernières années, des sûretés mobilières qui sortent des limites étroites du gage avec dépossession. Certains pays ont introduit une nouvelle sûreté englobant divers arrangements pris à des fins de garantie, tandis que d'autres ont instauré dans leur législation une sûreté sous la forme d'un gage sans dépossession pour certains types de biens. Toutefois, la plupart des pays, perpétuant la tradition du XIXe siècle (qui méconnaissait une attitude antérieure plus libérale), ont insisté sur le "principe du gage" comme seule méthode légitime de constitution d'une sûreté mobilière. Au XXe siècle, les législateurs et les tribunaux de nombre de ces pays en sont venus à reconnaître la nécessité économique urgente d'instituer des sûretés mobilières sans dépossession.

17. Les différents pays ont essayé de trouver des formules appropriées en fonction des besoins locaux et en conformité avec le cadre général de leur système juridique. Il en résulte une grande diversité de solutions, dont témoigne la multiplicité des dénominations de ces institutions, parfois à l'intérieur d'un seul et même pays, par exemple: dépossession "fictive" du constituant; gage sans dépossession; droit de gage inscrit au registre; nantissement; warrant; hypothèque; "privilège contractuel"; acte de vente; hypothèque mobilière et fiducie. Plus pertinent est le champ d'application limité des mécanismes adoptés. Seuls quelques pays ont pris une loi

générale régissant la sûreté mobilière sans dépossession (pour plus de détails, voir la section A.4). Certains ont une double législation sur les sûretés mobilières sans dépossession, l'une traitant du financement garanti des entreprises industrielles et artisanales, l'autre du financement garanti des entreprises des secteurs de l'agriculture et de la pêche. Dans la plupart des pays, toutefois, il existe diverses lois sur ce type de sûretés visant uniquement de petits secteurs de l'économie, comme l'acquisition d'automobiles ou de matériel, ou la production de films.

18. Certains pays hésitent même à autoriser la constitution de sûretés sans dépossession sur des stocks. Cela tient parfois à une prétendue incompatibilité entre, d'un côté, la sûreté du créancier et, de l'autre, le droit et la faculté du constituant de vendre qui sont indispensables pour convertir les stocks en liquidités afin de rembourser un prêt garanti. Une autre raison est que la disposition des stocks donnera souvent lieu à de délicats conflits entre de multiples cessionnaires ou de multiples créanciers garantis. Une autre raison encore de ne pas autoriser les sûretés sans dépossession sur des stocks peut découler d'une décision de politique générale de réserver les stocks au désintéressement des créanciers chirographaires du constituant (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, par. ...).

19. Pour diverses que soient les législations prévoyant des sûretés mobilières sans dépossession, elles ont un trait commun: elles exigent en général une forme ou une autre de publicité. L'objet de cette publicité est d'éviter que le caractère non-visible des sûretés sur les biens que détient le constituant ne lui donne une apparence trompeuse de richesse (pour plus de détails sur cette question, voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, par. ...). On fait souvent valoir que, dans une économie moderne reposant sur le crédit, les parties peuvent supposer que les biens risquent d'être grevés ou soumis à une réserve de propriété. Ces suppositions générales toutefois ne peuvent que renchérir le crédit, même si les biens en possession de la personne sont sa propriété et ne sont pas grevés (risque qui ne peut être que partiellement évité au prix d'une recherche longue et coûteuse). De plus, ces suppositions ne protègent pas suffisamment le créancier garanti ou les autres tiers, puisqu'elles ne permettent de connaître ni le nom du propriétaire ou du créancier garanti antérieur ni le montant garanti, pas plus qu'elles ne renseignent sur le bien grevé. Qui plus est, un système fondé sur de telles suppositions générales n'offre aucune base objective pour établir un classement des sûretés constituées sur les mêmes biens, les constituants risquant ainsi de ne pouvoir mettre à profit la valeur intégrale de leurs biens pour obtenir un crédit.

20. Il semble nécessaire de réduire l'écart entre la demande économique générale de sûretés mobilières sans dépossession et l'accès souvent limité à de telles sûretés qu'offrent les législations actuelles. L'un des principaux objectifs de la réforme du droit des opérations garanties est de proposer des améliorations dans le domaine des sûretés mobilières sans dépossession et dans le domaine connexe des sûretés sur les biens meubles incorporels (voir sect. A.2.b).

21. Bien que les régimes modernes prouvent que les difficultés peuvent être surmontées, l'expérience montre que la législation sur les sûretés mobilières sans dépossession est plus complexe que celle sur le gage traditionnel avec dépossession. Cela tient principalement aux quatre grandes caractéristiques ci-après de ces sûretés. Premièrement, puisqu'il conserve la possession, le constituant a la faculté de disposer des biens grevés ou de créer sur eux un droit concurrent, même contre la volonté du créancier garanti. Cette situation exige l'adoption de règles concernant

les effets et le rang de priorité de tels actes de disposition (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, Priorité). Deuxièmement, le créancier garanti doit s'assurer que le constituant en possession prend soin des biens grevés, les assure comme il se doit et les protège afin de préserver leur valeur commerciale, questions qui doivent toutes être traitées dans la convention constitutive de sûreté entre le créancier garanti et le débiteur (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4, Droits et obligations des parties avant défaillance). Troisièmement, si la réalisation de la sûreté devient nécessaire, le créancier garanti préférera généralement que les biens grevés lui soient remis. Toutefois, si le constituant ne veut pas s'en séparer, il pourrait être nécessaire d'engager une procédure judiciaire ou extrajudiciaire. Il faudra peut-être prévoir des voies de droit appropriées et éventuellement une procédure accélérée (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.5, Défaillance et réalisation). Quatrièmement, l'apparence trompeuse de richesse que donnent au constituant les sûretés "occultes" créées sur les biens détenus par lui devra probablement être combattue par diverses formes de publicité. Toutefois, dans les économies modernes reposant sur le crédit, ce problème a de moins en moins d'importance car nul n'ignore que la possession ne signifie pas que le possesseur est propriétaire ou que le bien n'est pas grevé (ceci a cependant un coût, voir par. 19) ou dans la mesure où les sûretés sont soumises à publicité (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, Publicité).

22. Étant donné la nécessité économique généralement reconnue de sûretés mobilières sans dépossession et les différences fondamentales entre sûretés avec et sans dépossession mentionnées ci-dessus (voir par. 21), une nouvelle législation sera nécessaire dans de nombreux pays.

23. Compte tenu des modèles législatifs mentionnés plus haut (voir par. 16 à 19), le législateur a sans doute le choix entre trois possibilités. La première serait d'adopter une législation intégrée applicable à la fois aux sûretés avec dépossession et aux sûretés sans dépossession (voir sect. A.4). C'est l'approche – mûrement réfléchie – qui a été retenue dans la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières, adoptée en février 2002. La deuxième serait d'adopter une législation intégrée pour les sûretés sans dépossession, le régime des sûretés avec dépossession étant traité à part. Et la troisième serait d'adopter une législation spéciale autorisant les sûretés sans dépossession pour l'octroi de crédits aux débiteurs de branches d'activité particulières. La tendance dominante de la législation moderne, au niveau national comme au niveau international, est à l'adoption d'une approche intégrée, au moins pour ce qui est des sûretés sans dépossession. Une réglementation sélective de types particuliers de sûretés sans dépossession risque d'aboutir à des lacunes, à des chevauchements, à des incohérences et à un manque de transparence, et de mécontenter les secteurs d'activité qui pourraient être exclus. Une telle réglementation rend également plus difficile la résolution des conflits de priorité entre sûretés avec dépossession et sûretés sans dépossession.

b. Les sûretés sur les biens meubles incorporels

24. Les biens meubles incorporels englobent des droits très divers (par exemple, le droit au paiement d'une somme d'argent ou à l'exécution d'une autre obligation contractuelle, comme la livraison de pétrole dans le cadre d'un contrat de production). Ils comprennent certains types de biens relativement nouveaux (par exemple, les titres dématérialisés, détenus indirectement par un intermédiaire) et les droits de propriété intellectuelle (c'est-à-dire les brevets, marques commerciales et

droits d'auteur). Étant donné l'importance économique considérable qu'ont pris ces dernières années les biens meubles incorporels, il est de plus en plus demandé de les utiliser comme sûreté mobilière. Des biens meubles incorporels, tels que des créances de sommes d'argent et des droits de propriété intellectuelle, interviennent souvent dans les opérations de financement de stocks ou de matériel, et constituent souvent l'essentiel de la valeur de la sûreté. De plus, des biens meubles incorporels peuvent être le produit de stocks ou de matériel. Le présent Guide ne traite pas des valeurs mobilières car elles soulèvent toute une série de questions qui exigent un traitement spécial et qui font l'objet de textes en cours d'élaboration à l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) et à la Conférence de La Haye de droit international privé. Il traite en revanche des sûretés constituées sur des créances de sommes d'argent, c'est-à-dire le droit de réclamer le paiement d'une somme d'argent, et sur les droits de réclamer l'exécution d'une obligation contractuelle non monétaire, ainsi que des sûretés constituées sur d'autres types de meubles incorporels comme le produit de biens meubles corporels ou de créances de sommes d'argent.

25. Par définition, les biens meubles incorporels échappent à toute possession (matérielle). Néanmoins, la plupart des codes des pays dits de "droit romain" traitent de la constitution de gages avec dépossession (voir par. 5 à 13) au moins sur des créances de sommes d'argent. Certains ont essayé d'instituer un semblant de dépossession en exigeant du constituant qu'il transfère au créancier tout écrit ou document relatif à la créance engagée (par exemple le contrat dont elle découle). Un tel transfert ne suffit toutefois pas à constituer le gage. Dans de nombreux pays, un substitut (quelque peu artificiel) de la "dépossession" du constituant consiste à exiger que soit donné à ce dernier une notification du gage.

26. Certains pays ont mis au point des techniques qui donnent des résultats comparables à ceux de la possession de biens meubles corporels. La plus radicale est le transfert intégral du droit grevé (ou de la partie grevée du droit) au créancier garanti. Ce faisant, toutefois, cette technique va au-delà de la constitution d'une sûreté et équivaut à un transfert de propriété (voir sect. A.3.a). Suivant une approche plus modérée, la propriété des droits grevés n'est pas affectée, mais les actes de disposition du constituant qui ne sont pas autorisés par le créancier garanti sont bloqués. Dans le cas d'un compte bancaire, si le constituant (créancier du compte grevé), en tant que détenteur de ce compte, accepte que celui-ci puisse être bloqué en faveur du créancier garanti, ce dernier a l'équivalent de la possession d'un bien meuble corporel. Cela est encore plus vrai si c'est la banque qui est le créancier garanti.

27. Dans la terminologie moderne, ces techniques d'obtention de la "possession" de biens incorporels sont à juste titre dénommées "contrôle". Toutefois, le degré de contrôle peut être variable. Dans certains cas, il est absolu et tout acte de disposition du constituant est impossible. Dans d'autres, le constituant est autorisé à effectuer certains actes de disposition, notamment jusqu'à concurrence d'un maximum fixé, à condition que le créancier garanti ait accès au compte. Le contrôle peut être une condition de la validité d'une sûreté (voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, par. 66 et 68) ou d'un droit de préférence (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, par. ...).

28. Dans le cadre des efforts déployés pour créer des régimes globaux de sûretés sans dépossession sur les biens meubles corporels (voir sect. A.2.a), il est courant que les sûretés sur les types de biens meubles incorporels les plus importants (par

exemple, les créances de sommes d'argent) soient intégrées au même régime juridique. Cette approche a le mérite de la cohérence car la vente de stocks donne, en règle générale, naissance à de telles créances et il est souvent souhaitable d'étendre la sûreté constituée sur les stocks au produit de leur vente. Le système de publicité utilisé pour les sûretés sur biens meubles corporels peut également être utile (pour plus de détails, voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, Publicité) pour les sûretés sur biens meubles incorporels, telles que les créances de sommes d'argent. Cette approche peut avoir comme autre mérite de rendre inutile la notification au débiteur des créances grevées, ce qui dans certaines opérations de constitution de sûreté faisant intervenir un ensemble de biens dont les composantes ne sont pas précisément identifiées pourrait être impossible. Même dans les cas où une telle notification est possible, il se peut qu'elle ne soit pas souhaitable (par exemple pour des raisons de coût ou de confidentialité).

3. L'utilisation de la propriété à titre de sûreté

29. Outre les instruments conçus spécifiquement pour servir de sûretés mobilières (voir sect. A.2), la pratique et parfois aussi la législation, dans de nombreux pays, ont mis au point un autre type de sûreté sans dépossession sur des biens meubles corporels et incorporels: la propriété-sûreté. Celle-ci peut être constituée par le transfert de la propriété au créancier (voir sect. A.3.a) ou par la réserve de propriété en faveur de ce dernier (sect. A.3.b). Aussi bien le transfert de propriété que la réserve de propriété permettent au créancier d'obtenir une sûreté sans dépossession (pour la nécessité économique et la justification des sûretés sans dépossession, voir par. 15).

a. Le transfert de propriété au créancier

30. En l'absence d'un régime de sûretés mobilières sans dépossession, ou pour combler les lacunes ou surmonter certains obstacles, les tribunaux et les législateurs de certains pays ont eu recours au transfert de la propriété des biens au créancier garanti.

31. Dans certains systèmes juridiques, le transfert de propriété à titre de sûreté intéresse les créanciers pour deux raisons. La première est que les conditions de forme et de fond d'un transfert de propriété de biens meubles corporels ou incorporels à une autre personne sont souvent moins strictes et, partant, entraînent moins de frais que les conditions requises pour constituer une sûreté mobilière. La seconde est qu'en cas de réalisation et en cas d'insolvabilité du débiteur, un créancier se trouve souvent dans une meilleure position en tant que propriétaire qu'en tant que détenteur d'une simple sûreté, en particulier lorsque les biens du propriétaire, quoiqu'en la possession du constituant, ne tombent pas dans la masse de l'insolvabilité alors que les biens du constituant, s'ils sont simplement grevés d'une sûreté en faveur du créancier, entrent dans cette masse. Dans d'autres systèmes juridiques, la différence entre la propriété-sûreté et les sûretés mobilières s'agissant des formalités de constitution ou de réalisation exigées a été gommée au point que les mécanismes de transfert de la de propriété sont soumis aux mêmes conditions que la constitution des sûretés mobilières proprement dites. Dans d'autres systèmes encore, les transferts à titre de sûreté sont soumis aux règles applicables aux transferts de propriété, tandis qu'en cas de réalisation et d'insolvabilité, ils sont traités comme des mécanismes de sûreté.

32. Le transfert de propriété à titre de sûreté a été autorisé par la loi dans certains pays et par la jurisprudence dans d'autres. Dans certains pays, la constitution d'une telle sûreté est soumise aux règles les moins contraignantes régissant les transferts de propriété et a l'effet d'un transfert de propriété complet. Dans d'autres, elle est soumise aux règles les plus strictes régissant les sûretés mobilières et n'a que l'effet d'une opération garantie. Dans d'autres pays encore, en particulier ceux de droit romain, ces transferts de propriété sont considérés comme un contournement du régime ordinaire des sûretés mobilières à proprement parler et sont donc tenus pour nuls. Dans les pays disposant d'un régime global et efficace de sûretés mobilières sans dépossession, le transfert de propriété existe mais est traité comme un simple mécanisme de sûreté (voir sect. 4), ce qui signifie que les règles de constitution, de publicité, de priorité et de réalisation sont les mêmes que pour les sûretés (en cas d'insolvabilité, les biens entrent dans la masse; voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, par. ...).

33. Le législateur a le choix entre deux possibilités. La première est d'autoriser le transfert de propriété à titre de sûreté en le soumettant aux conditions (généralement) moins strictes régissant le transfert intégral et en lui attribuant les effets plus importants de ce dernier (en cas d'insolvabilité, les biens n'entrent pas dans la masse; voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, par. 11), ce qui évite le régime général des sûretés mobilières. Cette possibilité a pour résultat de renforcer la position du créancier garanti (au risque cependant d'accroître sa responsabilité; voir chap. IV, par. ...) tout en affaiblissant celle du constituant et de ses autres créanciers. Cette solution peut se comprendre si le régime ordinaire des sûretés sans dépossession est peu développé.

34. La seconde possibilité est d'autoriser le transfert de propriété à titre de sûreté, mais en en limitant les conditions ou les effets, ou les deux à la fois, à ceux d'une simple sûreté. Ainsi, une réduction graduée des avantages pour les créanciers garantis et des inconvénients correspondants pour les autres parties est possible, en particulier si les conditions d'un transfert ou ses effets, ou bien les deux, sont les mêmes que ceux d'une sûreté. C'est l'approche qu'ont adoptée les pays disposant d'un régime de sûretés mobilières global et intégré, dans lequel le transfert de la propriété est possible tout en étant soumis aux mêmes règles que les sûretés (voir sect. 4).

b. La réserve de propriété au profit du créancier

35. Le droit de propriété est également utilisé à titre de sûreté dans le cadre d'une opération couramment appelée "financement du prix d'achat" (pour une description et un exemple, voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, par. 16 à 19). Cette seconde méthode consiste à ménager une réserve contractuelle de ce droit (la réserve de propriété). Le vendeur ou un autre prêteur de l'argent nécessaire à l'achat de biens meubles corporels, voire incorporels, peut rester propriétaire jusqu'à complet paiement du prix d'achat (réserve de propriété simple).

36. Dans certains pays, la réserve de propriété simple peut revêtir diverses formes, notamment celle de clauses "toutes créances" ou "compte-courant", dans lesquelles le vendeur conserve la propriété jusqu'à ce que l'acheteur ait réglé toutes ses dettes envers lui et non pas simplement celles découlant du contrat de vente en question, ainsi que de clauses qui confèrent au vendeur également la propriété du produit et de la production issus des biens grevés de la réserve de propriété.

37. Une autre formule aboutissant au même résultat économique que la réserve de propriété consiste à assortir un contrat de bail d'une option d'achat (pour un prix symbolique) qui ne peut être exercée par le preneur qu'une fois payée la majeure partie du "prix d'achat" sous forme de loyer par versements échelonnés (voir l'exemple donné dans A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, par. 20). Dans certains cas, lorsque le crédit-bail porte sur la durée d'utilisation du matériel, il équivaut à une réserve de propriété même sans option d'achat. Dans les paragraphes suivants, du moins en ce qui concerne le crédit-bail utilisé à titre de sûreté, les termes "vendeur" et "acheteur" recouvrent respectivement les termes "bailleur" et "preneur".

38. Économiquement, une clause de réserve de propriété fournit une sûreté particulièrement bien adaptée aux besoins des vendeurs pour garantir les crédits de financement du prix d'achat, et elle est donc largement utilisée par eux. Dans de nombreux pays, ce type de crédit, généralement octroyé par les fournisseurs, remplace très souvent le financement bancaire ordinaire et bénéficie d'un statut privilégié étant donné l'importance pour l'économie des petits et moyens fournisseurs. Dans d'autres pays, il est plus fréquent que les banques financent le prix d'achat; par exemple, le vendeur vend à une banque, qui elle-même vend à un acheteur avec réserve de propriété, ou encore l'acheteur paie le vendeur au comptant grâce à un prêt et transfert la propriété à la banque en garantie du prêt. Dans ces pays, cette source de crédit et la sûreté spécifique qui l'accompagne font l'objet d'une attention particulière.

39. Du fait qu'elle trouve son origine dans une clause d'un contrat de vente ou de crédit-bail, de nombreux pays considèrent la réserve de propriété comme une simple quasi-sûreté, qui n'est donc pas soumise aux règles générales applicables aux sûretés mobilières, telles que celles concernant les conditions de forme, la publicité ou les effets (principalement la priorité). Un autre avantage est que la réserve de propriété peut être constituée à moindres frais car, dans de nombreux pays, elle n'est pas soumise à publicité. Elle est en outre bien adaptée au financement à court terme et, dans certains pays, confère un droit réel à l'acheteur. Dans les pays qui autorisent la création de sûretés sans dépossession uniquement sur certains types de biens, mais pas sur les stocks, elle est utilisée pour le financement d'achat de stocks. Un autre avantage encore est que le vendeur se réservant la propriété jouit, dans de nombreux pays, d'un privilège, qui peut se justifier par la volonté de soutenir les fournisseurs qui sont normalement de petites ou moyennes entreprises et de promouvoir le financement du prix d'achat par les fournisseurs plutôt que par le crédit bancaire ordinaire. Ce privilège peut aussi se justifier par le fait que le vendeur, en se séparant des biens vendus sans en avoir reçu paiement, augmente l'ensemble des biens du constituant et a besoin d'une protection.

40. Les clauses de réserve de propriété présentent aussi certains inconvénients. La position de l'acheteur et de ses créanciers se trouve affaiblie et, en l'absence de publicité, les tiers doivent se fier aux déclarations de l'acheteur ou perdre du temps et de l'argent pour recueillir des informations auprès d'autres sources. Un autre inconvénient est que la réserve de propriété empêcherait l'acheteur d'utiliser les biens achetés pour consentir une sûreté de deuxième rang à un autre créancier ou du moins rendrait difficile la constitution d'une telle sûreté. Un autre inconvénient encore est que la réalisation par les autres créanciers de l'acheteur est impossible ou difficile sans le consentement du vendeur. Ces différentes raisons expliquent que, dans certains pays, les clauses de réserve de propriété sont traitées comme les

sûretés mobilières à tous égards tandis que, dans d'autres, elles ne le sont que pour certains aspects (par exemple, elles sont soumises à publicité mais bénéficient d'un privilège spécial). Dans d'autres pays encore, les clauses de réserve de propriété sont sans effet à l'égard des tiers en général ou uniquement si elles concernent certains biens, comme les stocks, le principe étant que la réserve de propriété dont bénéficie le vendeur est incompatible avec l'octroi par ce dernier à l'acheteur du droit et du pouvoir de disposition de ces stocks.

41. Plusieurs options peuvent être envisagées. L'une est de conserver le caractère spécial de la réserve de propriété comme mécanisme de transfert de la propriété. Ainsi, la réserve de propriété ne serait soumise à aucune condition de forme ou publicité. Elle pourrait garantir des créances autres que le prix d'achat et porter également sur la production et le produit issus du bien réservé. Le vendeur pourrait, en cas de non-paiement de la fraction du prix d'achat restant à verser, se faire remettre les biens par l'acheteur et en disposer en tant que propriétaire, sans rien devoir à ce dernier, à l'exception de toute partie du prix déjà payée. De même, si l'acheteur devenait insolvable, l'administrateur de l'insolvabilité devrait régler la fraction du prix d'achat restée impayée pour obtenir la propriété. S'il choisit de ne pas payer, le vendeur pourrait se faire restituer les biens en tant que propriétaire ou exiger paiement de la fraction manquante (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, par. ...). Une autre option légèrement différente serait de préserver le caractère spécial de la clause de réserve de propriété mais d'en limiter les effets à savoir qu'elle servirait à garantir uniquement le paiement du prix d'achat du bien visé à l'exclusion de tout autre crédit et ne porterait que sur le bien acheté à l'exclusion du produit ou de la production issus de ce bien.

42. Une autre option encore consisterait à intégrer la réserve de propriété dans le régime ordinaire des sûretés mobilières. Les règles de constitution, de publicité, de priorité et de réalisation, même en cas d'insolvabilité de l'acheteur (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, par. ...) seraient ainsi les mêmes pour la réserve de propriété que pour les sûretés sans dépossession. Dans cette solution, pour les raisons mentionnées plus haut (voir par. 38), il serait possible d'accorder certains avantages au vendeur (par exemple, un droit de préférence à compter de la conclusion du contrat de vente dans lequel figure la clause de réserve de propriété ou à compter de la livraison). Une autre option encore serait de mettre la réserve de propriété exactement sur le même plan que n'importe quelle autre sûreté sans dépossession (sans octroyer aucun privilège au vendeur).

43. Les deux premières options mentionnées plus haut (voir par. 41) préserveraient, ou créeraient, un régime spécial pour la réserve de propriété en dehors d'un régime global de sûretés mobilières sans dépossession. Les clauses de réserve de propriété prendraient la forme de clauses spéciales dans les contrats de vente et le vendeur aurait un droit de préférence sur les autres créanciers de l'acheteur en cas de réalisation ou en cas d'insolvabilité de ce dernier. En particulier, la première option confère au vendeur (ou autre personne finançant le prix d'achat) des privilèges étendus, ce qui constitue un inconvénient pour les autres créanciers concurrents de l'acheteur, notamment en cas de réalisation et d'insolvabilité. Aucune publicité n'étant exigée, toutefois, les créanciers potentiels devraient prendre en compte dans leurs conditions de crédit le risque que les biens affectés en garantie soient soumis à une clause de réserve de propriété, ce qui pourrait avoir des conséquences négatives pour l'offre de crédit et le coût du crédit.

44. Les deux dernières options mentionnées plus haut (voir par. 42) correspondent davantage à un régime global de sûretés mobilières. Dans la législation sur les opérations garanties, la réserve de propriété serait traitée comme un mécanisme de sûreté. Dans d'autres législations (par exemple, la législation fiscale), elle pourrait demeurer un mécanisme de transfert de la propriété. La première option, en particulier, reconnaît que le vendeur qui vend à crédit mérite une certaine position privilégiée (il peut par exemple avoir un droit de préférence à compter de la conclusion de l'opération de vente correspondante), puisqu'il se défait du bien vendu et que, pour des raisons économiques (pour accroître les échanges et stimuler la croissance économique), il conviendrait d'encourager les ventes à crédit. D'un autre côté, dans l'intérêt des créanciers concurrents, le privilège légal pourrait être limité au prix d'achat du bien en question et aux seuls biens vendus. Pour les mêmes motifs, les droits sur le produit ou la production issus desdits biens, ou les sommes dues par l'acheteur autres que les créances issues du contrat de vente en question contenant une clause de réserve de propriété, ne bénéficieraient pas d'un tel privilège et seraient soumis aux règles applicables aux sûretés ordinaires (par exemple, elles ne prennent rang qu'à compter de l'enregistrement de l'opération correspondante).

45. Convertir la réserve de propriété en sûreté aux fins de la législation sur les opérations garanties renforcerait la position de l'acheteur puisque ce dernier pourrait constituer une sûreté (sans dépossession) de deuxième rang pour garantir un emprunt auprès d'un autre créancier. Cela pourrait aussi améliorer la position d'autres créanciers de l'acheteur en cas de réalisation de la sûreté sur le bien grevé et en cas d'insolvabilité de l'acheteur. La position du fournisseur ne serait pas nécessairement affaiblie du moins dans la mesure où les clauses de réserve de propriété bénéficieraient d'un privilège (à quelques exceptions près, en principe seule la réserve de propriété simple bénéficie d'un privilège). La position du fournisseur resterait inchangée en cas d'insolvabilité de l'acheteur car, que la réserve de propriété soit ou non assimilée à une sûreté, le fournisseur est protégé (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, par. ...). Néanmoins, il faudrait que le fournisseur enregistre l'opération (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, par. ...), et les clauses dites "toutes créances" de même que les clauses étendant la réserve de propriété au produit et à la production issus du bien réservé ne prendraient rang qu'à compter de leur enregistrement.

4. Une sûreté mobilière globale et intégrée

46. L'instauration d'une sûreté unique, intégrée et globale sur toutes les catégories de biens meubles est née de la constatation que les différents types de sûretés sans dépossession mais également le gage traditionnel avec dépossession reposent sur quelques principes directeurs identiques. L'idée maîtresse est que le fond doit primer la forme. Ce n'est pas un hasard si cette idée a d'abord vu le jour dans des états fédéraux, comme les États-Unis d'Amérique et le Canada. L'Uniform Commercial Code ("UCC") américain, qui est une loi type adoptée par les 50 États, a ainsi créé une sûreté mobilière unique et globale en unifiant les multiples sûretés, avec et sans dépossession, constituées sur des biens meubles corporels et incorporels, y compris le transfert et la réserve de propriété, qui existaient dans la législation des États et dans la *common law*. L'idée a gagné le Canada, la Nouvelle-Zélande et quelques autres pays. La Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières suit à de nombreux égards une approche similaire tout comme la Loi

modèle de la BERD, qui crée une “sûreté réelle” spécifique pouvant coexister avec d’autres mécanismes de garantie (par exemple, le crédit-bail) et assimile la réserve de propriété à une sûreté.

47. Un régime de sûretés global et intégré présente certains avantages. Premièrement, toutes les lois (souvent nombreuses) traitant des sûretés mobilières sans dépossession peuvent être fusionnées en un seul texte qui contiendrait ainsi des règles détaillées et cohérentes. Deuxièmement, les règles sur les sûretés mobilières avec dépossession, en particulier sur le gage avec dépossession, peuvent être incluses dans ce texte et, en même temps, être adaptées aux besoins du moment (par exemple, par l’instauration de la notion de “contrôle”). Troisièmement, les mécanismes de transfert de la propriété, comme le transfert de propriété à titre de sûreté et la réserve de propriété, peuvent être intégrés dans ce régime. Quatrièmement, des arrangements contractuels servant de sûreté, comme le crédit-bail, la vente et la revente, peuvent également être intégrés et traités dans ce régime.

48. La cohérence est généralement souhaitable en ce qui concerne le transfert de propriété et les cessions de créances de sommes d’argent à titre de sûreté. L’intégration de la réserve de propriété risque d’être plus controversée car ce mécanisme vise à favoriser le crédit fournisseur plutôt que le crédit bancaire ordinaire. L’objectif de cohérence peut néanmoins être atteint même dans le cadre d’un régime global et intégré grâce à des règles spéciales régissant la constitution de la clause de réserve de propriété, sa publicité, son rang, sa mise en œuvre et son traitement en cas d’insolvabilité (ou l’un quelconque de ces aspects).

49. La principale caractéristique d’une approche globale est que le fond l’emporte sur la forme, de sorte que les parties puissent recourir à tous les types possibles de sûretés mobilières pour obtenir un crédit. Si cette approche exige sans doute de redéfinir certaines opérations (par exemple, le transfert de propriété à titre de sûreté ou la réserve de propriété), du moins aux fins de la législation sur les opérations garanties, elle est dans l’intérêt des constituants, des créanciers garantis et des tiers, y compris le représentant de l’insolvabilité en cas d’insolvabilité du constituant. À défaut d’une telle approche, les parties pourraient se soustraire aux exigences de publicité et se prévaloir de voies de droit qui leur donneraient un avantage indu sur d’autres créanciers garantis.

50. En outre, dans cette approche, un créancier qui envisage de consentir un prêt garanti n’a pas à étudier les divers mécanismes de sûreté possibles ni à en évaluer les conditions et les limites, pas plus que les avantages et les inconvénients. De même, il est plus facile pour les créanciers du constituant ou pour le représentant de l’insolvabilité agissant pour le compte du constituant de mesurer leurs droits (et leurs obligations) vis-à-vis du créancier garanti s’ils n’ont à se référer qu’à un seul régime, caractérisé par une sûreté globale, et non à plusieurs régimes différents. Enfin, une telle approche réduira le coût de la constitution des sûretés et, par voie de conséquence, le coût du crédit garanti.

51. Dans un contexte international, la reconnaissance des sûretés créées dans un autre pays sera également facilitée si le pays dans lequel ont été transférés les biens grevés dispose d’une sûreté globale. Un tel système peut beaucoup plus facilement accepter une large gamme de sûretés étrangères, qu’elles revêtent un caractère spécialisé ou qu’elles soient également globales.

52. Techniquement, on peut procéder de deux manières pour mettre en place une sûreté mobilière globale et intégrée. La première serait de conserver et d'utiliser le nom des anciens mécanismes de sûreté, tels que le transfert de propriété. Toutefois, leur création et leurs effets en tant que sûretés seraient régis par un ensemble de règles intégré, tandis qu'ils pourraient continuer de produire pleinement leurs effets sur le droit de propriété à d'autres fins (par exemple fiscales ou comptables). La seconde manière, qui est légèrement différente, serait de compléter les règles applicables à certaines grandes catégories de contrats pouvant être utilisés à titre de sûreté, tels que la vente, le crédit-bail ou la cession, par une disposition générale prévoyant que, si une vente ou un crédit-bail sert à garantir une créance, certaines règles supplémentaires spécifiées s'appliquent (par exemple, en ce qui concerne la publicité ou la réalisation). Les deux manières de procéder ne diffèrent pas sur le fond quant aux effets attribués aux sûretés.

B. Résumé et recommandations

53. Dans certaines situations concrètes, qui sont cependant limitées, le gage avec dépossession est une sûreté efficace (voir par. 13).

54. Un droit de rétention conventionnel, s'il s'accompagne pour le créancier de la faculté de vendre, fonctionne comme un gage avec dépossession (voir par. 14).

55. Les sûretés mobilières sans dépossession sont de la plus haute importance pour un régime moderne et efficace d'opérations garanties. Les constituants ont besoin de conserver la possession des biens grevés et les créanciers garantis ont besoin d'être protégés contre les créances concurrentes en cas de défaillance et, en particulier, d'insolvabilité du constituant (voir par. 15).

56. Compte tenu de l'importance croissante des biens meubles incorporels pour garantir le crédit et des règles souvent insuffisantes applicables à ce type de biens, il serait souhaitable d'élaborer un régime juridique moderne pour les sûretés sur des biens meubles incorporels. Un tel régime devrait être aussi proche que possible d'un régime de sûretés sans dépossession sur des biens meubles corporels pour diverses raisons: dans de nombreux cas, une sûreté est constituée sur l'ensemble des biens d'un débiteur, qu'ils soient corporels ou incorporels; dans les opérations liées aux sûretés sur des biens meubles corporels (par exemple le financement de stocks ou de matériel), une sûreté peut être créée sur les biens meubles incorporels (par exemple, les droits de propriété intellectuelle); et les biens meubles incorporels peuvent être le produit de biens meubles corporels. En particulier, s'agissant des créances de sommes d'argent, les principes posés dans la Convention des Nations Unies sur la cession de créances (par exemple cessibilité des créances futures, validité d'une cession d'un ensemble de créances et des cessions faites en dépit de limitations contractuelles, protection du débiteur) devraient constituer la règle à suivre. Pour ce qui est des sûretés sur des biens meubles incorporels exclus ici, comme les valeurs mobilières, on pourrait se reporter aux travaux d'autres organisations.

57. En ce qui concerne les mécanismes de transfert de la propriété, comme le transfert et la réserve de propriété de biens corporels à titre de sûreté, ainsi que la cession de créances et d'autres biens meubles incorporels à titre de sûreté, il existe deux possibilités.

58. La première, si le pays opte pour un régime de sûretés global, prévoyant toutefois certaines exceptions, serait d'appliquer aux mécanismes de transfert de la propriété les règles gouvernant les sûretés. Ce régime pourrait, à titre d'exception, prévoir l'octroi d'un privilège spécial à un fournisseur (voire à une banque finançant l'achat d'un bien) au moyen d'une réserve de propriété devant éventuellement, dans certains cas, faire l'objet d'une notification aux créanciers déposée dans un registre public (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, par. ...).

59. La deuxième possibilité, si le pays dispose déjà d'un régime juridique développé pour les mécanismes de transfert de la propriété mais pas pour les sûretés mobilières sans dépossession et qu'il ne souhaite pas adopter une approche globale et intégrée, serait d'envisager deux régimes distincts, l'un pour les sûretés sans dépossession et l'autre pour les mécanismes de transfert de la propriété. La constitution de tels mécanismes serait ainsi soumise aux règles en vigueur. Aucune publicité ne serait exigée, sauf en ce qui concerne les biens pour lesquels une inscription est prévue dans la législation en vigueur (par exemple, les navires et les aéronefs). Toutefois, en l'absence d'exigence de publicité, les créanciers potentiels devraient prendre en compte dans leurs conditions de crédit le risque qu'une clause de réserve de propriété existe, ce qui peut avoir une incidence négative sur l'offre de crédit et le coût du crédit (voir par. 43).

60. Pour ce qui est de la mise en œuvre d'une clause de réserve de propriété, dans cette deuxième possibilité, le vendeur pourrait se faire restituer les biens par l'acheteur et en disposer en tant que propriétaire, sans rien devoir à celui-ci (sauf toute fraction du prix d'achat déjà payée). En cas d'insolvabilité de l'acheteur, l'administrateur de l'insolvabilité devrait régler la fraction du prix d'achat restant à payer pour obtenir la propriété. S'il choisit de ne pas payer, le vendeur pourrait récupérer les biens en tant que propriétaire ou exiger, en tant que créancier chirographaire, le paiement de cette fraction manquante (voir par. 41).

61. En cas de réalisation d'un transfert de propriété à titre de sûreté dans cette deuxième possibilité, deux approches au moins sont possibles, car, même dans les pays qui n'adoptent pas une approche globale et intégrée, un tel transfert est généralement traité soit comme un mécanisme de transfert de la propriété proprement dit soit comme un mécanisme de sûreté (voir par.32). Lorsqu'il est traité comme un mécanisme de transfert de la propriété, le bénéficiaire du transfert est autorisé à recouvrer sa créance en tant que propriétaire et n'a pas besoin de restituer au transférant tout surplus restant après disposition des biens grevés et extinction de sa créance. En cas d'insolvabilité, les biens n'entrent pas dans la masse mais l'administrateur peut exercer tout droit contractuel connexe. Lorsque le transfert de propriété est traité comme un mécanisme de sûreté, le créancier, après une vente publique ou privée des biens objets du transfert et après recouvrement de la créance garantie, doit restituer tout surplus. En cas d'insolvabilité, les biens entrent dans la masse et sont considérés comme étant grevés (voir par. 33 et 34). Une combinaison des deux approches (dans laquelle les transferts de propriété seraient traités comme tels, pour ce qui est de la constitution et de certains effets, et comme des mécanismes de sûreté, pour ce qui est de la réalisation et de l'insolvabilité) est également possible.

62. Il existe de bonnes raisons de remplacer un régime de sûretés mobilières reposant sur divers mécanismes spécifiques par un régime prévoyant une sûreté mobilière globale et intégrée (voir par. 46 à 52).

A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2

Rapport du Secrétaire général sur le projet de guide législatif sur les opérations garanties, document de travail soumis au Groupe de travail sur les sûretés à sa quatrième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

Projet de guide législatif sur les opérations garanties 1-103

V. Publicité 1-103

A. Remarques générales 1-96

1. Introduction 1-6

2. Dépossession 7-16

a. Considérations d'ordre général 7

b. Possession des biens grevés par un tiers 8-10

c. Dépossession fictive 11

d. Effets de la priorité 12-16

3. Acquisition du contrôle sur les obligations incorporelles 17-23

a. Créances d'exploitation 17-19

b. Comptes de dépôt 20-23

4. Modes de publicité fondés sur les titres de propriété 24-31

a. Registres de titres de propriété 24-27

b. Systèmes de certificats de propriété 28-29

c. Sûreté sur les biens meubles rattachés à la terre 30-31

5. Inscription de la convention constitutive de sûreté dans un registre des opérations garanties 32

6. Inscription d'un avis de nantissement dans un registre des opérations garanties 33-83

a. Considérations d'ordre général 33-37

b. Répertoriage par actif ou par constituant 38-42

c. Teneur de l'avis déposé 43-53

d. Accès à des informations plus détaillées 54-55

e. Durée de l'inscription 56-58

f. Questions d'ordre administratif 59-67
g. Effets de la priorité 68-73
h. Inscription et réalisation 74-75
i. Élargissement du registre aux opérations non garanties 76-83
7. Autres modes de publicité 84-85
8. Opposabilité des sûretés n'ayant pas fait l'objet d'une publicité 86-96
a. Opposabilité au constituant 86-87
b. Opposabilité aux tiers 88-96
B. Résumé et recommandations 97-103

V. Publicité

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Un créancier garanti doit pouvoir être sûr que les sûretés mobilières qu'il détient sur des biens engagés l'emportent sur les sûretés d'une tierce partie. Dans le même temps, ces tierces parties doivent elles aussi être protégées contre le risque de voir leurs droits subordonnés à des sûretés "occultes" (au sens où leur existence ou existence éventuelle ne peut être facilement déterminée de manière objective). En rendant obligatoire la publicité des sûretés avant que celles-ci ne puissent être opposables à des tiers, il devient possible de concilier ces objectifs.

2. Le présent chapitre est consacré aux quatre modes de publicité les mieux acceptés. En premier, il existe la possibilité de déposséder le constituant des biens engagés. La deuxième possibilité est une variation sur le thème de la dépossession: il s'agit de conférer au créancier garanti le contrôle de la valeur des obligations incorporelles qu'un tiers doit au constituant. Le troisième moyen n'est utilisé que pour les biens meubles de grande valeur pour lesquels un État a établi un registre spécialisé de titres de propriété ou un système de certificats de titres.

3. Le quatrième mode de publicité, le plus complet, consiste à déposer auprès d'un registre des opérations garanties un simple avis comprenant un nombre restreint de renseignements relatifs à une sûreté. Contrairement au registre des titres de propriété, le registre des opérations garanties ne s'intéresse pas à la publicité de l'état présent d'un droit de propriété sur un bien spécifique. La qualité du droit de propriété d'un constituant est déterminée par référence à des événements et transactions non consignés dans le registre. L'inscription est en revanche une condition préalable de l'opposabilité de la sûreté à un tiers. Aussi est-ce *l'absence* de publicité sur laquelle compte le tiers pour déterminer s'il risque ou non d'être lié par une sûreté antérieure.

4. Bien que fondée sur la théorie de la publicité négative, le registre des opérations garanties contribue également à l'établissement des rangs de priorité. Avant toute chose, l'inscription constitue un mécanisme objectif et facile à vérifier qui permet d'attester la date qui détermine la priorité entre créanciers garantis, mais aussi entre un créancier garanti et un tiers.

5. Toute la question de la publicité est inextricablement liée à elle de la priorité. Bien que la priorité fasse l'objet d'un chapitre distinct du présent Guide (voir le document A/CN.9/WG.VI.WP.9/Add.3), la relation entre publicité et priorité constitue un fil conducteur que l'on suivra tout au long du présent chapitre, et les deux chapitres sont à lire l'un par rapport à l'autre.

6. Tout comme un registre de droits de propriété ou un système de certificats de titres, il faut, pour la mise en place d'un registre des opérations garanties, que l'État investisse dans l'infrastructure requise, soit directement soit en sous-traitant à une entreprise privée. Si cette infrastructure fait défaut, l'opposabilité de sûretés sans dépossession à un tiers est généralement tempérée, par voie de législation ou de jurisprudence, par des règles visant à protéger les tiers innocents qui ont acquis une sûreté sur le bien grevé sans avoir connaissance de l'existence de sûretés antérieures. Ce chapitre se termine par une comparaison entre un système complet de publicité fondée sur l'inscription des droits de propriété et un registre des opérations garanties et fait des recommandations en matière législative.

2. Dépossession

a. Considérations d'ordre général

7. Déposséder le constituant des biens grevés ne constitue pas une publicité positive de l'existence d'une sûreté. Cette dépossession supprime cependant la possession apparente du bien par le constituant, réduisant ainsi le risque de cession non autorisée à un tiers qui ne se douterait de rien. Du fait que la dépossession signifie que le bien du constituant est désormais grevé, on a, traditionnellement, accepté la dépossession comme condition suffisante pour constituer une sûreté et pour l'opposer à un tiers (voir le document A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, par. 67).

b. Possession des biens grevés par un tiers

8. La dépossession ne signifie pas obligatoirement la possession directe par un créancier garanti. La possession par un tiers au nom du créancier garanti suffit.

9. Si les biens engagés sont couverts par un document conférant propriété (par exemple, un connaissement ou un récépissé d'entrepôt), la délivrance du document au nom du créancier garanti assure que le tiers (chargeur ou entrepositaire, par exemple), détient le bien pour le compte du créancier garanti et non du constituant. Si le document est négociable, le chargeur ou entrepositaire est alors normalement tenu de remettre les biens correspondants à la personne qui détient le document. Il s'ensuit que la délivrance d'un document négociable correctement endossé constitue un autre moyen d'enlever au constituant la possession des actifs sous-jacents.

10. La possession par un tiers ne signifie pas obligatoirement qu'il faille matériellement enlever les biens engagés des locaux du constituant. Dans le cadre d'arrangements d'entreposage, une entreprise d'entreposage agissant pour le compte

du créancier garanti prend contrôle du stock et autres bien engagés du constituant par l'intermédiaire d'un mandataire. Les tiers sont protégés du fait que l'accès du constituant aux biens engagés ne peut se faire qu'avec le consentement et la coopération du mandataire (voir le A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, par. 7).

c. Dépossession fictive

11. L'engagement écrit du constituant de garder les biens grevés en qualité de mandataire du créancier garanti ne suffit pas pour que les tiers soient mis à l'abri d'une tromperie, celle qui leur ferait croire que le constituant possède effectivement les biens grevés. L'obligation faite au constituant de remettre périodiquement au créancier garanti une liste de créances ne protège pas non plus les tiers. Les mécanismes de dépossession fictive comme ceux-ci constituent une réponse pragmatique à la demande de sûretés sans dépossession dans les régimes où le gage constitue la seule forme de sûreté en bonne et due forme. La reconnaissance de l'efficacité générale de la sûreté mobilière sans dépossession selon les grandes lignes envisagées dans le présent Guide (voir le document A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, par. 15 à 23) élimine toute tentation de justifier les gages fictifs.

d. Effets de la priorité

12. Même dans les systèmes juridiques dans lesquels il existe des registres des opérations garanties, la dépossession du constituant peut parfois constituer une forme supérieure de publicité. Par exemple, dans la plupart des juridictions, si les biens grevés sont couverts par un document négociable, un créancier (ou acheteur) garanti en possession dudit document est prioritaire par rapport à un créancier garanti qui inscrit la sûreté (voir le A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, par. 13). Cette règle permet d'éviter toute interférence avec l'acceptation, très généralisée, des documents négociables comme étant le moyen principal de transfert de droits de propriété sur les biens sous-jacents durant la période où ceux-ci sont couverts par le document.

13. Dans d'autres situations, la dépossession peut ne pas constituer le meilleur mode de publicité. Si les biens grevés sont inscrits dans un registre de titres de propriété (voir la Partie A.4), la nécessité de préserver l'intégrité et la crédibilité des registres publics peut obliger à donner la priorité aux créanciers (ou acheteurs) garantis qui assurent la publicité au moyen de l'inscription.

14. Si, au contraire, une sûreté concurrente fait l'objet d'une publicité par inscription sur un registre général des opérations garanties (voir la Partie A.5), deux réponses sont possibles. La priorité peut être déterminée chronologiquement, en fonction de la date à laquelle sont intervenues la dépossession et l'inscription. Sinon, la priorité peut revenir à la sûreté inscrite, que la dépossession soit intervenue avant ou après l'inscription.

15. La première approche permet de réduire les coûts et les risques pour les prêteurs sur gage et autres créanciers qui ont systématiquement recours à la sûreté avec dépossession. En revanche, la seconde approche ôte aux créanciers garantis toute tentation d'antidater la date à laquelle la dépossession est intervenue. Elle confère en outre une plus grande crédibilité au registre des opérations garanties pour

ce qui est d'établir le rang de priorité du fait qu'elle élimine le risque d'indication autre qu'officielle du moment exact auquel la dépossession a eu lieu.

16. Si l'on opte pour la première approche, se pose alors la question de savoir si la priorité intervient au moment auquel intervient la dépossession même si un créancier garanti fait la publicité par voie de dépossession puis inscrit et rend les biens au constituant. Dans l'affirmative, un créancier garanti qui s'inscrirait en second serait en définitive prioritaire. En revanche, le créancier garanti qui s'inscrirait en premier aurait pu se protéger en s'assurant que le constituant détenait les biens grevés au moment où le créancier garanti obtenait sa sûreté.

3. Acquisition du contrôle sur les obligations incorporelles

a. Créances d'exploitation

17. Dans les systèmes juridiques qui acceptent la négociabilité des certificats de valeur mobilières (pour les actions ou obligations), la remise du certificat correctement endossé transfère au créancier garanti le bénéfice de l'obligation due par l'émetteur. Ce mécanisme fonctionne donc en fait comme une dépossession, par le biais d'un tiers. Le même résultat est possible pour les sûretés avec certificat déposées auprès d'un bureau central (chambre de compensation) si l'on inscrit le nom du créancier garanti dans le registre du bureau central et, de même, pour les sûretés sans certificat si l'on inscrit le nom du créancier garanti dans le registre de l'émetteur. Pour ce qui est des biens de placement détenus indirectement, le contrôle sur les obligations dues par le courtier ou autre intermédiaire peut être transféré soit en mettant le compte de placement au nom du créancier garanti soit en obtenant le consentement de l'intermédiaire à suivre les consignes du créancier garanti.

18. Le présent Guide ne traite pas des questions relatives aux sûretés sur les biens de placement. Cependant, la notion du contrôle comme mode de publicité correspondant à la dépossession peut s'appliquer à d'autres types d'obligations incorporelles que le constituant doit au créancier garanti. Par exemple, l'octroi d'une sûreté sur une créance d'exploitation ordinaire ou autre créance de sommes d'argent permet au créancier garanti, en cas de défaillance du débiteur, d'exiger le paiement auprès de la personne à laquelle incombe l'obligation, sous réserve des dispositions de la convention constitutive de sûreté. La demande de paiement transfère donc au créancier garanti le contrôle concret sur la créance de sommes d'argent. Pour cette raison, on pourrait voir dans ce mécanisme un mode de publicité suffisante correspondant au transfert du contrôle sur des biens de placement.

19. Cela étant, un créancier garanti n'exige généralement pas un paiement direct tant qu'il n'y a pas eu défaillance de la part du constituant. Même en cas de cession directe de créances monétaires, le cessionnaire laissera le plus souvent le recouvrement au mains du cédant. En raison de ces points pratiques, il peut être préférable de voir dans la demande de paiement une simple technique de recouvrement ou de réalisation, et non un mode de publicité initiale. Cela est particulièrement opportun lorsque la possibilité de déposer un avis dans un registre des opérations garanties est offerte aux créanciers garantis comme aux cessionnaires. La publicité par inscription constitue un moyen de publicité plus efficace s'agissant d'évaluer les priorités en début de transaction, surtout lorsque la sûreté couvre l'ensemble des créances présentes et à acquérir.

b. Comptes de dépôt

20. Par analogie avec le mode de publicité utilisé pour les bien de placement détenus indirectement, on peut assurer le contrôle sur un compte de dépôt détenu par un constituant auprès d'un établissement financier ou d'une compagnie d'assurance en mettant le compte au nom du créancier garanti ou en obtenant de l'établissement qu'il suive les instructions du créancier garanti.

21. Il se peut fort bien que le constituant doive de l'argent à l'institution de dépôt. Plutôt que de recourir à l'artifice du transfert positif de contrôle, il peut être plus simple de considérer que l'institution de dépôt qui acquiert une sûreté sur les comptes de dépôt d'un client détient le contrôle automatique ès qualité.

22. La question de savoir si un créancier garanti qui rendrait publique une sûreté par octroi du contrôle sur un compte de dépôt l'emporterait sur le créancier qui procèderait par voie d'inscription reste à trancher. Par analogie avec les biens de placement, on pourrait penser que oui. En revanche, en vertu de l'analogie avec la cession d'une créance monétaire, l'on conclurait l'inverse.

23. Si l'on opte pour la première approche, se pose en outre la question de savoir si l'institution de dépôt qui obtient une sûreté sur les comptes de ses clients devrait être prioritaire par rapport aux autres sûretés pour lesquelles la publicité se ferait par voie de contrôle. Les droits de compensation de l'institution de dépôt suffisent le plus souvent pour protéger ses créances reconventionnelles avant toute procédure en réalisation engagée par un créancier garanti concurrent, quel que soit le rang de priorité de l'institution comme créancier garanti.

4. Modes de publicité fondés sur les titres de propriété

a. Registres de titres de propriété

24. Il n'est possible de recourir à la dépossession et aux autres techniques de contrôle équivalentes que si le constituant accepte de renoncer à l'utilisation et à la jouissance des biens grevés. On ne peut y recourir pour faire la publicité de sûretés sur des biens sur lesquels le constituant doit conserver le contrôle afin d'assurer les services ou de produire des biens lui permettant de dégager des bénéfices.

25. Pour certaines catégories restreintes de biens meubles de grande valeur, il se peut qu'un État ait mis en place un registre de titres de propriété analogue au registre foncier. Lorsqu'il existe, ce type de registre constitue un moyen pratique de faire la publicité des sûretés avec dépossession sur des biens de grande valeur. Navires, aéronefs, camping cars et droits de propriété intellectuelle (notamment brevets et marques commerciales) sont les exemples les plus fréquents de biens pour lesquels il existe des registres de titres de propriété.

26. Une sûreté (ou cession) pour laquelle la publicité se fait par inscription sur un registre des titres de propriété est généralement prioritaire par rapport à une sûreté pour laquelle la publicité intervient par dépossession ou par dépôt d'un avis de sûreté dans un registre général des opérations garanties. Forts de cette règle, les acheteurs de biens grevés peuvent faire toute confiance au registre des titres de propriété pour évaluer la qualité du titre qu'ils acquièrent.

27. Pour renforcer cette confiance, on peut assurer un point d'accès commun au registre des titres de propriété et au registre des opérations garanties afin de

permettre l'inscription et la recherche simultanées dans les deux systèmes. Avec les progrès de l'informatique, cette simultanéité devient techniquement réalisable. Cela dit, des problèmes de conception et de mise en œuvre continuent de se poser. En effet, les registres de titres de propriété fonctionnent le plus souvent sur la base du répertoriage des biens, alors que les opérations garanties sont généralement conçus par renvoi au nom du constituant. Pour permettre des recherches simultanées, il faudrait que les deux systèmes utilisent les mêmes règles pour s'assurer de l'identité du constituant et programmer le registre des titres afin d'autoriser la recherche en fonction du nom du constituant.

b. Systèmes de certificat du titre de propriété

28. Les systèmes de certificat de titres de propriété constituent une autre méthode utilisée par certains États pour faire la publicité de l'acquisition et du transfert de titres de propriété de biens meubles (les voitures, par exemple). La publicité des sûretés se fait au moyen d'une notation sur le certificat.

29. Une sûreté dont la publicité se fait par notation sur le certificat prime généralement les sûretés soumises à toute autre forme de publicité. Cette règle est indispensable si l'on veut que les acheteurs puissent se fier au certificat pour évaluer la qualité du titre du vendeur.

c. Sûretés sur les biens meubles rattachés à la terre

30. La souplesse en matière financière est d'autant plus grande que le régime des sûretés sur les biens meubles est disponible aux créanciers garantis qui prennent une sûreté sur des biens meubles immobilisés (une chaudière rattachée à la terre) ou sur des biens immeubles mobilisés (des cultures destinées à être enlevées à la terre). Ce mécanisme permettrait au constituant de se voir accorder un crédit sans pour autant devoir consentir à une hypothèque en bonne et due forme, par la force des choses plus coûteuse.

31. Avec cette démarche, les règles générales régissant la publicité pour les biens meubles jouent, avec une réserve. Il serait en effet souhaitable de rendre obligatoire l'inscription parallèle sur le registre des titres de propriété des biens immeubles, et ce afin de lier les tiers qui, ultérieurement, acquerraient un droit sur la terre à laquelle seraient rattachés ou sur laquelle seraient fixés les biens meubles, et aussi d'appliquer les règles en matière de priorité qui s'appliquent aux biens à ce genre de relation. Ces règles préserveraient l'intégrité et la crédibilité du titre foncier.

5. Inscription de la convention constitutive de sûreté sur le registre des opérations garanties

32. Un autre mode de publicité consiste à inscrire la convention constitutive de sûreté dans un registre des opérations garanties. À l'instar de ce qui se passe pour l'inscription dans un registre des titres de propriété, il s'agit de déposer des documents qui sont d'abord vérifiés par un fonctionnaire chargé de l'inscription, lequel délivre alors un certificat ou attestation d'inscription qui constitue une preuve formelle de l'existence de la sûreté inscrite. Le certificat attestant l'existence de la sot est souvent perçu comme étant le principal avantage de l'inscription de documents. Il existe cependant un moyen moins coûteux et plus rapide d'établir le rang de priorité de l'inscrit et, en même temps, de protéger les intérêts des tiers, qui

répond mieux aux besoins des opérations modernes et qui n'a pas pour effet de divulguer des renseignements sensibles sur une opération quelconque (voir la section A.5).

6. Inscription d'un avis de nantissement dans un registre des opérations garanties

a. Considérations d'ordre général

33. Il existe un cinquième mode de publicité, qui consiste à déposer un avis de nantissement dans un registre public établi à cette fin. À l'inverse des trois modes de publicité déjà examinés, le dépôt d'un avis offre un moyen universel d'assurer la publicité, de quelque nature que soient les biens grevés. À ce titre, il aide à établir de manière plus efficace le rang de priorité, ce qui permet de trancher les conflits entre créanciers garantis et entre un créancier garanti et d'autres tiers en invoquant la date d'inscription.

34. Le registre des opérations garanties fondé sur le dépôt d'un avis est très différent de celui qui exige le dépôt des documents. Ce dernier fait office de source concluante de renseignements sur l'état actuel d'un titre de propriété sur des biens spécifiques. Pour protéger l'intégrité du registre des titres, l'inscrit est généralement tenu de déposer les documents attestant le transfert de titre de propriété ou tout au moins de les soumettre à l'examen du responsable du registre.

35. À l'inverse, un registre d'avis des opérations garanties fonctionne selon le principe de la publicité négative. L'inscription ne donne aucune preuve positive de l'existence d'une sûreté. Elle met plutôt en garde les tiers contre l'existence éventuelle d'une sûreté qui leur permet de prendre des mesures pour protéger leurs droits (voir le par. 54) et constitue une condition préalable à l'opposabilité d'une sûreté à des tiers. En réalité, c'est à l'absence d'inscription que les tiers se fient pour conclure qu'ils n'ont pas à se soucier de sûretés antérieures octroyées par la personne avec qui ils font affaire. Il n'y a donc pas lieu d'exiger que les créanciers garantis inscrivent la convention constitutive de sûreté ou de prouver son existence par tout autre moyen. Les tiers sont suffisamment protégés par le dépôt d'un simple avis identifiant les parties et faisant une description des biens grevés. Du point de vue du constituant, la protection contre les inscriptions non autorisées peut se faire grâce aux règles du registre en vertu desquelles le constituant doit être informé de toute inscription et par la mise en place d'une procédure administrative simplifiée visant à faciliter l'annulement de toute inscription non autorisée.

36. Le mécanisme de dépôt d'un avis facilite le processus d'inscription et simplifie les formalités administratives et les méthodes d'archivage pour le registre. Il permet aussi une plus grande souplesse tout au long de la période de financement. Dès lors que les détails factuels figurant dans l'avis inscrit ne sont pas affectés, il n'y a aucune raison pour qu'un avis unique ne puisse suffire pour rendre publiques des conventions de constitution successives entre les parties.

37. De nombreux pays ont repris à leur compte l'idée d'un registre des opérations garanties fonctionnant par dépôt d'un avis. Des lois types ont été mises au point par la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (Principes fondamentaux d'un droit moderne des sûretés, 1997; Loi type sur les transactions garanties, 1994), l'Organisation des États américains (Modèle de loi interaméricaine sur les transactions garanties, 2002), et la Banque asiatique de développement (Réforme de la législation et des politiques générales: Guide sur les registres des

biens meubles, décembre 2002). La Convention de 2001 relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et les Protocoles y relatifs portant sur les matériels d'équipement aéronautiques prévoient un régime international des priorités basé sur un système de dépôt d'avis pour les intérêts aéronautiques dans le cadre de conventions constitutives de sûretés, de baux, et d'accords de vente par réserve de propriété. La Convention des Nations Unies sur la cession propose elle aussi, dans son annexe, le dépôt d'un avis comme l'un des systèmes permettant de déterminer les priorités.

b. Répertoriage par actif ou par constituant

38. Pour pouvoir être retrouvé, un avis de sûreté doit être répertorié en fonction de critères bien établis. Dans un registre des opérations garanties, le critère retenu est généralement le nom du constituant. Le répertoriage par actif n'est faisable que pour les actifs assortis d'un numéro de série ou pour lesquels il existe un autre moyen objectif d'identification. Même dans ce cas, la valeur d'articles relevant d'une catégorie générique (tous les biens meubles corporels, par exemple) peut être trop modique pour justifier le coût d'un classement des inscriptions article par article. Qui plus est, le répertoriage en fonction des biens ne permet pas l'inscription d'un avis portant sur les biens acquis ultérieurement ou sur les fonds de roulement, par exemple les stocks ou créances de sommes d'argent.

39. Le répertoriage par constituant facilite de beaucoup l'inscription. Les créanciers garantis peuvent en effet rendre publiques les sûretés sur tous les biens meubles d'un constituant, déjà acquis ou à acquérir, ou sur toute une catégorie générique, en une seule inscription. Ils n'ont pas à se soucier de faire une mise à jour chaque fois que le constituant acquiert un nouvel article relevant de la catégorie générique objet de l'inscription.

40. Le répertoriage par constituant comporte toutefois un inconvénient: si les biens grevés font l'objet de cessions non autorisées successives, les créanciers garantis ou acheteurs éventuels ne peuvent se protéger en faisant une recherche d'après le nom du propriétaire apparent immédiat. Étant donné que le système est répertorié en fonction du nom du constituant, la recherche ne fera pas apparaître de sûreté octroyée par un propriétaire antérieur du titre.

41. Une solution partielle consisterait à exiger le répertoriage par bien pour les biens de grande valeur, par exemple voitures, bateaux, camping cars, roulottes, aéronefs, etc. Biens que l'identification de biens spécifiques limite la possibilité d'utiliser un avis unique pour rendre publiques les sûretés à acquérir, dans la pratique elle ne s'impose que pour les valeurs immobilisées dont le constituant a besoin dans le cours normal de ses affaires (et pour les biens de consommation utilisés à des fins personnelles dans la mesure où ils sont couverts par le registre). Lorsque c'est sous forme de stocks que le constituant détient les biens, un acheteur obtient de toute façon les biens libres de sûretés.

42. Une solution de rechange, ou complémentaire, consisterait à exiger des créanciers garantis qui auraient connaissance d'une cession par le constituant d'ajouter sur l'avis inscrit le nom du bénéficiaire de la cession en qualité de constituant additionnel, et ce afin d'éviter toute subordination par rapport à un demandeur tiers interposé. On pourrait également envisager la protection de tous les acheteurs interposés, voire de tous les tiers interposés, même lorsque le créancier

garanti ne sait pas qu'il y a disposition non autorisée de la part du débiteur (voir également le document A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, par. 40).

c. Teneur de l'avis déposé

i. Nom du constituant

43. Puisque le nom du constituant est le critère habituel pour retrouver les avis, ceux qui procèdent à l'inscription comme ceux qui font des recherches d'avis ont besoin de conseils en la matière. C'est le nom et l'adresse du constituant qui constituent le critère le plus fréquent.

44. Pour les entreprises et autres raisons sociales, le nom exact peut généralement se trouver dans le registre du commerce que la plupart des États établissent. Si les renseignements figurant dans le registre du commerce et dans le registre des opérations garanties se trouvent sous forme électronique, il se peut qu'il existe une passerelle commune aux deux registres, ce qui faciliterait la vérification.

45. Quand le constituant est un particulier, la vérification du nom exact est légèrement plus difficile. En effet, il peut y avoir divergence entre le nom d'usage et le nom officiel, ou encore entre les noms figurant sur des documents différents. Il se peut qu'il y ait eu changement de nom, soit par choix, soit par mariage. L'existence de directives explicites tenant compte de ces contingences permet aux inscrits et à ceux qui font une recherche de travailler à partir des mêmes critères. Par exemple, les règlements ou règles administratives pourraient préciser une hiérarchie de sources officielles, commençant par le nom indiqué sur l'acte de naissance, puis renvoyant à d'autres sources (par exemple, passeport ou permis de conduire) en l'absence d'acte de naissance ou si ce dernier n'est pas accessible.

46. Si plusieurs constituants ont le même nom, l'adresse du constituant suffira généralement à régler le problème pour celui qui effectue une recherche. Dans les pays ou un patronyme est très répandu, il pourrait être utile de demander des renseignements supplémentaires, telle la date de naissance du constituant. Dans les États qui affectent à ses ressortissants un numéro d'immatriculation, celui-ci peut être utilisé, sous la double réserve du droit au respect de la vie privée et de l'octroi d'un autre moyen d'identifier les non ressortissants.

47. Les conséquences d'une erreur dans le nom du constituant sur la valeur juridique d'un avis dépendent de la logique propre à tel ou tel au registre. Par exemple, certains registres électroniques sont conçus pour n'afficher que les correspondances totales entre le nom recherché par la personne qui effectue la recherche et les noms figurant dans la base de données. Dans un tel système, toute erreur annulera l'inscription de l'avis puisque l'avis ne pourra être retrouvé par les personnes effectuant la recherche à l'aide du nom exact. Dans d'autres systèmes, il se peut que les correspondances partielles apparaissent, auquel cas les données inscrites pourraient bien s'afficher lors d'une recherche utilisant le bon code d'identité, même s'il y a erreur de nom. La question de savoir si l'erreur annule l'inscription dépendra de chaque cas d'espèce. Un test à la fois souple et utile consisterait à ne traiter l'erreur comme fatale que lorsque l'information divulguée sur l'avis risque d'induire en erreur la personne qui fait la recherche.

ii. Identification d'un créancier garanti

48. Si le nom et l'adresse du créancier garanti ou du représentant de ce dernier figurent sur l'avis déposé, les tiers peuvent le cas échéant contacter le créancier garanti; de même, cela permet de s'assurer qu'une personne qui invoque l'avis pour affirmer être prioritaire y a bien droit. Les règles utilisées pour déterminer le nom exact du constituant peuvent également s'appliquer aux créanciers garantis. En revanche, le nom du créancier garanti ne constitue pas un critère de répertoriage. Les erreurs d'inscription ne posent donc pas le même risque d'induire en erreur le tiers qui effectue une recherche et d'annuler l'inscription.

iii. Description des biens grevés

49. Rien n'oblige absolument à exiger qu'un avis de nantissement décrive les biens grevés. Cependant, l'absence de description compliquerait la tâche pour le constituant désirant soit vendre des biens qui ne sont pas grevés, soit octroyer une sûreté sur ces biens. Il faudrait aux acheteurs potentiels et aux créanciers garantis une forme quelconque de protection (par exemple, une libération vis-à-vis du créancier garanti) avant de se lancer dans une opération portant sur les biens du constituant. L'absence de description diminuerait en outre la valeur de l'avis pour les liquidateurs et les créanciers judiciaires.

50. Pour toutes ces raisons, on exige généralement une description des biens grevés. Dans un système répertorié par constituant, la description de chaque article est superflue. Une description générique (l'ensemble des biens corporels, l'ensemble des créances), voire supergénérique (l'ensemble des biens meubles présents et à acquérir) suffisent à ceux qui effectuent une recherche. La description générique est même indispensable pour assurer la publicité d'une sûreté octroyée sur des biens à acquérir, ou sur les fonds de roulement ou les universalités (par exemple, "l'ensemble des créances" ou "l'ensemble des stocks").

51. Une question plus délicate est celle de savoir si l'avis ne doit indiquer que la nature générique des biens grevés (les biens meubles, par exemple), même si la sûreté est limitée à un article spécifique (voiture unique, par exemple), ou si la description doit correspondre à la gamme réelle d'articles couverts par les documents d'information générale relatifs à la sûreté.

52. La première approche allège les formalités d'inscription et réduit le risque d'erreur dans la description. Elle permet aussi aux parties de modifier la convention constitutive de sûreté, à savoir d'y ajouter de nouveaux biens dans la même catégorie générique sans avoir à procéder à une nouvelle inscription. En revanche, cette approche peut rendre plus compliqué l'accès du constituant au crédit contre la partie non grevée des biens décrits. Puisque le rang de priorité est fixé en fonction de l'inscription initiale, une renonciation expresse est nécessaire pour protéger les acheteurs et créanciers garantis contre le risque que le constituant puisse ultérieurement élargir l'ensemble des biens grevés par une sûreté constituée en vertu d'une nouvelle convention.

iv. Valeur maximale de l'obligation garantie

53. Une autre question se pose: celle de savoir si un avis doit ou non préciser la valeur monétaire d'une obligation garantie. Il n'est guère souhaitable d'exiger que l'avis indique la valeur réelle ou prévue, car cela porterait atteinte à la souplesse de

la ligne de crédit et du financement des échéances. Cela dit, les créanciers garantis pourraient être tenus de préciser le montant maximal à garantir. Avec cette approche, le constituant pourrait obtenir plus facilement un financement auprès d'autres créanciers garantis en utilisant la valeur résiduelle restant dans les biens grevés. Cela dit, le premier créancier garanti à obtenir une sûreté sur les biens du constituant représente généralement la source de crédit la moins coûteuse et la plus accessible. En outre, si des estimations excessives sont systématiquement inscrites sur l'avis, cette disposition perd toute sa valeur.

d. Accès à des informations plus détaillées

54. Les acheteurs potentiels et les créanciers garantis peuvent normalement supporter les risques afférents aux avis inscrits sans avoir à approfondir leurs recherches. Ils peuvent refuser de continuer de faire affaire avec le constituant, ou encore exiger que le constituant fasse annuler l'inscription (dans les cas où l'inscription ne constitue pas une modification ou lorsqu'un nouveau créancier garanti accepte de dégager suffisamment de fonds pour rembourser le précédent créancier garanti inscrit).

55. Les tiers qui se trouvent en position de créanciers chirographaires ou de représentants d'insolvabilité se trouvent dans une position quelque peu différente. Déjà, ils peuvent invoquer une créance réelle ou éventuelle sur les biens grevés. Cela dit, la valeur de cette créance ne peut être évaluée que si l'on a accès à une preuve non officielle de la convention constitutive de sûreté et du montant actuel de l'obligation en souffrance. Étant donné que le constituant de la sûreté peut ne pas être une source d'information très crédible, ou qu'il peut faire preuve de mauvaise volonté, il peut être souhaitable d'obliger, au plan juridique, les créanciers garantis à répondre directement, et dans un délai raisonnable, aux demandes de renseignements émanant de tiers manifestant un intérêt légitime.

e. Durée de l'inscription

56. La durée des opérations financières garanties peut être très variable. Il peut être répondu au besoin de souplesse qui en découle de l'une de deux manières. Primo, on peut permettre aux inscrits de choisir eux-mêmes la durée de l'inscription, avec possibilité de renouvellement. Secundo, on peut fixer une durée universelle (de cinq ans, par exemple), là encore avec la possibilité de renouvellement.

57. Pour le financement à moyen et long terme, la première approche diminue le risque pour les créanciers garantis de perdre leur rang de priorité s'ils manquent à renouveler l'avis en temps voulu. S'agissant d'arrangements à court terme, la seconde approche diminue le risque pour le constituant de voir les créanciers garantis faire durer l'inscription pour une durée démesurément longue, par excès de prudence.

58. Quelle que soit la démarche adoptée, il convient, du point de vue du constituant, d'effacer l'avis du registre après un délai raisonnable suivant le désintéressement du créancier garanti. Au nombre des solutions possibles on pourrait imaginer une amende à payer par le créancier garanti qui n'annulerait pas l'avis, assortie de la mise en place de formalités simplifiées pour l'annulement obligatoire si le créancier garanti ne répond pas à la demande justifiée du

constituant. Pour inciter plus encore à prendre les mesures voulues en temps opportun, il serait peut-être souhaitable d'assurer aux créanciers la gratuité de l'annulation.

f. Questions administratives

i. Questions administratives

59. Si les registres sont gérés sur une base régionale ou locale, des règles compliquées s'imposent pour pouvoir déterminer le registre qui convient et pour tenir compte de l'éventuel déplacement des biens du constituant. En revanche, l'existence d'un registre national unique est source d'inégalité d'accès. L'informatisation des données résout ce problème car elle permet non seulement l'inscription de tous les avis dans un fichier central, mais encore les inscriptions et recherches à distance.

60. Une base de données électronique peut fort bien accueillir un registre pleinement informatisé, auquel les clients ont directement accès, pour les inscriptions comme pour les recherches. Le coût du fonctionnement et de la mise à jour du système en est réduit d'autant. Avec ce type de système, les formalités d'inscription sont facilitées, car la partie qui procède à l'inscription contrôle directement le calendrier des opérations et il n'y a pas d'écart entre le dépôt de l'avis et l'entrée effective des renseignements figurant dans l'avis dans la base de données. Peut-être plus important encore, avec un système totalement informatisé, ce sont ceux qui procèdent à l'inscription et qui font les recherches qui sont responsables de l'exactitude des données, d'où de moindres frais de personnel et de fonctionnement.

61. En fin de compte, le niveau optimal d'informatisation dépendra du bagage informatique des utilisateurs du registre, mais aussi de la qualité de l'infrastructure en télécommunications et de la réponse à la question de savoir si les recettes attendues suffiront pour permettre de recouvrer le coût d'investissement de la mise en place du système dans des délais raisonnables. L'objectif global est de parvenir à un système d'inscription et de recherche aussi simple, aussi transparent et aussi accessible que possible, dans le contexte spécifique à chaque État.

ii. Responsabilité en cas d'erreur

62. Si le système est entièrement informatisé, il n'y a aucun risque d'erreur humaine DE la part des services du registre, que ce soit au stade de l'inscription ou à celui de la recherche. La responsabilité retombe sur les personnes qui s'inscrivent ou qui font une recherche. Pour ce qui est du risque de défaillance du système, les conséquences peuvent en général être atténuées si l'on notifie rapidement les clients et si l'on proroge les délais qui auraient pu arriver à échéance durant la période de défaillance. Si c'est le personnel du registre qui entre les données, il y a risque d'erreur lors de la saisie ou ressaisie des données mais, là encore, on peut y pallier en mettant en place des contrôles électroniques de validation et en s'assurant que l'on fait bien parvenir au client une copie de l'inscription ou des résultats de la recherche.

63. Quelle que soit la conception du système, il convient d'indiquer clairement les responsabilités, mais aussi les limites de la responsabilité du personnel du registre en cas d'erreur humaine ou de défaillance du système. On pourrait envisager une

solution compromis en vertu de laquelle une partie des recettes du registre servirait à constituer un fonds d'indemnisation: il conviendrait alors de fixer un plafond pour les indemnités versées pour chaque incident.

64. Dans l'hypothèse d'un recours en indemnisation, il conviendrait alors de préciser le partage des responsabilités entre les personnes qui procèdent à une inscription et les tiers qui font une recherche d'avis. Les règles pourraient prévoir qu'une erreur d'indexation imputable au personnel du registre ne nuit pas à la publicité d'une sûreté, sauf lorsqu'un créancier garanti ou un acquéreur peut prouver qu'il a fait une recherche et a subi un préjudice effectif pour avoir agi contre ses propres intérêts à cause de l'erreur apparue dans le registre.

iii. Frais d'inscription

65. Des frais d'inscription et de recherche élevés, dans un but lucratif plutôt que dans l'intention de financer le coût du système, constituent en fait une taxe sur les sûretés, en dernière instance à la charge du constituant. Si l'on tient à favoriser l'accès à un crédit garanti à un coût raisonnable, les frais doivent être fixés à un taux raisonnable, de manière à encourager le recours au système, tout en permettant à celui-ci de recouvrer les dépenses d'équipement et de fonctionnement dans un délai raisonnable.

iv. Considérations relatives à la confidentialité et à la vie privée

66. Dans un système de dépôt d'avis, la relation entre le constituant et le créancier garanti est plus confidentielle, dans la mesure où les détails de la relation qui apparaissent dans le registre public sont limités.

67. La question de la confidentialité en soulève une autre: celle de savoir si le système doit être conçu de manière à permettre une recherche à partir du nom du créancier garanti en plus de celui du constituant. S'il est vrai que le volume et la teneur des avis déposés par une institution financière ou autre établissement de crédit n'ont guère à voir avec la vocation du registre, ce type d'information peut avoir une valeur marchande dans le sens où il permet d'acheter des listes de clients ou permet à des entreprises de vendre des produits financiers ou autres semblables. Ces recettes supplémentaires sont tentantes, mais il se peut que l'affichage et la vente de ce type d'information entraînent une perte de confiance, et même qu'elles soient en violation des lois sur le respect de la vie privée.

g. Les effets de la priorité

i. Inscription précoce

68. Avec la création d'un registre des opérations garanties, on peut résoudre la question des sûretés concurrentes sur le même bien grevé en adoptant la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription. Les exceptions à cette règle sont examinées en détail dans le Chapitre consacré à la priorité (voir le document A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, par. 12 à 17). À ce stade, il est pourtant un point particulièrement pertinent, celui de savoir si un créancier garanti doit être autorisé à déposer un avis avant la constitution effective de la convention de sûreté (idée analogue à celle de pré-notification d'une hypothèque dans un registre foncier.

69. L'inscription précoce permet à un créancier garanti d'établir son rang de priorité par rapport à d'autres créanciers garantis sans avoir à vérifier si d'autres avis de sûreté ont été déposés avant de verser des fonds. Elle permet aussi d'éviter le risque d'annulement de l'inscription lorsque la convention constitutive de sûreté sous-jacente présente un problème technique lors de l'inscription pour être réglé par la suite, ou lorsqu'il y a incertitude quant au moment exact auquel la convention constitutive de sûreté a été conclue.

70. Du point de vue du constituant, une protection adéquate contre le risque de voir apparaître une sûreté peut être assurée par les mêmes mesures que celles utilisées dans le cas d'inscriptions non autorisées (c'est-à-dire que le constituant nommé doit être informé de toute inscription et qu'il convient de créer une procédure administrative simplifiée pour permettre au constituant d'annuler l'inscription si le créancier garanti n'agit pas dans un délai raisonnable).

ii. Restrictions à la priorité

71. Il est précisé ailleurs dans ce Chapitre que l'inscription ne constitue pas toujours le meilleur mode de publicité sur le plan de la priorité, lorsque, par exemple, les biens grevés sont constitués de biens d'investissement rendus publics par voie de contrôle ou lorsqu'ils doivent être inscrits dans un registre de titres de propriété ou un système de certificats de titre de propriété (voir les par. 17 à 19 et 26 à 33).

72. Par ailleurs, si l'inscription peut être l'une des conditions de l'opposabilité d'une sûreté, il n'en découle pas qu'une sûreté inscrite puisse être opposable à toutes les catégories de tiers. Par exemple, un acquéreur qui achète des stocks dans le cours normal des affaires le fait habituellement libre de toute sûreté octroyée par le vendeur. De même, l'existence d'une sûreté ne porte généralement pas atteinte aux droits acquis par un preneur à bail ou un licencié sur les biens grevés, sous réserve d'un titre nominatif. Enfin, les tiers qui acquièrent des espèces ou des effets négociables dans le cadre normal des affaires sont généralement protégés vis à vis d'une sûreté préalablement inscrite.

73. Il est question de ces règles dans le chapitre sur la priorité (voir le document A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, par. 34 à 43), mais, aux fins du présent chapitre, l'essentiel est que l'inscription d'un avis de sûreté ne nuise pas à la liberté des tiers de faire des opérations commerciales normales avec le constituant portant sur les biens grevés sans avoir à consulter le registre des opérations garanties ni être lié par une sûreté inscrite dont il aurait connaissance.

h. Inscription et réalisation

74. Dans certains systèmes juridiques, un créancier garanti est tenu de déposer un avis de paiement en souffrance avant de pouvoir engager un recours en réalisation à l'égard des biens grevés. Dans d'autres systèmes, l'inscription n'est pas une condition préalable de la réalisation. La question du choix entre ces deux approches dépend partiellement de la partie à qui il incombe de notifier l'action en réalisation aux tiers ayant un intérêt inscrit dans les biens grevés. Si cette responsabilité incombe directement au créancier garanti, l'inscription n'est peut-être pas obligatoire. En revanche, si elle incombe au responsable du registre ou autre

fonctionnaire, l'inscription est indispensable pour déclencher l'obligation pour celui-ci de notifier les autres créanciers inscrits.

75. L'inscription précoce de l'intention d'engager une action en réalisation peut éviter aux créanciers concurrents, garantis ou non, qui envisageraient d'engager une action en réalisation d'avoir à faire des recherches supplémentaires. Sinon, ils seraient obligés de faire ces recherches supplémentaires pour déterminer si l'un d'entre eux avait engagé une telle action. Si, dans la pratique, il faut un minimum de communication entre créanciers pour assurer une coordination efficace, l'inscription permettrait au moins aux créanciers de mieux cibler leur recherche. (voir le document A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.5, par.…).

i. Élargissement du registre aux opérations non garanties

i. Titres de propriété et autres mécanismes

76. Une sûreté peut parfois être octroyée par le truchement du transfert du titre de propriété au créancier garanti dans le cadre d'une « cession » ou « fiducie », étant entendu que le titre est restitué une fois satisfaite l'obligation de crédit incombant à l'acquéreur ou bénéficiaire (voir le document A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, par. 29 à 45). Puisque la raison d'être de la publicité vaut quelle que soit l'opération, les systèmes juridiques dotés de lois modernes et complètes sur les opérations garanties ont adopté une approche large qui englobe toutes les opérations visant à garantir une obligation due à un créancier.

77. Cependant, les opérations garanties ne sont pas les seules à soulever des problèmes de publicité. L'existence du moindre titre de propriété entraîne des risques pour les tiers qui croient faire affaire avec le propriétaire apparent. En outre, dans la mesure où ils ne sont pas rendus publics, ces autres droits peuvent porter atteinte au rang de priorité.

78. Un moyen d'atténuer ces problèmes consiste à étendre l'obligation de publicité qui existe pour les sûretés à toutes les opérations commerciales portant sur des biens meubles susceptibles de poser des problèmes sur le plan de la publicité. Côté pratique, il faudrait faire de l'inscription d'un avis dans le registre des opérations garanties une condition préalable à l'opposabilité de l'opération à des tiers.

79. Les catégories les plus évidentes d'opérations quotidiennes se prêtant à ce mécanisme sont les suivantes:

- Vente de biens corporels assortie d'une clause de réserve du titre de propriété comme sûreté sur le prix d'achat;
- Obligation locative visant des bien corporels sur une durée assez longue (une année, disons);
- Cession directe de créances monétaires;
- Expédition en vue de la vente de biens corporels;
- Sûreté non conventionnelle sur des biens corporels constituée par le jeu de la loi.

80. Il est moins aisé de trancher la question de savoir si les règles régissant les sûretés inscrites doivent également s'appliquer à ce genre d'opération. La règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription présente manifestement un intérêt

lorsqu'une cession de sûretés vient concurrencer une sûreté sur les mêmes créances. En revanche, quand il s'agit d'une obligation locative, d'une expédition, ou d'une vente assortie d'une clause de réserve de titre de propriété, il convient de limiter la priorité chronologique afin de préserver le bailleur, le vendeur ou l'expéditeur vis à vis d'autres sûretés, éventuellement sous réserve que l'inscription soit effectuée avant l'expiration d'un délai donné, une fois l'opération effective. Ces détails sont repris dans le chapitre consacré à la priorité (document A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, par. 21 à 33).

81. The extension of the publicity and priority rules applicable to secured transactions to other commercial dealings is reflected at the international level in two conventions. The first is the Convention on International Interests in Mobile Equipment which extends the international registry contemplated by the Convention beyond charges to also include retention of title agreements in favour of sellers and aircraft leasing arrangements. The second is the United Nations Assignment Convention under which the choice of law rules governing issues of publicity and priority apply to both the outright assignment and the grant of security in receivables.

ii. Créanciers judiciaires

82. Un créancier judiciaire peut être autorisé à inscrire un avis de jugement dans le registre des opérations garanties; l'inscription confère automatiquement une priorité équivalente à une sûreté générale sur les biens meubles du débiteur. Il se peut que cette démarche incite indirectement les débiteurs à régler rapidement leurs créances judiciaires car ce mécanisme aurait comme effet d'empêcher le débiteur de vendre ou d'octroyer des sûretés à des tiers avant d'avoir réglé la créance judiciaire et fait annuler l'inscription.

83. Si cette approche est adoptée, il faut veiller à ce que le droit du créancier judiciaire ne soit pas contraire aux politiques d'insolvabilité exigeant l'égalité de traitement pour tous les créanciers chirographaires. On peut résoudre ce problème en introduisant une règle selon laquelle le représentant de l'insolvabilité obtient automatiquement une sûreté sur toute autre sûreté judiciaire antérieure (éventuellement sous réserve d'un privilège spécial en faveur du créancier judiciaire inscrit afin de compenser les frais, et efforts, d'inscription (voir également le document A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, par.. 44 à 49).

7. Autres modes de publicité

84. De préférence à un registre public, certains systèmes juridiques optent pour des mécanismes d'inscription plus limités (par exemple, l'inscription dans la comptabilité du constituant, ou dans le registre d'un notaire public ou autre fonctionnaire de la cour, ou encore dans le journal local du lieu de résidence du constituant ou dans un bulletin officiel). Bien que certains de ces modes d'inscription prennent au sérieux le risque d'antidatage frauduleux, par rapport à un registre intégral des opérations garanties, il leur manque le caractère permanent et la facilité d'accès à même de protéger les tiers.

85. Dans certains systèmes juridiques, la publicité doit se faire sous forme de plaque ou autre avis matériel affiché sur le bien grevé. Ce moyen de publicité est d'une efficacité limitée, car le constituant peut facilement en abuser. Cela dit, dans

certains secteurs, la spécificité des biens et des pratiques commerciales se prête à cette forme de possession symbolique (par exemple, le marquage du bétail au fer).

8. Opposabilité des sûretés n'ayant pas fait l'objet d'une publicité

a. Opposabilité au constituant

86. La publicité a trait aux effets de la sûreté sur les tiers. Logiquement, il ne devrait donc pas être nécessaire de faire de la publicité pour constituer une sûreté que le créancier garanti peut opposer au constituant.

87. De toutes façons, pour la plupart des questions concernant les parties immédiates, la relation entre la publicité et la constitution d'une sûreté n'est, concrètement, guère pertinente. En effet, le créancier garanti a des droits contractuels sur les biens pertinents dès le moment où la sûreté est constituée. Tant que le constituant est la seule autre partie, peu importe que les droits du créancier garanti lui confèrent la pleine propriété ou soit de l'ordre du droit individuel.

b. Opposabilité aux tiers

i. Considérations d'ordre général

88. Il existe trois possibilités pour déterminer l'opposabilité légale à des tiers d'une sûreté non soumise à publicité. La première consiste à considérer la sûreté comme étant opposable dès sa constitution, sous réserve d'une protection spéciale pour des catégories spécifiques de tiers – ceux, par exemple, qui se fient, à leurs dépens, à la propriété apparente du constituant. La deuxième consiste à faire de la publicité une condition sine qua non de l'opposabilité d'une sûreté à des tiers. La troisième consiste à soumettre une sûreté à la publicité uniquement à l'égard de certaines catégories de tiers.

89. Vu la diversité des solutions possibles, il serait peut-être plus utile d'examiner la question de l'opposabilité d'une sûreté qui n'a pas été rendue publique à l'égard des principales catégories de créanciers concurrents.

ii. Créanciers garantis concurrents

90. Si les sûretés sans dépossession peuvent prendre effet à l'égard de créanciers garantis concurrents sans avoir à faire l'objet d'une publicité, le coût direct des opérations garanties en est réduit et il n'y a pas lieu alors d'engager des frais pour l'établissement d'un registre des opérations garanties. En revanche, la publicité permet à tous les créanciers garantis concurrents de mieux mesurer le risque encouru en fonction de leur rang de priorité. En l'absence d'un tel registre, ils doivent faire confiance au constituant, et compter sur leurs propres recherches et sur leur intuition. Cette obligation de procéder à des recherches peut freiner l'accès au crédit pour certains emprunteurs potentiels ne possédant pas un solide dossier de crédit, et aussi restreindre la concurrence sur le marché du crédit.

91. Si la publicité est obligatoire, la question de savoir si une connaissance effective compense l'absence de publicité ne se pose plus. Sinon, une sûreté non rendue publique primerait une sûreté soumise à publicité et acquise avec la connaissance d'une sûreté antérieure non soumise à publicité. Ce qui aurait comme effet potentiel de compromettre, d'une part, la certitude et la crédibilité nées d'une règle générale qui voudrait que les sûretés soient soumises à publicité et, d'autre

part, la valeur de la règle voulant que le premier inscrit soit le premier dans la hiérarchie des priorités dans le contexte des sûretés concurrentes rendues publiques par inscription d'un avis dans un registre des opérations garanties. Qui plus est, il n'y a ni injustice ni mauvaise foi dans l'obligation faite au premier inscrit de supporter les conséquences de son éventuel manquement à faire une publicité en temps opportun.

iii. Cessionnaires de biens grevés

92. Vu que les sûretés confèrent un droit, un créancier garanti est supposé pouvoir faire valoir son droit sur des biens dont le titre est acquis par un acheteur tiers dans le cadre d'une cession par le constituant (c'est le "*droit de suite*"). En l'absence d'une obligation de publicité, le maintien du *droit de suite* du créancier garanti doit être vu dans le contexte de l'obligatoire protection de la certitude des cessions de biens meubles. Ce qui obligera peut-être l'adoption d'une règle protégeant le titre acquis par un acheteur qui ne connaît pas ou est censé ne pas connaître l'existence d'une sûreté n'ayant pas fait l'objet d'une publicité. Avec l'obligation de publicité, ce choix entre deux valeurs n'est plus à faire. Les acheteurs peuvent se protéger avant l'achat en vérifiant que le constituant est effectivement propriétaire du bien grevé ou qu'il en a le contrôle et en s'enquérant auprès du registre des opérations garanties ou du registre des titres de propriété, selon le cas (on peut aussi prévoir une dérogation pour les acheteurs dans le cours normal des affaires, les acheteurs de bonne foi et, éventuellement d'autres acheteurs peu informés; voir le document A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, par. 34 à 43).

93. Se pose également la question de savoir si une sûreté n'ayant pas fait l'objet d'une publicité est opposable à un acheteur qui acquiert un bien grevé en toute connaissance de cause. Les règles de priorité faisant intervenir une connaissance effective obligent à enquêter de manière objective sur un état d'esprit, lequel est éminemment subjectif, ce qui particulièrement difficile dans le contexte des entreprises et autres personnes morales. Les différends en sont plus difficiles à trancher. Un compromis possible consisterait à considérer qu'une sûreté non rendue publique est inopposable uniquement aux acheteurs qui acquièrent et le titre et la possession effective des biens grevés. Ce qui ferait de la possession par l'acheteur un acte de publicité par préemption.

iv. Preneurs

94. La position du preneur de biens grevés est quelque peu différente de celle de l'acheteur ou autre cessionnaire. Étant donné que le preneur n'achète rien, il ne saurait prétendre, preuves objectives à l'appui, avoir subi un préjudice pour avoir cru que le constituant possédait la pleine propriété des biens. Pour cette raison, ce serait peut-être une bonne idée d'exiger que le preneur respecte une sûreté préalable, que celle-ci ait ou non été rendue publique. En revanche, il convient de tenir compte des ressources supplémentaires à dégager quand il faut régler un différend dont l'objet est le statut d'un cessionnaire et des complications éventuelles découlant d'un changement dans la position du preneur après la donation.

v. Représentants d'insolvabilité

95. En l'absence d'obligation de publicité, une sûreté est généralement opposable au représentant d'insolvabilité du constituant ou aux créanciers judiciaires, à

condition que la sûreté soit octroyée avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (ou avant que toute période durant laquelle il y aurait soupçon d'insolvabilité n'ait commencé). L'on justifie parfois cet état de choses on avançant que les créanciers chirographaires ne comptaient pas sur la possession non grevée du constituant lorsqu'ils ont consenti un crédit. Même s'ils comptaient effectivement dessus, le fait même d'avoir consenti un crédit sans prendre de sûreté signifie l'acceptation du risque de subordination par rapport aux créances de créanciers garantis ultérieurs.

96. En revanche, l'obligation de publicité avant une procédure d'insolvabilité protège contre le risque d'antidatage frauduleux des instruments de garantie. Plus important encore, elle réduit le coût de l'insolvabilité en donnant au représentant d'insolvabilité un moyen efficace d'identifier les sûretés risquant d'être opposables (voir le document A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, par. 2). En dehors des procédures formelles d'insolvabilité, la publicité permet également aux créanciers judiciaires de déterminer, avant d'engager une procédure en réalisation coûteuse, si les biens du débiteur sont ou non déjà grevés (voir le document A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, par. 49).

B. Résumé et recommandations

97. C'est en enlevant au constituant les biens grevés que, traditionnellement, on rend publique l'existence d'une sûreté sur des biens meubles. Bien que la dépossession ne signale pas en bonne et due forme que les biens absents sont effectivement engagés, elle indique néanmoins clairement aux tiers que le constituant n'a plus la pleine propriété des biens en cause. Pour en arriver là, la possession doit toutefois être réelle, et non fictive. Si le constituant garde la propriété apparente, les tiers ne sont plus protégés.

98. Or, la dépossession physique n'est pas possible lorsque les biens grevés sont constitués d'obligations incorporelles que le constituant doit à un tiers. On peut en revanche trouver l'équivalent fonctionnel de la dépossession en transférant le contrôle légal de l'obligation qu'un tiers doit au créancier garanti. Par exemple, le contrôle d'un compte de dépôt auprès d'une institution financière ou d'une compagnie d'assurance peut être mis au nom du créancier garanti ou l'on peut obtenir le consentement de l'établissement dépositaire à accepter les instructions du créancier garanti.

99. Pour les créances monétaires, un créancier garanti peut généralement en obtenir le contrôle légal en demandant au tiers visé par l'obligation de lui verser directement les sommes dues. Cependant, il peut ne pas être souhaitable de considérer cette démarche comme constituant une publicité suffisante. Cette règle obligerait les créanciers potentiels, les cessionnaires éventuels et d'autres tiers souhaitant trouver leur place dans la hiérarchie des priorités à faire une recherche pour savoir si un créancier garanti antérieur avait déposé un avis faisant état de la sûreté qu'il détenait. Cette obligation de recherche freinerait le crédit garanti fondé sur l'ensemble des créances d'exploitation présentes et à acquérir du constituant.

100. La dépossession physique ou le transfert de contrôle n'est pas possible lorsque le constituant doit continuer d'utiliser les biens grevés dans le cours normal de ses affaires. De nombreux États ont créé des registres spécifiques de certificats de titres

ou de titres de propriété pour des catégories limitées de biens de grande valeur, tels que véhicules routiers, navires, aéronefs ou brevets. Lorsque ces registres existent, ils constituent un autre mode de publicité, étant donné que les tiers faisant affaire avec le constituant peuvent se protéger en faisant une recherche dans le registre des titres ou en examinant les notations inscrites sur les certificats de titres.

101. Les modes de publicité covenant pour les titres ou les biens ne conviennent pas pour les sûretés sur des fonds génériques des biens réels et à acquérir, tels que les stocks, ni pour les sûretés sur des biens spécifiques dont la valeur ne justifie pas un registre des titres. La seule solution alors possible est d'établir un registre des opérations garanties dans lequel est inscrit un avis de sûreté, renvoyant au nom du constituant.

102. En l'absence d'un registre complet des opérations garanties, il est inutile de faire de la publicité une condition indispensable à l'opposabilité d'une sûreté à un tiers. À supposer que les règles régissant la constitution d'une sûreté soient respectées, les droits d'un créancier garanti à l'égard de tiers seraient alors constatés par rapport aux règles de priorité fondées sur une décision de principe quant aux catégories de créanciers tiers qui devraient recevoir les biens libres de toute sûreté dont ils n'auraient pas connaissance ou qu'ils n'ont aucun moyen de connaître.

103. Les États qui s'intéressent à l'idée d'introduire un registre complet des opérations garanties dans le but de créer des marchés financiers compétitifs devraient donc établir un tel registre dans lequel seraient inscrits les avis de sûretés, et ce afin de permettre aux créanciers garantis potentiels ainsi qu'aux tiers de connaître leur place dans la hiérarchie de priorités avec une plus grande certitude et une plus grande crédibilité. Auquel cas, il conviendrait de trancher un certain nombre de points, et notamment de déterminer:

(a) si l'inscription dans un registre des opérations garanties confère un rang de priorité plus élevé que ne le fait une sûreté rendue publique par voie de dépossession ou de contrôle;

(b) si la publicité par voie de dépossession ou de contrôle confère un rang de priorité plus élevé par rapport aux acheteurs ou créanciers garantis concurrents pour certaines catégories de biens grevés, par exemple, les instruments négociables, dans l'intérêt de préserver la négociabilité;

(c) au cas où les biens grevés sont couverts par un registre spécialisé de titres de propriété ou par une notation sur un certificat de titre, si les sûretés concurrentes et les sûretés détenues par d'autres tiers rendues publiques par ces moyens priment une sûreté rendue publique par dépossession ou par inscription sur un registre général des opérations garanties;

(d) dans le cas d'un registre indexé en fonction du nom du constituant, quel est le moyen le plus approprié de tenir compte des questions relatives à la publicité que peut se poser un cessionnaire éloigné dont les biens sont soumis à l'inscription d'un avis, c'est-à-dire un cessionnaire qui acquiert les biens grevés d'une entité qui succédant au constituant. Si le créancier garanti n'a pas modifié l'avis pour y ajouter le nom de l'auteur du transfert, se pose la question de savoir si la sûreté doit rester opposable à un cessionnaire qui n'en aurait pas connaissance. Ou alors, se pose la question de savoir si l'inscription de biens spécifiques devrait être une condition préalable de l'opposabilité à des tiers d'une sûreté sur des biens grevés

d'une valeur relativement élevée et pour lesquels il existe un marché de revente(voitures, canots à moteur, camping cars);

(e) quelles sont les conditions nécessaires pour qu'un avis inscrit soit légalement opposable? Plus précisément: qu'est-ce qui constitue une identification adéquate du constituant et une description adéquate des biens grevés?; la valeur maximale de l'obligation devant faire l'objet d'une sûreté doit-elle être précisée dans l'avis inscrit? la durée de l'inscription, avec possibilité de renouvellement en temps opportun, doit-elle être déterminée en fonction de la durée fixée par le registre ou par voie législative? l'inscription avant la constitution effective de la sûreté est-elle admissible? une inscription unique peut-elle suffire pour rendre publique une sûreté octroyée dans le cadre de conventions constitutives successives entre les mêmes parties et visant les mêmes biens?;

(f) les techniques qui existent pour protéger un constituant contre des inscriptions non autorisées ou fausses;

(g) si certaines catégories de tiers sont en droit de demander directement au créancier garanti des détails supplémentaires sur un accord de financement: copropriétaires, créanciers chirographaires judiciaires et le représentant d'insolvabilité du constituant;

(h) la meilleure politique en matière de conception et de fonctionnement d'un registre, notamment pour ce qui est de l'établissement du registre, des frais de recherche et du degré d'informatisation du système;

(i) si l'inscription doit être une condition sine qua non de l'opposabilité à des tiers d'opérations d'achat ou de vente de biens meubles sans dépossession, même lorsqu'il ne s'agit pas de garantir une obligation, comme un long bail sur des biens meubles corporels, une vente assortie d'une clause de réserve de paiement en attendant que le paiement intervienne, une cession définitive de créances sur des biens incorporels.

A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3

Rapport du Secrétaire général sur le projet de guide législatif sur les opérations garanties, document de travail soumis au Groupe de travail sur les sûretés à sa quatrième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

Projet de guide législatif sur les opérations garanties 1-90

VII. Priorité 1-90

A. Remarques générales 1-77

1. Le concept de priorité et son importance 1-5

2. Règles de priorité 6-17

a.Priorité en fonction de l'ordre d'inscription 7-11

b. Priorité fondée sur la possession ou le contrôle 12-14

c. Autres règles de priorité 15-17

3. Types de réclamants concurrents 18-59

a. Autres créanciers détenant des sûretés conventionnelles 18

b. Créanciers chirographaires 19-20

c. Vendeurs de biens grevés 21-33

d. Acheteurs de biens grevés 34-43

e. Créanciers judiciaires. 44-49

f. Créanciers légaux (privilégiés) 50-53

g. Créanciers valorisant ou stockant des biens grevés 54-57

h. Représentants de l'insolvabilité 58-59

4. Classement des sûretés sur des avances et des biens à acquérir 60-64

a. Avances futures. 60-62

b. Biens à acquérir 63-64

5. Classement des sûretés sur le produit de biens. 65-73

6. Modification volontaire du rang de priorité: accords de subordination 74-75

7. Pertinence de la priorité avant réalisation 76-77

B. Résumé et recommandations 78-90

VII. Priorité

A. Remarques générales

1. Le concept de priorité et son importance

1. Le terme “sûreté mobilière”, tel qu’il est employé dans le présent Guide, désigne un droit réel (à savoir un droit sur un bien, consenti à un créancier pour garantir le paiement ou une autre forme d’exécution d’une obligation). Le terme “priorité” désigne, quant à lui, la mesure dans laquelle le créancier peut obtenir l’avantage économique de cette sûreté par préférence à d’autres parties faisant valoir un droit sur le même bien (voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, par. 14, définition de “priorité”). Comme on le verra ci-après, peuvent figurer parmi ces réclamants concurrents des titulaires de sûretés conventionnelles constituées sur le bien, des créanciers non garantis, des vendeurs ou des acheteurs du bien, des titulaires de sûretés non conventionnelles sur le bien (telles que des sûretés découlant de jugements ou des sûretés légales) et le représentant de l’insolvabilité du constituant.

2. Le concept de priorité est au cœur de tout régime juridique efficace en matière de sûretés mobilières. Il est largement admis qu’une règle de priorité est nécessaire pour encourager l’offre de nombreuses formes de crédit garanti bon marché. La priorité permet aux constituants de constituer plus d’une sûreté sur leurs biens et donc de mettre à profit toute la valeur de ceux-ci pour obtenir plus de crédit, ce qui est l’un des grands objectifs de tout régime efficace en matière d’opérations garanties (voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, par. 27). En outre, dans la mesure où les règles de priorité sont claires et aboutissent à des résultats prévisibles, les créanciers, y compris les créanciers non garantis, peuvent apprécier leur situation avant de consentir un crédit et prendre des mesures pour protéger leurs droits, ce qui réduit leurs risques et a ainsi un effet positif sur l’offre de crédit et le coût de ce dernier.

3. Normalement, un créancier ne consent un crédit en se basant sur la valeur d’un bien particulier que s’il peut, au moment où il accorde le crédit, déterminer, avec un degré élevé de certitude, la mesure dans laquelle d’autres créances primeront la sûreté qu’il détient sur ce bien. Le plus important pour lui est de savoir quel sera son rang en cas d’insolvabilité du constituant, en particulier lorsqu’il s’attend à ce que le bien grevé soit sa principale ou son unique source de remboursement. S’il a la moindre incertitude quant à son rang de priorité au moment de décider s’il va ou non consentir le crédit, il tablera moins sur le bien grevé. Cette incertitude pourra l’amener à accroître le coût du crédit pour tenir compte de la valeur inférieure qu’il attribue au bien, voire éventuellement à refuser purement et simplement le crédit.

4. Afin de réduire au minimum cette incertitude, il est important que les lois sur les opérations garanties prévoient des règles de priorité claires conduisant à des résultats prévisibles. Aux yeux des créanciers, l’existence de telles règles, ainsi que de mécanismes efficaces permettant de déterminer et d’établir le rang de priorité au moment où le crédit est consenti, importe peut-être autant que le contenu des règles elles-mêmes. Un créancier acceptera souvent que certains réclamants concurrents aient un rang de priorité plus élevé, à condition qu’il puisse établir qu’il sera finalement en mesure de tirer du bien grevé une somme suffisante pour obtenir le

remboursement de sa créance en cas de défaut de paiement du constituant. Par exemple, un créancier pourra être disposé à octroyer un crédit à un constituant, en se basant sur la valeur des stocks existants et futurs de ce dernier, même s'il se trouve que ces stocks servent de garantie aux créances antérieures du fournisseur qui les a vendus au constituant ou de l'entreposeur qui les a stockés pour lui, tant qu'il peut s'assurer que, même après règlement de ces créances, il sera possible de vendre ces stocks ou d'en disposer autrement de manière à obtenir un montant suffisant pour rembourser l'intégralité de sa créance garantie. Bien entendu, même si le Guide est axé sur les sûretés mobilières conventionnelles, une législation efficace sur les opérations garanties devra aussi comporter des règles permettant de résoudre les conflits de priorité entre sûretés conventionnelles et non conventionnelles.

5. Il importe de noter que, quelle que soit la règle de priorité en vigueur dans un État, elle ne jouera que dans la mesure où les règles de conflit de lois applicables l'admettent. Cette question est examinée au chapitre X (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.7, par. ...).

2. Règles de priorité

6. Diverses approches possibles pour déterminer le rang de priorité sont examinées dans la présente section. Il importe de noter que plusieurs de ces règles peuvent coexister dans le même système juridique dans la mesure où elles peuvent s'appliquer à différents types de conflits de priorité.

a. Priorité en fonction de l'ordre d'inscription

7. Comme il a été dit plus haut (voir par. 2 à 4), pour promouvoir efficacement l'offre de crédit bon marché, il faudrait envisager d'établir des règles de priorité permettant aux constituants de mettre à profit toute la valeur de leurs biens pour obtenir du crédit et aux créanciers de déterminer leur rang de priorité avec le plus haut degré de certitude au moment où ils octroient un crédit. Comme le montre le chapitre V (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, par. ...), l'un des meilleurs moyens d'apporter une telle certitude, du moins dans le cas des sûretés mobilières sans dépossession, est de recourir à un système public d'inscription.

8. Dans de nombreux pays où existe un système d'inscription fiable, le rang de priorité est généralement déterminé en fonction de l'ordre d'inscription, la préférence étant donnée au créancier ayant le premier pris inscription (ce qu'on appelle souvent la "règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription"). Dans certains pays, cette règle s'applique même si une ou plusieurs des conditions requises pour la constitution d'une sûreté n'étaient pas remplies au moment de l'inscription, ce qui évite à un créancier d'avoir à consulter de nouveau le système d'inscription une fois qu'il a été satisfait à toutes les conditions. Cette règle donne au créancier la certitude qu'une fois un avis de sûreté mobilière déposé, aucune autre inscription, en dehors des exceptions limitées examinées à la section A.3 ci-dessous, ne primera sa sûreté. Cela permet aux créanciers de se faire une bonne idée de leur rang de priorité et réduit ainsi leur risque de crédit. Les autres créanciers existants ou potentiels sont également protégés, car l'inscription leur indique qu'une sûreté existe ou peut exister, et ils peuvent alors prendre des dispositions pour se protéger. Nonobstant ce qui précède, la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription peut ne pas être d'usage dans certains cas, comme dans celui des sûretés en garantie du prix d'achat, examinées à la section A.3.c.

ci-dessous, ou dans celui des créanciers prioritaires en vertu de la loi (par exemple, les créanciers privilégiés, évoqués à la section A.3.f. ci-dessous.

9. Les exemples 2 et 3 illustrent la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription (voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, par. 18 et 23). Dans ces exemples, le prêteur B et le prêteur C sont chacun titulaire d'une sûreté sur l'ensemble des stocks et créances de sommes d'argent existants et futurs d'Agrico. Selon cette règle, le prêteur qui le premier a déposé un avis de sûreté sur ces stocks et créances aurait priorité sur l'autre, indépendamment des dates auxquelles il a été satisfait à toutes les autres conditions de constitution de la sûreté de chacun des prêteurs.

10. La législation de certains pays prévoit que, tant que l'inscription est effectuée dans un certain "délai de grâce" à compter de la date de constitution de la sûreté, le rang de priorité sera fonction de la date de constitution et non pas de la date d'inscription. Ainsi, une sûreté constituée en premier, mais inscrite en second, peut primer une sûreté constituée en second mais inscrite en premier, à condition d'avoir été inscrite avant l'expiration du délai de grâce applicable. De ce fait, tant que le délai de grâce continue à courir, la date d'inscription n'est pas une indication fiable de rang de priorité d'un créancier, ce qui crée une grande incertitude. Dans les systèmes juridiques qui ne prévoient pas de tels délais de grâce, les créanciers ne sont pas défavorisés car ils peuvent toujours se protéger en prenant inscription rapidement. C'est pourquoi, afin d'éviter de compromettre l'avantage de la certitude apportée par la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription, certains pays n'autorisent les délais de grâce que dans des cas bien particuliers, tels que i) celui des sûretés en garantie du prix d'achat de matériel (voir par. 21 à 29), ii) celui où les circonstances sont telles que l'inscription avant la constitution ou en même temps que celle-ci n'est logiquement pas possible, ou iii) celui dans lequel le délai entre constitution et inscription ne peut être réduit au minimum grâce au recours à l'inscription électronique ou à d'autres techniques d'inscription.

11. La fixation du rang de priorité en fonction de la date d'inscription peut être valable même si le créancier a acquis sa sûreté en sachant pertinemment qu'il existait une sûreté non inscrite. Des restrictions fondées sur une telle connaissance nécessitent des investigations pour établir celle-ci et rendent les inscriptions sujettes à contestation, ce qui crée une nouvelle cause de litige et une incitation à attaquer les inscriptions. Il en résulte une sécurité moindre quant au rang de priorité, de sorte que le système perd en efficacité. Pas plus que dans le cas des délais de grâce, cette approche n'est injuste pour les créanciers garantis, puisqu'ils peuvent toujours se protéger en prenant inscription rapidement.

b. Priorité fondée sur la possession ou le contrôle

12. Comme on l'a vu aux chapitres III et V (voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2, par. 5 à 14, et A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, par. ...), les sûretés mobilières avec dépossession sont traditionnellement un élément important des législations sur le crédit garanti de la plupart des pays. C'est pourquoi, même dans certains pays appliquant la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription, la priorité peut aussi être établie en fonction de la date à laquelle le créancier a obtenu la possession ou le contrôle du bien grevé, sans aucune condition d'inscription. Dans ces systèmes, la priorité est souvent donnée au créancier qui le premier soit a déposé un avis de sûreté auprès du système d'inscription soit a obtenu une sûreté par prise de possession ou de contrôle.

13. Pour certains types de biens grevés, les créanciers exigent souvent la possession ou le contrôle afin d'empêcher le constituant d'accomplir des actes de disposition interdits (par exemple dans le cas de titres comme des valeurs mobilières constatées par un certificat ou de titres représentatifs, comme des connaissements ou des récépissés d'entrepôt). La priorité d'une sûreté constituée sur des biens de ce type peut être établie soit par la possession ou le contrôle soit par l'inscription. Une sûreté rendue opposable aux tiers ("parfaite") par possession ou contrôle prime une sûreté rendue opposable uniquement par inscription, même si l'inscription est intervenue en premier. Dans les pays qui sont dotés d'un système d'inscription, sauf dans des cas rares tels que celui évoqué ci-dessus, la coexistence d'autres systèmes de priorité avec la règle de la priorité en fonction de la date d'inscription n'est pas autorisée.

14. Dans les systèmes juridiques dans lesquels la priorité peut être établie soit par inscription soit par possession ou contrôle, la question se pose de savoir si un créancier garanti qui a initialement établi sa priorité par une méthode devrait être autorisé à changer de méthode sans perdre son rang de priorité initial à l'égard du bien grevé. En principe, rien ne s'oppose à ce que le créancier soit autorisé à conserver son rang de priorité, à condition qu'il n'y ait pas rupture de continuité au niveau de l'inscription, de la possession ou du contrôle, de sorte que la sûreté soit tout le temps soumise à une méthode ou à une autre.

c. Autres règles de priorité

15. Dans certains systèmes juridiques, la priorité est fonction non pas de la date d'inscription mais de la date de constitution de la sûreté (autre forme de règle fondée sur la chronologie). Cette approche a été adoptée dans certains pays qui autorisent les sûretés sans dépossession mais qui ne se sont pas dotés d'un système d'inscription fiable, ou qui n'ont aucun système d'inscription. Dans ces pays, le créancier devra généralement pour savoir s'il existe ou non des sûretés concurrentes s'en remettre aux dires du constituant ou aux informations disponibles sur le marché.

16. Dans d'autres systèmes juridiques, pour certains types de biens tels que les créances de sommes d'argent, la priorité est fonction de la date à laquelle les débiteurs des créances ("les débiteurs du compte") reçoivent notification de l'existence de la sûreté. Pas plus que les systèmes décrits dans le paragraphe précédent et dans le paragraphe suivant, ce système n'est propre à favoriser le crédit garanti bon marché car il ne permet pas au créancier de déterminer, avec un degré de certitude suffisant, au moment où celui-ci consent le crédit, s'il existe ou non des sûretés concurrentes. Toutefois, en cas de sûretés constituées sur des créances de sommes d'argent, même si la notification des débiteurs du compte n'est pas une condition pour que la sûreté soit opposable aux tiers, elle peut néanmoins avoir son importance pour d'autres questions, comme la libération du débiteur du compte par paiement effectué à la bonne personne ou la réalisation au détriment du débiteur du compte, même dans les pays qui se sont dotés d'un système d'inscription.

17. La réserve de propriété est un bon exemple de sûretés pour laquelle il n'y a pas obligation d'inscription dans la plupart des pays qui la reconnaissent et qui n'ont pas un régime de sûretés mobilières global (c'est-à-dire un régime dans lequel de telles sûretés sont considérées comme des sûretés soumises à inscription). Dans ces pays, on fait valoir que ce système présente l'avantage non seulement d'être simple

mais aussi d'être d'un bon rapport coût-efficacité, puisque la réserve de propriété ne donne généralement pas lieu au versement d'intérêts. Néanmoins, le fait que ce système marche bien dans certains pays ne signifie pas nécessairement qu'il offre un modèle utile. En premier lieu, il n'y a pas de modèle unique puisqu'il existe de grandes divergences entre les pays qui suivent ce système (dans un pays au moins, la réserve de propriété est soumise à inscription). Deuxièmement, la concurrence avec d'autres créanciers potentiels est réduite dans la mesure où la réserve de propriété ne vaut que pour les fournisseurs, comme c'est le cas dans certains pays. En troisième lieu, même si la réserve de propriété ne donne souvent lieu au versement d'aucun intérêt, en l'absence de concurrence, le crédit pourrait devenir plus cher, le renchérissement se faisant sentir non pas au niveau du taux d'intérêt mais à celui du coût des marchandises. Enfin, même si de tels systèmes peuvent être extrêmement efficaces dans des pays qui ont une longue expérience du crédit, il est généralement admis que l'établissement d'un système de priorité en fonction de l'ordre d'inscription est le meilleur moyen d'introduire rapidement une économie fondée sur le crédit dans un pays qui n'en est pas doté.

3. Types de réclamants concurrents

a. Autres créanciers détenant des sûretés conventionnelles

18. Comme on l'a vu plus haut (voir par. 2 à 4), de nombreux systèmes juridiques autorisent le constituant à consentir plusieurs sûretés sur le même bien, ces sûretés étant classées selon la règle de priorité (premier à prendre inscription ou autre) en vigueur dans le système ou conformément à l'accord des créanciers (voir par. 76 et 77). Le fait d'autoriser ainsi la constitution de plusieurs sûretés sur le même bien permet à un constituant de tirer parti de la valeur intrinsèque de ce bien pour obtenir des crédits de sources multiples et, partant, d'exploiter au maximum le potentiel d'emprunt dudit bien.

b. Créanciers chirographaires

19. Le constituant contracte souvent des dettes non garanties par des sûretés, qui représentent souvent la majeure partie de ses engagements non réglés.

20. Certains doutent qu'il soit équitable de faire primer les créanciers garantis sur les créanciers chirographaires, mais il est amplement démontré que ce droit de préférence est nécessaire pour promouvoir l'offre de crédits garantis. Les créanciers chirographaires peuvent prendre des mesures pour protéger leurs intérêts, par exemple suivre l'état des crédits, demander une sûreté dans certains cas, appliquer des intérêts de retard ou obtenir une décision judiciaire concernant leurs créances (voir à ce sujet la section A.3.e. ci-dessous), en cas de non-paiement. En outre, l'obtention d'un crédit garanti peut accroître le fonds de roulement du constituant, ce dont profitent souvent les créanciers chirographaires, car la probabilité de remboursement de leurs créances non garanties augmente. Par conséquent, un élément essentiel d'un régime efficace en matière de crédit garanti est que les créances assorties de sûretés, obtenues régulièrement, priment les créances ordinaires non garanties. Enfin, dans de nombreux systèmes juridiques, certaines catégories de créanciers qui normalement ne détiennent pas de sûretés bénéficient d'un privilège légal spécial (voir section A.3.f. ci-dessous).

c. Vendeurs de biens grevés

i. Sûretés mobilières en garantie du prix d'achat

21. Le plus souvent, le constituant acquiert ses biens par l'achat. S'il obtient à cette fin un crédit du vendeur ou un financement d'un prêteur ("financement du prix d'achat"; voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, par. 16 à 18, et A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, par. ...) et si le vendeur ou le prêteur obtient en garantie une sûreté sur les biens en question, il faut examiner le rang de cette sûreté par rapport aux sûretés d'autres parties sur les mêmes biens.

22. Reconnaissant que le financement du prix d'achat est un moyen efficace de fournir aux entreprises les capitaux dont elles ont besoin pour acquérir des biens particuliers, de nombreux systèmes juridiques disposent que les détenteurs de sûretés en garantie du prix d'achat priment les autres créanciers (y compris ceux qui ont inscrit avant eux une sûreté sur les biens) pour ce qui est des biens acquis avec le produit de ce financement, à condition qu'un avis concernant la sûreté en garantie du prix d'achat soit déposé dans un délai approprié (un "délai de grâce" pouvant être accordé pour certaines catégories de biens).

23. L'attribution de ce rang plus élevé (parfois appelé "superprivilège") est une exception importante à la règle du classement en fonction de l'ordre d'inscription examinée à la section A.2.a. ci-dessus, exception qui est nécessaire pour promouvoir l'offre de financement du prix d'achat. Comme le montrent les exemples 2 et 3 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, par. 23 et 26), les entreprises, pour obtenir un tel financement, consentent souvent des sûretés sur la totalité ou sur une partie de leurs stocks et de leur matériel existants et futurs. Dans ce cas, si les sûretés en garantie du prix d'achat ne bénéficiaient pas d'un rang plus élevé, elles ne pourraient guère intéresser les personnes octroyant ce genre de financement, car elles seraient primées par des sécurités existantes. Dans l'exemple 1 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, par. 18 à 20), le vendeur A, le prêteur A et le bailleur A hésiteraient à fournir un financement si leurs sûretés sur les biens financés étaient primées par les sûretés existantes du prêteur B dans l'exemple 2 et du prêteur C dans l'exemple 3.

24. Le fait d'attribuer un rang plus élevé aux sûretés en garantie du prix d'achat n'est généralement pas considéré comme préjudiciable aux autres créanciers du constituant, car le financement du prix d'achat, loin de réduire la masse des biens (c'est-à-dire l'actif net ou la valeur nette) de ce dernier, y ajoute au contraire de nouveaux biens en échange des obligations contractées. Ainsi, dans les exemples 2 et 3, la position des prêteurs B et C n'est pas affaiblie par une opération de financement du prix d'achat, car ils conservent toutes leurs sûretés existantes, auxquelles s'ajoute une sûreté d'un rang inférieur à la sûreté en garantie du prix d'achat sur les nouveaux biens financés par cette opération.

25. Pour promouvoir l'offre de financement du prix d'achat sans décourager le crédit ordinaire garanti, le droit de préférence accordé aux titulaires de sûretés en garantie du prix d'achat ne doit s'appliquer qu'aux biens acquis à l'aide de ce financement et non à d'autres biens du constituant.

26. Dans certains systèmes juridiques, les sûretés en garantie du prix d'achat ne sont pas soumises à inscription (au motif notamment que les vendeurs sont probablement des parties peu averties qui ne devraient pas en principe inscrire leur sûreté ou consulter le registre). En revanche, dans d'autres systèmes, elles le sont pour éviter

que d'autres créanciers ne comptent à tort sur des biens grevés de ce type de sûretés (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, par. ...).

27. Pour un créancier concurrent, il serait avantageux d'exiger que soit déposé un avis au moment où la sûreté en garantie du prix d'achat est constituée. Ainsi, tout créancier pourrait faire une recherche dans le système d'inscription et, ce faisant, déterminer avec certitude si des biens existants du constituant font l'objet d'une telle sûreté. Toutefois, afin de faciliter le financement immédiat dans les secteurs des ventes et du crédit-bail, certains systèmes prévoient un délai de grâce pour l'inscription des sûretés en garantie du prix d'achat lorsque celles-ci sont constituées sur du matériel. Pour concilier au mieux les intérêts de chacun, ce délai doit être suffisamment long pour que l'obligation d'inscription ne soit pas trop lourde pour ceux qui financent le prix d'achat, mais suffisamment court pour que d'autres créanciers garantis n'aient pas à attendre longtemps avant de pouvoir consulter le registre et déterminer s'il y a des sûretés concurrentes.

28. En règle générale, ce délai de grâce ne s'applique pas à l'inscription des sûretés en garantie du prix d'achat de stocks. Au lieu de cela, pour obtenir un superprivilège sur les stocks, le détenteur d'une sûreté de ce type doit, dans certains systèmes juridiques, non seulement inscrire celle-ci mais également en notifier l'existence à d'autres créanciers garantis existants. Cette obligation de notification se justifie par le fait que les fournisseurs de crédit sur stocks devraient être avisés de la constitution de la sûreté afin de ne pas accorder d'autres prêts sur la base des stocks existants du débiteur en croyant à tort qu'ils bénéficieront d'un droit de préférence sur ces stocks. Sans cette obligation, ils devraient, pour éviter toute méprise, vérifier le registre tous les jours avant d'octroyer une nouvelle avance sur stocks pour s'assurer qu'aucune sûreté en garantie du prix d'achat n'est revendiquée sur ces mêmes stocks (ce qui pourrait accroître considérablement le coût de ce type de financement). Cette vérification quotidienne est du reste insuffisante si un délai de grâce était accordé pour l'inscription de ces sûretés.

29. Une question importante à trancher lors de l'instauration d'un superprivilège pour le financement du prix d'achat est de savoir si ce superprivilège devrait être accordé uniquement aux vendeurs des biens ou également aux banques et à d'autres prêteurs qui financent l'acquisition de ces biens. Les arguments en faveur d'une limitation du superprivilège aux vendeurs sont généralement historiques, à savoir que le crédit fournisseur (par exemple sous la forme d'une clause de réserve de propriété) a été conçu pour remplacer efficacement et à moindre frais le financement bancaire. Un des principaux arguments en faveur de l'octroi du superprivilège aux banques et à d'autres prêteurs est que cette égalité de traitement renforce la concurrence, qui à son tour devrait avoir un effet positif sur l'offre de crédit et le coût du crédit.

ii. Droit de revendication

30. Dans de nombreux systèmes juridiques, un fournisseur qui vend des biens à crédit sans garantie peut les revendiquer auprès de l'acheteur dans un délai spécifié (appelé "délai de revendication") après avoir découvert que l'acheteur fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité ou qu'il est tout simplement insolvable. Après restitution des biens à l'acheteur, le contrat dans le cadre duquel ceux-ci ont été initialement vendus est généralement réputé résolu.

31. Bien que le fournisseur souhaite que ce délai soit aussi long que possible pour protéger ses intérêts, les autres créanciers seront réticents à consentir des crédits garantis par des biens pouvant faire l'objet d'un droit de revendication. En outre, si le fournisseur est véritablement préoccupé par le risque crédit, il pourrait insister pour que soit constituée une sûreté sur les biens qu'il fournit à crédit en garantie de leur prix d'achat. Par conséquent, s'il importe que les fournisseurs soient autorisés à revendiquer les biens qu'ils fournissent à crédit sans garantie pour avoir certains droits sur eux, le délai de revendication devrait toutefois être court (30 à 45 jours au plus) pour ne pas faire obstacle aux prêts en général.

32. Une question importante est de savoir si le droit de revendication sur des biens particuliers devrait primer les sûretés déjà constituées sur les mêmes biens, autrement dit, si, dans le cas où un tiers octroyant un financement détient des sûretés effectives sur les stocks de l'acheteur, y compris les biens revendiqués, ces derniers devraient être restitués au vendeur libres de ces sûretés. Dans certains systèmes juridiques, la revendication a un effet rétroactif, si bien que le vendeur se retrouve dans la même situation qu'avant la vente (à savoir qu'il détient des biens ne faisant l'objet d'aucune sûreté en faveur des créanciers de l'acheteur). En revanche, dans d'autres systèmes, les biens restent grevés, au motif que tout autre résultat non seulement serait injuste pour un créancier préexistant de l'acheteur qui aurait consenti un crédit sur la base de ces biens mais créerait également des incertitudes et, partant, découragerait le financement sur stocks.

33. Dans de nombreux systèmes juridiques, le droit de revendication sur des biens particuliers est éteint dès que ces biens sont incorporés à d'autres biens dans le processus de fabrication ou ne peuvent simplement plus être identifiés.

d. Acheteurs de biens grevés

34. Le constituant peut aussi vendre des biens déjà grevés de sûretés. Dans ce cas, l'acheteur souhaite recevoir les biens libres de toute sûreté, tandis que le créancier garanti existant est soucieux de conserver sa sûreté sur les biens vendus. Il importe d'avoir une règle de priorité conciliant les intérêts des deux parties et de trouver un équilibre approprié. Si les droits d'un créancier garanti sont menacés chaque fois que le constituant vend les biens grevés, la valeur de ces biens en tant que sûreté serait considérablement réduite et l'obtention de crédits bon marché sur cette valeur serait impossible.

35. On fait parfois valoir que le créancier garanti n'est pas lésé par la vente des biens libérés de la sûreté à condition qu'il conserve une sûreté sur le produit de la vente. Toutefois, celle-ci ne le protégera pas nécessairement car le produit n'a souvent pas la même valeur pour lui que les biens initialement grevés. Dans de nombreux cas, le produit a peu de valeur, voire n'en a pas du tout, en tant que sûreté (par exemple, une créance qui ne peut être recouvrée). Dans d'autres cas, le créancier pourrait avoir des difficultés à identifier le produit et son droit sur ce dernier risque alors d'être illusoire. En outre, le produit, même s'il a de la valeur pour le créancier garanti, risque d'être dilapidé par le vendeur qui le reçoit, laissant le créancier démuni.

i. Règle fondée sur le cours normal des affaires

36. Les systèmes juridiques ont adopté différentes règles pour trouver un équilibre entre les intérêts des créanciers garantis et ceux des personnes achetant des biens

grevés aux constituants non dépossédés. Par exemple, nombre d'entre eux prévoient que la vente par le constituant de biens grevés sous la forme de stocks dans le cours normal de ses affaires entraînera l'extinction de toutes les sûretés que le créancier garanti détient sur lesdits biens, automatiquement et sans qu'aucune autre action de la part de l'acheteur, du vendeur ou du créancier garanti ne soit nécessaire. En revanche, la vente de stocks en dehors du cours normal des affaires du constituant n'éteindra pas les sûretés, le créancier garanti pouvant, en cas de défaillance de ce dernier, réaliser sa sûreté sur les stocks qui se trouvent entre les mains de l'acheteur (à moins, bien sûr, qu'il n'ait consenti à la vente).

37. Cette règle constitue sans doute un moyen simple et transparent de déterminer si les biens sont vendus libres de toute sûreté. Par exemple, dans le cas d'une concession automobile, un concessionnaire vendant une voiture à un consommateur réalise de toute évidence une vente de stocks dans le cours normal de ses affaires et le consommateur devrait automatiquement prendre la voiture libérée de toutes sûretés constituées en faveur des créanciers du concessionnaire. Par contre, la vente par ce dernier de plusieurs voitures à la fois à un autre concessionnaire n'entrerait probablement pas dans le cours normal des affaires. Cette règle correspond à ce que l'on attend d'un point de vue commercial, à savoir que le constituant vendra ses stocks de biens (et il doit du reste le faire pour assurer sa viabilité) et que les acheteurs de ces biens les acquerront libres de toute sûreté. Sans cette exception, la faculté du constituant de vendre des biens dans le cours normal de ses affaires serait gravement compromise, car les acheteurs devraient s'enquérir des droits existant sur les biens avant de les acheter, ce qui entraînerait des coûts élevés et entraverait considérablement les opérations courantes.

38. Afin d'encourager ce type de transferts dans le cours normal des affaires, de nombreux systèmes juridiques prévoient que les acheteurs obtiennent les biens libres de toute sûreté même s'ils savent effectivement que ceux-ci sont grevés. Cette exception est cependant limitée, dans certains systèmes, si l'acheteur savait que la vente a été réalisée en violation d'une convention entre le vendeur et son créancier interdisant la vente des biens sans le consentement de ce dernier.

39. En ce qui concerne les ventes réalisées en dehors du cours normal des affaires du constituant, à condition que la sûreté du créancier soit soumise à inscription dans un système d'inscription fiable et facilement accessible, l'acheteur peut se protéger en faisant une recherche dans ledit système pour déterminer si le bien qu'il achète est grevé et, dans l'affirmative, essayer d'obtenir du créancier garanti la mainlevée de la sûreté. Il faudrait peut-être s'interroger sur l'opportunité d'exempter de cette règle les articles bon marché pour lesquels le coût des recherches imposées aux acheteurs potentiels ne serait pas justifié. En revanche, on peut faire valoir que si un article est vraiment bon marché, il est peu probable qu'un créancier garanti réalise sa sûreté contre le bien qui est entre les mains de l'acquéreur. En outre, le fait de déterminer quels articles sont suffisamment bon marché pour être ainsi exemptés conduirait à des choix arbitraires et supposerait des révisions permanentes pour tenir compte des fluctuations de coût dues à l'inflation et à d'autres facteurs. C'est pourquoi il est peut-être préférable de ne pas prévoir une telle dérogation.

40. Dans certains pays qui ont un système d'inscription dans lequel on ne peut faire des recherches que d'après le nom du constituant, et non la désignation des biens grevés, un acquéreur qui achète les biens à un vendeur qui les a lui-même déjà achetés au constituant ("acheteur éloigné") obtient les biens libres des sûretés consenties par le

constituant. Cette règle se justifie par le fait qu'il serait difficile pour un acheteur éloigné de découvrir l'existence d'une sûreté consentie par un précédent propriétaire des biens grevés. Dans de nombreux cas, les acheteurs éloignés ignorent que le bien avait un propriétaire antérieur et, de ce fait, n'ont pas de raison de faire des recherches sur lui.

41. Un inconvénient possible de la règle fondée sur le cours normal des affaires est qu'un acheteur ne saura peut-être pas toujours avec certitude (en particulier dans le commerce international) quelles activités pourraient ou non s'inscrire dans le cours normal des affaires du vendeur. Un autre inconvénient éventuel serait que, si cette règle était appliquée uniquement aux ventes de stocks à l'exclusion d'autres biens, l'acheteur risquerait de ne pas savoir exactement si les biens qu'il acquiert sont considérés comme des stocks par le vendeur. Toutefois, il est à noter que, dans une relation acheteur-vendeur normale, les acheteurs sauront très probablement à quel type d'activité se livre le vendeur. En outre, cette règle correspond effectivement à une nécessité de la pratique sans compromettre le crédit garanti ou créer de complications inutiles. De plus, ces inconvénients éventuels ne concerneraient pas le commerce de détail (dans lequel la vente est présumée entrer dans le cours normal des affaires du vendeur et où l'acheteur n'est pas tenu de vérifier le registre), tandis que dans d'autres cas les acheteurs pourraient se protéger en négociant avec les vendeurs (et leurs créanciers garantis) pour obtenir les biens libres de toute sûreté.

ii. Règle fondée sur la bonne foi

42. Une autre solution adoptée par certains systèmes juridiques pour régler le problème est de prévoir qu'un acheteur obtient les biens libres de toute sûreté s'il les achète "de bonne foi" (autrement dit s'il n'a pas ou n'est pas censé avoir connaissance de l'existence des sûretés). On justifie cette règle notamment par le fait que la notion de "bonne foi" est connue de tous les systèmes juridiques et qu'elle a déjà été très souvent appliquée aux niveaux tant national qu'international. On fait également valoir qu'un acheteur devrait être présumé agir de bonne foi sauf preuve contraire.

43. Il existe plusieurs façons possibles de combiner la règle fondée sur la "bonne foi" et celle fondée sur le "cours normal des affaires". L'une d'elles consiste à retenir la notion de "cours normal des affaires" comme critère principal et à appliquer le critère de "bonne foi" à la situation des "acheteurs éloignés" décrite plus haut (voir par. 40). Ainsi, l'acheteur éloigné prendrait les biens libres des sûretés constituées par la partie à laquelle son vendeur direct a acheté les biens, sauf s'il avait ou était censé avoir connaissance de l'existence des sûretés. Même si cette solution peut involontairement donner lieu à des abus, un constituant pouvant en effet léser les droits du créancier garanti en vendant les biens en dehors du cours normal des affaires à une partie qui les vendrait ensuite dans le cours normal des affaires, il y est impérativement nécessaire de protéger les acheteurs éloignés. Un moyen de protéger les créanciers garantis dans ce cas est d'obliger le constituant de mauvaise foi à les dédommager.

e. Créanciers judiciaires

44. Dans de nombreux systèmes juridiques, une sûreté est octroyée à certaines catégories de créanciers pour lesquels cela paraît justifié. Par exemple, de nombreux systèmes prévoient que, lorsque les créanciers chirographaires ordinaires ont obtenu une décision judiciaire concernant leurs créances et ont pris certaines mesures

prescrites par la loi (telles que la saisie de certains biens ou l'enregistrement de la décision), ils se voient accorder l'équivalent d'une sûreté sur lesdits biens.

45. Les créanciers judiciaires priment les autres créanciers chirographaires en reconnaissance des dispositions juridiques qu'ils ont prises pour recouvrer leurs créances, ce qui n'est pas injuste pour ces autres créanciers car ils ont également le droit d'obtenir une décision judiciaire concernant leurs créances. Pour ne pas donner un pouvoir excessif aux créanciers judiciaires dans les systèmes juridiques où un seul créancier peut demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, les législations sur l'insolvabilité prévoient que les sûretés créées par décision judiciaire prise pendant une période spécifiée antérieure à la procédure peuvent être annulées par le représentant de l'insolvabilité.

46. Lorsqu'un créancier judiciaire se voit attribuer l'équivalent d'une sûreté, un créancier existant qui détient une sûreté conventionnelle antérieure sur certains biens a intérêt à veiller à ce que sa sûreté conserve la priorité sur la sûreté obtenue par jugement, en particulier lorsqu'il s'agit de biens sur lesquels il s'est déjà fondé pour octroyer un crédit. Le créancier judiciaire, quant à lui, a intérêt à obtenir la priorité concernant les biens qui ont une valeur suffisante pour constituer une source de remboursement de sa créance.

47. De nombreux systèmes juridiques qui ont un système d'inscription classent les sûretés en fonction du moment de leur inscription, ce qui signifie qu'une sûreté conventionnelle sur un bien inscrite antérieurement primera une sûreté judiciaire subséquente sur le même bien. Inversement, toute tentative de consentir une sûreté conventionnelle sur le bien après qu'un créancier a obtenu, sous une forme ou une autre, une sûreté judiciaire donnera lieu à une sûreté de rang inférieur à la sûreté judiciaire existante. En général, les créanciers acceptent cette approche à condition que la sûreté judiciaire fasse l'objet d'une publicité suffisante pour qu'ils puissent en être informés comme il convient et prennent en compte son existence dans leur décision d'octroyer un crédit (voir par. 48).

48. Cette règle admet généralement une exception lorsqu'elle s'applique aux avances futures (examinées de façon plus détaillée à la section A.4.a. ci-dessous). Si, habituellement, une sûreté inscrite antérieurement prime une sûreté judiciaire pour ce qui est des crédits consentis avant la date où la sûreté judiciaire prend effet, ce n'est pas le cas, en général, pour ce qui est des crédits consentis après cette date (à moins qu'ils n'aient été promis avant). Ainsi, dans l'exemple 2 (voir A/CN.9/WP.VI/WP.6/Add.1, par. 23), le prêteur B accorde périodiquement des prêts à Agrico, qui sont garantis par l'ensemble des créances de sommes d'argent et des stocks de cette entreprise. Si un créancier chirographaire obtient pour sa créance une décision judiciaire contre Agrico et se voit ainsi accorder une sûreté sur les stocks de l'entreprise, la sûreté du prêteur B sur les stocks aura la priorité sur la sûreté judiciaire pour ce qui est des prêts que le prêteur B a consentis aussi bien avant la date où le jugement a pris effet que pendant une période spécifiée ultérieure à cette date. Toutefois, la sûreté judiciaire aura la priorité pour ce qui est de tous prêts supplémentaires consentis par le prêteur B après la période spécifiée (à condition que le prêteur B ne soit pas engagé, avant la date d'effet du jugement, à accorder ces prêts supplémentaires).

49. Pour éviter que les créanciers garantis existants ne consentent des avances supplémentaires fondées sur la valeur de biens soumis à des sûretés judiciaires, il

faudrait un mécanisme pour les aviser de l'existence de ces sûretés. Dans de nombreux pays où existe un système d'inscription, on soumet à cette fin les sûretés à inscription. En l'absence de système d'inscription, ou si les sûretés judiciaires n'y sont pas soumises, le créancier judiciaire pourrait être tenu d'adresser une notification aux créanciers garantis existants. En outre, il peut être prévu que la priorité de ces derniers est maintenue pendant une certaine période (éventuellement de 45 à 60 jours) après l'inscription de la sûreté (ou après que le créancier a reçu notification) de sorte que le créancier peut prendre des mesures pour protéger ses intérêts en conséquence. Moins le créancier garanti disposera de temps pour réagir à l'existence des sûretés judiciaires, et moins ces dernières seront portées à la connaissance du public, plus leur existence potentielle compromettra l'offre de facilités de crédit sous forme d'avances futures.

f. Créanciers légaux (privilégiés)

50. De nombreux systèmes juridiques, dans le souci d'atteindre un objectif sociétal général (par exemple, la protection des recettes fiscales ou des salaires), donnent la priorité à certaines créances non garanties (dans le cadre voire en dehors d'une procédure d'insolvabilité) sur d'autres créances non garanties et, dans certains cas, sur des créances garanties (y compris des créances garanties antérieurement inscrites). Par exemple, pour protéger les créances salariales (salaires non versés) et fiscales (impôts non acquittés), certains systèmes juridiques leur donnent la priorité sur des sûretés qui existaient antérieurement. Les objectifs sociétaux différant selon les pays, les types de créances protégées, et la mesure dans laquelle la priorité leur est attribuée, diffèrent également.

51. L'avantage de privilégier certaines créances est la possibilité de poursuivre un objectif sociétal. L'inconvénient éventuel est que ces types de privilèges peuvent proliférer au point d'entamer la certitude des créanciers existants et potentiels et de faire ainsi obstacle à l'offre de crédit garanti bon marché. En outre, même si un créancier existant ou potentiel peut en déterminer l'existence avec certitude, ces créances privilégiées (qu'elles naissent dans le cadre ou en dehors d'une procédure d'insolvabilité) compromettront l'offre de crédit garanti d'une autre manière: les créanciers répercuteront généralement le fardeau économique que représentent ces créances sur le constituant en augmentant les taux d'intérêt ou en déduisant le montant estimatif de ces créances du crédit octroyé.

52. Pour éviter de décourager le crédit garanti, dont l'offre est également un objectif sociétal, il faudrait soigneusement peser les divers objectifs sociétaux avant de décider de privilégier telle ou telle créance. Les créances privilégiées devraient être aussi limitées que possible et n'être autorisées que lorsqu'il n'y a pas d'autre moyen efficace d'atteindre l'objectif sociétal poursuivi et que l'impact sur l'offre de crédit bon marché est acceptable. Par exemple, certains systèmes juridiques protègent d'une part les recettes fiscales en incitant les dirigeants d'entreprise à régler rapidement leurs problèmes financiers sous peine d'être tenus personnellement responsables, et d'autre part les créances salariales grâce à un fond public.

53. S'il existe des créances privilégiées, les lois qui en portent création devraient être suffisamment claires et transparentes pour qu'un créancier puisse en calculer le montant potentiel et se protéger. Dans certains systèmes juridiques, cette clarté et cette transparence sont assurées par l'énumération de toutes les créances privilégiées dans une loi ou en annexe à la loi. D'autres systèmes exigent, à cette fin, que les créances privilégiées soient inscrites sur un registre public et ne leur accordent la priorité que

sur les sûretés inscrites ultérieurement. Dans ces systèmes, les sûretés qui sont inscrites soit avant les créances privilégiées soit dans un délai spécifié, par exemple 45 à 60 jours après les créances privilégiées, ont la priorité, si elles ont été constituées contre l'engagement de fournir des avances futures. Toutefois, cette obligation d'inscription présente un inconvénient pour certaines créances privilégiées qui naissent immédiatement avant une procédure d'insolvabilité: il risque en effet d'être difficile d'en calculer le montant ou des les inscrire dans les délais.

g. Créanciers valorisant ou stockant des biens grevés

54. Dans certains systèmes juridiques, les créanciers qui améliorent ou remettent en état des biens grevés, tels que des réparateurs de matériel, détiennent sur ceux-ci une sûreté, qui prime généralement les sûretés constituées sur les mêmes biens en garantie d'autres créances. Cette règle de priorité a l'avantage non seulement d'inciter ceux qui apportent cette valeur ajoutée à poursuivre leurs efforts, mais également de faciliter l'entretien des biens grevés. Tant que la créance garantie par elle se limite à un montant reflétant la valeur apportée au bien grevé, cette sûreté et son rang élevé ne devraient pas être contestables par les créanciers garantis existants.

55. Certains systèmes prévoient aussi que les créanciers, tels que des bailleurs et des entreposeurs, qui stockent les biens grevés ou louent à un constituant les locaux dans lesquels sont stockés les biens grevés, ont une sûreté sur ces biens afin de s'assurer le paiement des loyers et des frais de stockage. Cette sûreté prime souvent les sûretés constituées sur les mêmes biens pour garantir d'autres créances.

56. Dans de nombreux systèmes juridiques, les sûretés décrites dans les deux paragraphes précédents ne sont pas soumises à inscription et seule la diligence raisonnable d'un créancier potentiel permet d'en déceler l'existence. En conséquence, elles sont souvent qualifiées d'"occultes". Si elles ont l'avantage de protéger les droits des parties qui en bénéficient sans que ces dernières soient obligées de supporter les dépenses liées à l'inscription, elles n'en constituent pas moins un sérieux obstacle à l'octroi de crédits garantis, car elles empêchent les créanciers de déterminer s'il existe des sûretés concurrentes. Comme cela a été indiqué au chapitre V (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, par. ...), il faudrait envisager d'exiger qu'un avis concernant ces sûretés soit déposé dans le système d'inscription.

57. Si les législateurs donnent la priorité aux droits de ces prestataires de services, la question est de savoir si ces droits devraient porter sur un montant limité et s'ils devraient être considérés comme des créances privilégiées sous certaines conditions. Une solution serait de limiter le montant (par exemple, un mois de loyer dans le cas des bailleurs) et d'accorder la priorité sur des sûretés préexistantes seulement si la valorisation profite directement aux titulaires de ces sûretés. Une autre solution serait de ne pas fixer de limite car cela restreindrait injustement l'offre de crédit à ces prestataires de services. En outre, une limitation du montant serait sans doute inutile car les créanciers garantis peuvent se protéger contre les créances nées de cette prestation de services de différentes manières, par exemple en restreignant contractuellement la mesure dans laquelle les constituants peuvent conclure des contrats pour ce type de services ou en réservant une fraction suffisante du crédit octroyé pour pouvoir payer les prestataires en cas de défaillance du constituant.

h. Représentants de l'insolvabilité

58. Il importe particulièrement qu'un créancier garanti soit en mesure de déterminer quel sera son rang si une procédure d'insolvabilité est engagée par ou contre le constituant, car il n'y aura très probablement pas assez de biens pour désintéresser tous les créanciers et les biens grevés lui servant de garantie sont peut-être sa principale ou son unique source de remboursement. C'est pourquoi, lorsqu'ils décident d'octroyer un crédit et qu'ils évaluent leur rang, les créanciers garantis, généralement, se soucient surtout de savoir quel sera ce rang dans le cas où le constituant ferait l'objet d'une procédure d'insolvabilité. Il importe donc qu'une sûreté obtenue régulièrement ne soit pas déclassée ou son rang remis en cause dans une procédure d'insolvabilité. On ne saurait trop souligner combien ce point est essentiel dans l'élaboration d'une loi efficace sur les opérations garanties. Si les lois sur le crédit garanti et sur l'insolvabilité ne sont pas claires à ce sujet, les créanciers seront beaucoup moins disposés à octroyer ce type de crédit.

59. Afin de rémunérer dûment les représentants de l'insolvabilité pour leur travail dans le cadre de la procédure d'insolvabilité, on leur accorde souvent une créance superprivilégiée sur les biens de la masse de l'insolvabilité. Cette créance et la mesure dans laquelle un représentant de l'insolvabilité peut être habilité à contester les sûretés dans différentes circonstances sont examinées en détail au chapitre IX (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, par. ...).

4. Classement des sûretés sur des avances futures et des biens à acquérir

a. Avances futures

60. Pour pouvoir déterminer le montant du crédit à consentir et les conditions pertinentes, il faut qu'un créancier garanti puisse savoir, au moment de la conclusion de l'opération garantie, quelle part du montant de sa créance se verra accorder un droit de préférence. Certains systèmes juridiques limitent ce droit au montant de la créance existant à la date de la constitution de la sûreté. D'autres exigent que soit indiqué, par voie de publicité, le montant de crédit maximum qui bénéficiera d'un droit de préférence. D'autres encore reconnaissent un droit de préférence à tous les crédits, y compris ceux consentis après la constitution de la sûreté.

61. L'avantage de limiter le droit de préférence au montant de la créance qui existait déjà au moment de la constitution de la sûreté est que le rang de la créance peut ainsi (sans que ce soit toutefois automatique) correspondre aux attentes des parties à ce moment-là et n'est préservé que par rapport aux créances qui existaient alors. L'inconvénient de cette solution est qu'elle exige une diligence accrue (il faudra par exemple rechercher les nouvelles inscriptions) ainsi que des accords et des inscriptions supplémentaires pour les sommes avancées par la suite. Cela est particulièrement problématique car l'un des moyens les plus efficaces de consentir un crédit garanti est de le faire sous la forme de crédit renouvelable, puisque c'est ce type de crédit qui correspond le mieux aux besoins de financement du constituant (voir exemple 2 dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, par. 21 à 23, et Add.3, par. 9). En conséquence, les avances futures pourraient se voir accorder le même droit de préférence que les avances faites lors de la constitution initiale de la sûreté. Dans le cas d'un crédit consenti dans le cadre de contrats prévoyant des livraisons ou prestations échelonnées de biens ou de services, la totalité de la créance devrait être

considérée comme ayant pris naissance au moment de la signature du contrat et non à chaque livraison ou prestation de biens ou de services.

62. Afin d'éviter que tous les biens du constituant soient potentiellement grevés au profit d'un seul créancier, ce qui aurait pour effet de décourager d'autres créanciers d'octroyer par la suite un crédit au constituant, de nombreux systèmes juridiques exigent que l'avis de sûreté indique un montant maximum pouvant être garanti par la sûreté, le droit de préférence étant limité à ce montant (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, par. ...). Certains craignent que le fait d'indiquer un montant maximum pose un problème de confidentialité. Cependant, on peut leur objecter que le montant maximum indiqué dans l'avis déposé ne correspond pas nécessairement au montant effectif de l'obligation garantie, mais uniquement au montant maximum qui pourra être recouvré si la sûreté est réalisée.

b. Biens à acquérir

63. Comme indiqué de façon plus détaillée au chapitre IV (voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, par. 19 à 23), une sûreté peut, dans certains systèmes juridiques, être créée sur des biens que le constituant pourra acquérir à l'avenir. La sûreté est alors obtenue au moment où le constituant acquiert les biens en question, sans qu'il soit nécessaire de prendre des mesures supplémentaires chaque fois que sont acquis de nouveaux biens. Les coûts liés à l'octroi d'une sûreté sont ainsi réduits au minimum et les attentes des parties sont satisfaites. Cette pratique concerne tout particulièrement les stocks, qui sont acquis pour être revendus, les créances, qui sont recouvrées et naissent en permanence (voir exemple 2 dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, par. 21 à 23) et le matériel qui est remplacé dans le cours normal des affaires du constituant.

64. Avec l'octroi de sûretés sur des biens à acquérir se pose la question de savoir si la priorité doit être fonction de la date de constitution initiale ou de la date d'acquisition des biens par le constituant. Cette question est réglée différemment selon les systèmes juridiques. Certains adoptent une solution différente selon le statut du créancier réclamant un droit de préférence (la date de constitution de la sûreté étant retenue pour le classement par rapport aux autres créanciers titulaires d'une sûreté conventionnelle, et la date d'acquisition des biens pour le classement par rapport à tous les autres créanciers). Il est généralement admis que le moyen le plus efficace de favoriser l'offre de crédit garanti bon marché est de retenir, pour déterminer le rang de priorité, la date de constitution initiale de la sûreté plutôt que celle à laquelle le constituant acquiert des droits sur les biens grevés (voir, par exemple, l'article 8.2 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances).

5. Classement des sûretés sur le produit de biens

65. Si le créancier détient une sûreté sur le produit et les fruits civils du bien grevé initialement, la question est de savoir quels seront le statut et le rang de cette sûreté par rapport à celles d'autres réclamants concurrents. Peuvent figurer parmi ces derniers un créancier du constituant qui a obtenu une sûreté judiciaire sur le produit ou la saisie de ce dernier et un autre créancier titulaire d'une sûreté sur le produit en tant que bien initialement grevé, ainsi que d'autres réclamants concurrents tels que ceux mentionnés ci-dessus (pour une définition de ce qui constitue le produit, voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, par. 36 à 40).

66. Un créancier garanti peut détenir une sûreté sur le produit en tant que bien initialement grevé ou en tant que produit à acquérir d'autres biens grevés. Supposons, par exemple, que le créancier A détienne une sûreté sur l'ensemble des stocks du constituant et le créancier B une sûreté sur la totalité des créances du constituant (y compris les créances futures). Supposons que le constituant débiteur vende ensuite à crédit les stocks sur lesquels le créancier A détient une sûreté. Les deux créanciers ont une sûreté sur la créance née de la vente. Le créancier B a une sûreté sur la créance en tant que bien initialement grevé et le créancier A une sûreté sur la créance en tant que produit des stocks grevés.

67. Un régime des sûretés complet doit régler plusieurs questions en ce qui concerne les créances concurrentes des créanciers garantis mentionnés ci-dessus. L'une est de savoir si la sûreté du créancier A sur la créance en tant que produit des stocks a effet non seulement à l'égard du constituant, mais également à l'égard des réclamants concurrents. La réponse doit être affirmative, dans la plupart des cas, faute de quoi la valeur des biens initialement grevés (par exemple les stocks) serait tout à fait illusoire. Les sûretés apportent plus de sécurité économique (et partant, favorisent l'accès au crédit à des taux plus abordables) uniquement lorsqu'elles donnent au créancier le droit d'obtenir que la valeur économique du bien grevé soit affectée à son désintéressement avant de pouvoir servir à désintéresser d'autres réclamants.

68. Il convient néanmoins de reconnaître que la constitution d'une sûreté sur le produit de biens soulève d'importantes questions concernant les risques créés pour les tiers. En particulier, les considérations qui ont amené à exiger la publicité pour qu'une sûreté soit opposable aux tiers peuvent porter à croire qu'une telle exigence se justifie également pour les sûretés sur le produit.

69. La législation sur les sûretés devrait donc comporter des règles qui déterminent quand la publicité donnée à la sûreté sur le bien initialement grevé suffira pour assurer la publicité de la sûreté du créancier sur le produit. Dans les cas où un mode de publicité différent (par exemple, la notification des débiteurs du compte au lieu de l'inscription), est exigé pour cette dernière sûreté, il faudrait laisser, après l'opération générant le produit, un certain délai au créancier pour assurer la publicité de sa sûreté.

70. Bien qu'il soit très important de déterminer si un nouvel acte de publicité est nécessaire pour que la sûreté du créancier sur le produit soit opposable aux tiers, une telle détermination ne suffit pas en soi pour hiérarchiser les droits sur le produit du créancier garanti et d'autres créanciers. En particulier, des règles de priorité sont nécessaires pour déterminer dans quelle mesure c'est le créancier garanti qui prime.

71. Ces règles peuvent varier en fonction de la nature du réclamant concurrent. Par exemple, s'il s'agit d'un autre créancier garanti, dont les droits dépendent également de la publicité, les règles permettant de départager les deux créanciers pourraient dépendre de la nature de la publicité et du moment où elle a été faite. S'il s'agit d'un créancier judiciaire ou d'un administrateur de l'insolvabilité, elles pourraient dépendre d'autres facteurs.

72. Dans nombre des cas où le réclamant concurrent est un autre créancier garanti, les règles de priorité relatives aux sûretés sur le produit du bien initialement grevé peuvent se déduire de celles qui s'appliquent à ce bien et des principes dont celles-ci procèdent. Par exemple, dans un système juridique où pour un bien donné, c'est la première sûreté ayant fait l'objet d'une publicité qui prime les sûretés concurrentes, on pourrait appliquer la même règle pour déterminer la priorité lorsque le bien

initialement grevé a été transféré et que le créancier garanti se prévaut d'une sûreté sur le produit. Si la sûreté sur le bien initialement grevé a fait l'objet d'une publicité avant la sûreté du réclamant concurrent sur le produit, c'est elle qui pourrait avoir la préférence.

73. Dans les cas où l'ordre de priorité de sûretés concurrentes sur le bien initialement grevé n'est pas fonction de l'ordre des actes de publicité (comme c'est le cas, par exemple, pour les sûretés en garantie du prix d'achat qui bénéficient d'un superprivilège), il faudra déterminer séparément la règle de priorité devant s'appliquer au produit de ce bien.

6. Modification volontaire du rang de priorité: accords de subordination

74. Dans de nombreux systèmes juridiques, la priorité peut être modifiée – et l'est souvent – par un créancier garanti, unilatéralement ou par contrat privé avec d'autres créanciers garantis. Par exemple, un prêteur détenant une sûreté sur tous les biens existants et à venir d'un constituant peut convenir que ce dernier pourra donner une sûreté de premier rang sur un bien particulier afin de pouvoir obtenir d'une autre source des moyens de financement supplémentaires sur la base de la valeur du bien. Ces accords doivent être distingués des accords de subordination entre créanciers non garantis qui renoncent au principe d'égalité de traitement des créances non assorties d'une sûreté. La reconnaissance de la validité de la subordination de sûretés, unilatéralement ou conventionnellement, correspond à une politique bien établie (voir, par exemple, l'article 25 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances).

75. De tels accords de subordination sont parfaitement acceptables tant qu'ils n'ont d'incidence que pour les parties qui consentent effectivement aux modifications. Ils ne doivent pas léser les droits des créanciers qui n'y sont pas parties. En outre, il est essentiel que la priorité reconnue dans un accord de subordination continue à s'appliquer en cas d'insolvabilité du constituant, ce que devraient prévoir les lois sur l'insolvabilité. En fait, dans certains pays, il peut être nécessaire qu'une telle disposition figure dans la législation sur l'insolvabilité pour que les tribunaux puissent faire exécuter les accords de subordination et pour que les représentants de l'insolvabilité puissent trancher les conflits de priorité entre parties à de tels accords sans s'exposer à une responsabilité civile (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, par. …).

7. Pertinence de la priorité avant réalisation

76. Une autre question importante est de savoir si la priorité joue uniquement après que le constituant a manqué à l'obligation sous-jacente ou si elle joue aussi avant. De nombreux pays adoptent la première approche, autorisant ainsi le détenteur d'une sûreté conventionnelle non prioritaire à recevoir des paiements échelonnés au titre de l'obligation due même si l'obligation garantie ayant la priorité n'a pas été intégralement payée, sauf convention contraire entre le réclamant prioritaire et le réclamant non prioritaire. Cette approche repose sur l'idée que, sauf convention contraire et avant défaillance, un constituant devrait être libre de disposer de ses biens et d'utiliser le produit pour acquitter ses obligations à mesure qu'elles viennent à terme, indépendamment de la priorité relative des sûretés constituées sur ces biens. Imposer au réclamant non prioritaire d'attendre en l'absence d'une telle convention expresse, représenterait un obstacle majeur à l'octroi de moyens de financement par celui-ci.

77. La situation peut être différente si le réclamant non prioritaire reçoit le produit du recouvrement, de la vente ou d'un autre acte de disposition du bien grevé. Dans de tels cas, certains pays obligent le réclamant non prioritaire à remettre le produit au réclamant prioritaire s'il savait, lorsqu'il l'a reçu, que le constituant était tenu de le remettre au réclamant prioritaire. La justification de cette règle est la même que celle donnée à la section A.3.d. ci-dessus concernant les acheteurs de biens grevés.

B. Résumé et recommandations

78. La notion de priorité est un élément fondamental de tout régime d'opérations garanties cherchant à favoriser l'office de crédit garanti bon marché. L'offre de crédit dépend de la possibilité pour les créanciers de déterminer, avec un degré élevé de certitude avant de consentir un crédit, quel sera leur rang de priorité s'ils cherchent à réaliser leur sûreté. Du fait qu'une telle réalisation intervient souvent en cas d'insolvabilité du constituant, il est essentiel que le créancier garanti conserve son rang dans la procédure d'insolvabilité (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, par. …).

79. Il est donc important que les lois relatives aux opérations garanties comprennent des règles de priorité claires et réalistes qui aboutissent à des résultats prévisibles. Ces règles devraient permettre à tous les créanciers, y compris les créanciers non garantis, de connaître leur position avant de consentir un crédit et de prendre des mesures pour protéger leurs intérêts. Le fait que les règles de priorité soient claires et aboutissent à des résultats prévisibles et l'existence de mécanismes efficaces de détermination et d'établissement du rang qui sera le sien s'il consent le crédit sont aussi importants pour le créancier que le détail des règles elles-mêmes.

80. Le moyen le plus efficace d'obtenir un tel résultat est de mettre en place un système d'inscription et d'accorder la priorité au créancier qui dépose le premier un avis de sûreté. En outre, à supposer qu'il soit fiable et facilement accessible, le système d'inscription pourrait offrir un mécanisme efficace pour faire connaître aux créanciers l'existence de sûretés concurrentes (voir par. 7 à 9).

81. Un élément essentiel d'un régime d'opérations garanties efficace est que les créances garanties, obtenues régulièrement, aient la priorité sur les créances ordinaires non assorties de sûretés.

82. Si les sûretés avec dépossession doivent demeurer un élément du régime des sûretés mobilières, il faut qu'elles soient prises en compte dans l'élaboration de la règle de priorité. Il serait donc sans doute bon de prévoir que la priorité d'une sûreté puisse être établie soit par la possession ou le contrôle soit par inscription, selon ce qui interviendrait en premier. Dans de telles situations, il serait aussi bon de permettre à un créancier garanti qui a initialement établi son rang de priorité par une méthode de changer de méthode sans perdre son rang initial concernant le bien grevé, à condition qu'il n'y ait pas rupture de continuité de l'inscription, de la possession ou du contrôle, de sorte que la sûreté soit à tout moment soumise à une méthode ou à une autre. En outre, pour certains types de biens, il pourrait être bon de prévoir qu'une sûreté rendue opposable aux tiers (ou "parfaite") par la possession ou le contrôle prime une sûreté rendue opposable uniquement par inscription, même si l'inscription est intervenue en premier (voir par. 12 à 14).

83. On ne devrait envisager des exceptions à la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription que dans la mesure où il n'existe pas d'autre moyen de parvenir à l'objectif sous-jacent de l'exception et où cet objectif justifie les incidences de l'exception sur l'offre de crédit bon marché. Toute exception de ce type devrait être clairement énoncée, afin de permettre aux créanciers d'évaluer la probabilité de l'existence de créances privilégiées et de prendre des mesures pour se protéger contre ces créances. Afin de prévenir, de la façon la plus efficace possible, les créanciers de l'existence de créances concurrentes, il faudrait envisager de soumettre toutes les créances, y compris les créances privilégiées, au système d'inscription des sûretés (voir par. 50 à 53). Certaines exceptions importantes à la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription qui devraient être examinées lors de l'élaboration de lois sur les opérations garanties concernent les sûretés en garantie du prix d'achat et les créanciers qui ajoutent de la valeur aux biens grevés (comme les réparateurs de matériels; voir par. 54 à 57).

84. Le financement du prix d'achat étant un moyen efficace de fournir aux entreprises les capitaux dont elles ont besoin pour acquérir certains biens, un régime d'opérations garanties efficace devrait prévoir que les détenteurs de sûretés en garantie du prix d'achat priment les autres créanciers (y compris ceux qui ont inscrit avant eux une sûreté sur les biens) pour ce qui est des biens acquis avec le produit de ce financement. En ce qui concerne les opérations relatives aux stocks, il faudrait, en plus de l'inscription, dûment informer les autres créanciers inscrits de l'existence d'une sûreté en garantie du prix d'achat. Outre aux vendeurs de biens, ce rang de priorité plus élevé devrait être attribué aux banques et aux autres prêteurs qui financent l'acquisition de biens (voir par. 21 à 29).

85. Un régime d'opérations garanties efficace devrait établir un juste équilibre entre les droits des acheteurs de biens et ceux des créanciers garantis qui détiennent des sûretés sur ces biens. Il devrait notamment prévoir que les acheteurs de stocks vendus dans le cours normal des affaires du constituant devraient prendre ceux-ci libres de toute sûreté accordée par le vendeur, et que le créancier garanti devrait recevoir une sûreté sur le produit de la vente (voir par. 34 à 43).

86. En reconnaissant un droit de préférence aux sûretés sur les avances futures et sur les biens à acquérir, on encouragera probablement l'octroi aux entreprises de crédits renouvelables et autres formes de crédit analogues. Plus la procédure à suivre par un créancier pour prendre rang en ce qui concerne les avances futures et les biens à acquérir sera simple, plus grande sera l'offre de ces formes de crédit (voir par. 60 à 63).

87. Pour ne pas faire obstacle à l'octroi de crédits renouvelables, comme on l'a vu plus haut (voir par. 47 et 60), ou de toute autre forme similaire de crédit, le montant pour lequel les sûretés sur les avances futures bénéficient d'un droit de préférence ne devrait pas être limité.

88. La sûreté du créancier garanti sur le produit d'un bien grevé devrait, dans certains cas au moins, être opposable non seulement au constituant mais aussi aux réclamants concurrents. La législation devrait indiquer quand un acte de publicité concernant la sûreté sur le bien initialement grevé est suffisant pour faire connaître les droits du créancier sur le produit et quand un nouvel acte de publicité est nécessaire. Elle devrait en outre comprendre des règles de priorité concernant les sûretés sur le

produit, règles qui pourront différer selon la nature du réclamant concurrent (voir par. 65 à 73).

89. Quelles que soient les règles de priorité retenues dans un régime d'opérations garanties, les créanciers devraient être autorisés à les modifier conventionnellement afin de structurer des mécanismes de financement correspondant au mieux aux besoins du constituant. De telles conventions devraient être reconnues comme valant entre les parties qui les ont conclues, en cas d'insolvabilité du constituant, mais il ne faudrait pas qu'elles lèsent les droits de personnes qui n'y sont pas parties (voir par. 74 et 75).

90. Enfin, les régimes d'opérations garanties devraient spécifier les cas dans lesquels les détenteurs de sûretés non prioritaires sur des biens déterminés ne devraient pas être autorisés, avant défaillance et réalisation, à prendre des mesures contraires aux droits des détenteurs de sûretés prioritaires sur les mêmes biens. On peut citer à titre d'exemple la conservation du produit de la vente ou de toute autre forme de disposition des biens lorsque le créancier a connaissance de l'obligation contractuelle du constituant de remettre celui-ci au créancier prioritaire (voir par. 76 et 77).

A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4

Rapport du Secrétaire général sur le projet de guide législatif sur les opérations garanties, document de travail soumis au Groupe de travail sur les sûretés à sa quatrième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	*Page*
Projet de guide législatif sur les opérations garanties	1-60	
VII. Droits et obligations des parties avant défaillance	1-60	
A. Remarques générales	1-45	
1. Introduction	1-6	
2. Autonomie des parties	7-10	
a. Le principe	7	
b. Limites	8-10	
3. Règles supplétives	11-45	
a. Signification	11-12	
b. Objectifs essentiels	13-14	
c. Types de règles supplétives	15-45	
B. Résumé et recommandations	46-60	

VII. Droits et obligations des parties avant défaillance

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Les conditions de validité et d'opposabilité d'une convention constitutive de sûreté devraient être minimales et faciles à remplir (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, par. ...). Toutefois, l'efficacité et la prévisibilité dans les opérations garanties exigent que soient insérées dans cette convention des clauses supplémentaires destinées à couvrir d'autres aspects de ces opérations. Les parties elles-mêmes sont encouragées à adapter les clauses de la convention constitutive de sûreté à leurs besoins et à leurs souhaits. Cependant, pour combler les lacunes pouvant découler de l'absence de telles clauses, un régime moderne applicable aux opérations garanties devrait comporter un ensemble de règles supplétives énonçant dans le détail les droits et obligations des parties avant défaillance. Une de ces règles pourrait prévoir, par exemple, que les revenus tirés des biens grevés peuvent être conservés par le créancier garanti et accroître la valeur de ces biens ou être affectés au remboursement de l'obligation garantie en cas de défaillance.

2. Des règles détaillées sur les droits et obligations des parties avant défaillance augmentent l'efficacité et la prévisibilité de plusieurs manières. Elles contribuent à clarifier la situation des parties en comblant d'éventuelles lacunes concernant des questions que celles-ci n'ont pas abordées dans la convention constitutive de sûreté. Permettre aux parties de définir leur relation à l'aide d'un ensemble de règles supplétives constitue également un principe fondamental, ou du moins l'un des corollaires les plus importants, d'un régime efficace en matière d'opérations garanties sur des biens meubles (voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, par. 28 et 30). À cet égard, le Guide adopte la même approche que certains systèmes juridiques nationaux modernes (par exemple, art. 2736 à 2742 du Code civil du Québec et art. 9-207 à 9-210 de l'Uniform Commercial Code), certaines lois types régionales (par exemple, art. 15 de la Loi modèle de la BERD et art. 33 de la Loi type interaméricaine) et certaines conventions internationales relatives aux ventes internationales (par exemple, art. 6 de la CVIM) ou à des aspects particuliers des opérations garanties portant sur des biens meubles (par exemple, art. 11-1 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances et art. 16 de la Convention sur les matériels d'équipement mobiles).

3. De plus, en répartissant les droits et obligations entre le créancier garanti et le constituant de la manière dont ceux-ci auraient très probablement convenu, des règles supplétives permettent de réduire le coût des opérations, en évitant aux parties d'avoir à négocier et à rédiger de nouvelles clauses sur des questions qu'elles traitent déjà de manière appropriée. En outre, des règles supplétives claires donnent des orientations aux parties ainsi qu'aux juridictions étatiques ou aux tribunaux arbitraux, réduisant ainsi les risques de litiges, de frais de procédure et de décisions contradictoires. Enfin, du fait qu'elles sont susceptibles de dérogation par les parties, les règles supplétives peuvent constituer un outil d'aide à la rédaction en fournissant une liste récapitulative des questions que les parties souhaitent peut-être aborder lorsqu'elles négocient et concluent la convention constitutive de sûreté.

4. Les règles supplétives permettent également aux parties de tirer pleinement avantage du principe de l'autonomie, ce qui est particulièrement important dans les opérations durables ou dans d'autres opérations où les parties ne peuvent pas tout prévoir ou ont même intérêt à adopter une approche souple, car les obliger à formaliser toutes les modifications et additions ultérieures à leur convention initiale imposerait des frais élevés, qui seraient en définitive supportés par le constituant.

5. La portée du présent chapitre est limitée à trois égards. Tout d'abord, les conditions requises pour l'existence d'une sûreté mobilière (par exemple le contenu minimum d'une convention constitutive de sûreté) ne sont pas traitées ici car elles remplissent une fonction différente et sont, à ce titre, abordées au chapitre IV (voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, par. 48 à 60). Ensuite, les droits et obligations des parties nés après défaillance ne sont pas examinés non plus, car la défaillance soulève des problèmes de fond différents, qui sont abordés au chapitre VIII (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.5). Enfin, le but ici n'est pas d'énumérer toutes les questions que les parties souhaiteront éventuellement aborder lorsqu'elles négocieront leur convention, mais de ne fournir, par nécessité, qu'une liste indicative ou non exhaustive des droits et obligations dont les parties négociant librement une opération garantie classique conviendront très probablement.

6. Le présent chapitre examine pour commencer deux importantes questions de fond. La première concerne le principe de l'autonomie des parties et la mesure dans laquelle celles-ci devraient être libres d'élaborer le contenu de leur convention constitutive de sûreté (en supposant que cette dernière satisfait aux conditions de fond et de forme requises pour créer une sûreté). La seconde concerne le type et le nombre de règles supplétives à prévoir dans une législation moderne sur les opérations garanties, de manière à englober les nouveautés et évolutions dans ce type d'opérations. Le chapitre conclut en résumant les règles supplétives recommandées.

2. Autonomie des parties

a. Le principe

7. À condition qu'elle n'empiète pas sur des considérations de protection des consommateurs ou des considérations d'ordre public similaires, l'autonomie des parties peut être posée en principe fondamental régissant la relation des parties à la convention constitutive de sûreté avant défaillance. Si l'autonomie des parties laisse aux fournisseurs de crédit une grande latitude pour déterminer le contenu de la convention, elle contribue également à donner aux constituants un plus large accès à des crédits meilleur marché.

b. Limites

8. Le créancier garanti et le constituant devraient être généralement libres de définir leurs droits et obligations contractuels réciproques. Toutefois, cette liberté s'étend aux effets contractuels de la convention constitutive de sûreté mais non à ses effets sur le droit de propriété. L'autonomie s'applique aux parties à la convention (en d'autres termes au créancier garanti et au constituant) mais ne devrait pas avoir d'incidences sur les droits ou obligations des tiers.

9. Comme il est impossible de prévoir toutes les circonstances dans lesquelles une sûreté mobilière peut être exigée pour garantir l'exécution d'une obligation, il est souhaitable de ne pas trop limiter la faculté des parties d'adapter une opération garantie à leurs besoins et à leur situation. Il faut toutefois restreindre l'autonomie des parties pour éviter les clauses abusives (par exemple, en cas de constitution d'une sûreté trop importante, voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, par. …). Ces restrictions devraient être clairement définies et se fonder sur des motifs d'ordre public et en particulier sur le principe de la bonne foi et de la loyauté commerciale.

10. En dehors de ces restrictions raisonnables, que chaque système juridique déterminera en fonction de ses propres critères d'ordre public, il faudrait donner aux parties suffisamment de liberté pour:

i) S'entendre sur les clauses de la convention constitutive de sûreté;

ii) Définir l'obligation à garantir et les événements qui entraînent la déchéance du terme; et

iii) Déterminer ce que le constituant peut ou ne peut pas faire avec les biens grevés.

3. Règles supplétives

a. Signification

11. Les règles figurant dans le présent chapitre sont censées s'appliquer sauf stipulation contraire des parties. Elles s'appliquent automatiquement si rien ne prouve que les parties avaient l'intention de les écarter. Les règles qui s'appliquent "sauf convention contraire des parties" sont diversement désignées selon les pays (on parle, par exemple, de *jus dispositivum*, de lois supplétives, de *normas supletorias*, de règles non contraignantes, de règles par défaut). Quel que soit le terme retenu, il devrait indiquer clairement que ces règles ne s'appliquent et n'ont force obligatoire que si les parties n'en ont pas décidé autrement.

12. Les règles supplétives examinées dans le présent chapitre concernent uniquement les événements les plus habituels qui surviennent dans le cours d'une opération garantie. En d'autres termes, elles portent sur les droits et obligations dont le législateur déduit objectivement que les parties les auraient très probablement assumés d'un commun accord sans toutefois les avoir expressément prévus dans la convention constitutive de sûreté.

b. Objectifs essentiels

13. Toutes les règles supplétives devraient viser des objectifs essentiels, par exemple, déterminer de façon raisonnable qui doit prendre soin du bien grevé et préserver sa valeur avant défaillance. Il est préférable de laisser aux parties l'initiative d'insérer, dans la convention constitutive de sûreté, des clauses supplémentaires visant à protéger davantage les prêteurs garantis ou les constituants. Par exemple, les parties pourraient préciser, dans leur convention, la loi applicable à leurs droits et obligations mutuels ou convenir que le constituant mettra sur un compte de dépôt déterminé tout produit d'une assurance provenant du remboursement d'un bien grevé perdu. Il ne s'agit là que de quelques exemples des

nombreux éléments que les parties contractantes définissent généralement de manière expresse dans leur convention.

14. Les règles supplétives devraient tenir compte des besoins et des pratiques de chaque pays. Cependant, la plupart des pays reconnaîtront probablement les avantages qu'offre l'adoption de règles favorisant l'accès à un crédit meilleur marché et encourageant les personnes ayant la possession et la garde des biens grevés à avoir un comportement raisonnable. Par exemple, la plupart des pays accepteraient une règle supplétive qui reconnaîtrait au créancier garanti le droit de se faire rembourser les dépenses raisonnables engagées pour préserver le bien grevé.

c. Types de règles supplétives

15. On peut faire une distinction entre les droits et obligations d'un créancier garanti en possession des biens grevés (sûreté mobilière avec dépossession), les droits et obligations du constituant en possession des biens grevés (sûreté mobilière sans dépossession) et les droits et obligations communs aux deux types de sûretés.

i. Sûretés mobilières avec dépossession

16. Dans le cas des sûretés mobilières avec dépossession, les règles supplétives devraient, à tout le moins, encourager le créancier garanti à préserver la valeur des biens grevés, en particulier si ces derniers génèrent un revenu. On trouvera énumérés ci-après certains des droits et obligations les plus importants conférés à un créancier garanti en possession des biens grevés.

a) Obligation de diligence

17. On peut encourager le créancier garanti en possession à adopter un comportement responsable en lui imposant l'obligation de prendre raisonnablement soin du bien grevé. Si les parties ne sont pas autorisées à écarter l'obligation de diligence ni à exonérer le créancier garanti de responsabilité en cas de non-respect de cette obligation, elles peuvent néanmoins en modifier la portée et les modalités d'exécution. La portée de cette obligation varie selon la nature des biens. Dans le cas des biens corporels, il s'agirait d'une obligation de conserver physiquement les biens (en ce qui concerne les biens incorporels, voir par. 19 et 34).

18. Selon les circonstances, l'obligation de diligence peut être exécutée de diverses manières. Dans certains cas, il peut être déraisonnable d'attendre du constituant qu'il veille sur le bien grevé et plus approprié que le créancier garanti en possession du bien s'acquitte de cette obligation. Dans d'autres cas, il peut suffire que le créancier garanti avise le constituant, qui est probablement mieux placé pour prendre les mesures nécessaires en vue de conserver le bien (mais pas dans les locaux du constituant car la restitution du bien grevé peut entraîner l'extinction de la sûreté). Attendu qu'il est impossible d'indiquer, dans une seule règle supplétive, toutes les différentes formes que l'obligation de diligence peut prendre suivant les situations, il est souhaitable que cette règle soit rédigée en termes généraux.

b) Obligation de prendre des mesures supplémentaires pour préserver les droits du constituant sur des biens incorporels

19. Si le bien grevé consiste en un droit au paiement d'une somme d'argent incorporé dans un instrument négociable, l'obligation de diligence ne se limite pas à

la conservation physique de cet instrument. Elle implique également l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour maintenir ou préserver les droits de constituant contre les signataires antérieurs liés par l'instrument négociable. Ces mesures peuvent être, par exemple, la présentation de l'instrument, l'établissement d'un protêt, si celui-ci est exigé, et la notification du refus d'acceptation ou de paiement. Il incombe également au créancier garanti en possession d'un bien grevé sous la forme d'un instrument négociable de préserver les droits du constituant en prenant des mesures contre les signataires obligés à titre secondaire (par exemple les donneurs d'aval).

c) Droit de se servir raisonnablement du bien grevé

20. Le créancier garanti devrait être autorisé à se servir du bien grevé ou à l'exploiter en vue de sa conservation et de son entretien, mais toujours d'une manière et dans une mesure raisonnables.

d) Obligation de garder les biens grevés sous une forme identifiable

21. Si les biens grevés sont des biens non fongibles, le créancier garanti doit les garder sous une forme identifiable et ne pas les confondre avec d'autres biens. S'il s'agit de biens fongibles confondus avec d'autres biens de même nature, l'obligation de les garder sous une forme identifiable implique alors de conserver des biens dans les mêmes quantités et de même qualité et valeur que les biens initialement grevés.

e) Obligation d'autoriser l'inspection par le constituant

22. Une autre obligation du créancier garanti en possession est d'autoriser le constituant à inspecter les biens grevés à des moments raisonnables.

f) Droit de garder tout produit ou fruit civil à titre de sûreté supplémentaire

23. Il faudrait permettre au créancier garanti de conserver le produit ou les "fruits civils", sous forme monétaire ou non (voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, par. 36 et 37), tirés du bien grevé. Le produit ou les fruits civils sous forme monétaire peuvent être affectés au paiement de l'obligation garantie, sauf stipulation contraire des parties dans la convention constitutive de sûreté.

g) Droit de céder l'obligation garantie et la sûreté

24. Le créancier garanti peut céder l'obligation garantie et la sûreté (dans certains systèmes juridiques même en dépit des limitations contractuelles de la cession; (voir art. 9-1 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances). Les sûretés peuvent exceptionnellement être cédées séparément de l'obligation qu'elles garantissent (par exemple, en cas de transfert d'une sûreté détenue par une société mère sur les biens d'une filiale à un établissement financier pour permettre à cette filiale d'obtenir un nouveau crédit).

h) Droit de nantir à nouveau le bien grevé

25. Dans certains systèmes juridiques, le créancier garanti peut constituer une sûreté sur le bien grevé en garantie d'une dette (nouveau nantissement du bien grevé) à condition que le droit du constituant de récupérer le bien après paiement de

l'obligation garantie ne soit pas lésé. Dans d'autres systèmes, le créancier garanti en possession n'est pas autorisé à nantir de nouveau le bien grevé même s'il le fait de manière à ne pas porter atteinte au droit du constituant de récupérer le bien après exécution de l'obligation garantie. Toutefois, dans le cas des opérations garanties portant sur des titres d'investissement, ce droit est couramment reconnu au créancier garanti (les sûretés sur des titres d'investissement n'entrent cependant pas dans le cadre du présent Guide).

i) Droit de contracter une assurance contre la perte ou la détérioration du bien grevé

26. Le risque de perte ou de détérioration des biens grevés continue d'être assumé par le constituant malgré la constitution d'une sûreté (dans la plupart des systèmes juridiques, le constituant conserve un droit de propriété sur ce bien). Cependant, il est dans l'intérêt du créancier garanti de garder le bien grevé entièrement assuré. Par conséquent, il devrait être autorisé à contracter une assurance au nom du constituant et à se faire rembourser.

j) Droit de payer des taxes au nom du constituant

27. Les taxes assises sur les biens grevés relèvent également de la responsabilité du constituant. Toutefois, un créancier garanti devrait être autorisé à acquitter ces taxes au nom du constituant pour protéger sa sûreté sur les biens. Un tel paiement devrait être considéré comme une dépense raisonnable engagée pour la conservation du bien grevé que le créancier garanti devrait être autorisé à se faire rembourser.

k) Droit de se faire rembourser ses dépenses raisonnables

28. Les dépenses nécessaires à la garde et à la conservation des biens grevés lorsqu'ils sont en possession du créancier garanti devraient être supportées par le constituant. Si elles le sont par le créancier garanti en possession des biens grevés dans l'exécution de son obligation de diligence, celui-ci a le droit de se les faire rembourser par le constituant. Les primes d'assurance (voir par. 26) et le paiement des taxes (voir par. 27) sont des exemples de dépenses raisonnables qui peuvent être mises à la charge du constituant et que le créancier garanti a le droit de se faire rembourser.

29. La convention constitutive de sûreté peut prévoir d'autres modalités d'attribution des dépenses liées à la conservation et au soin des biens grevés. Elle peut également prévoir d'autres types de dépenses, destinées à protéger les droits du créancier garanti sur les biens grevés et non ceux du constituant. Même si ces dépenses sont raisonnables, elles ne devraient pas être mises à la charge du constituant, sauf stipulation contraire dans la convention constitutive de sûreté.

l) Obligation de restituer le bien grevé

30. Après paiement intégral de l'obligation garantie, le créancier garanti en possession doit restituer le bien grevé au constituant. Cette obligation n'étant pas susceptible de dérogation contractuelle par le créancier garanti, elle constitue normalement une règle impérative et non une règle supplétive.

ii. Sûretés mobilières sans dépossession

31. Un objectif clef d'un régime efficace en matière d'opérations garanties est d'encourager le comportement responsable du constituant qui reste en possession des biens grevés (voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, par. 33). C'est pourquoi les principes sur lesquels reposent les règles supplétives concernant la sûreté mobilière sans dépossession visent à maximiser le potentiel économique des biens du constituant (voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, par. 28). Encourager l'utilisation économique de ces biens facilite la génération de revenus pour le constituant. Le maintien de la valeur avant défaillance des biens grevés est conforme à l'objectif de maximisation de la valeur de réalisation de ces biens dans l'intérêt du créancier garanti.

a) Obligation d'autoriser l'inspection par le créancier garanti

32. Le créancier garanti devrait avoir le droit de vérifier dans quelles conditions le bien grevé est gardé par le constituant en possession. À cette fin, ce dernier devrait être tenu de l'autoriser à inspecter le bien à tout moment raisonnable.

b) Obligation de maintenir les biens grevés correctement assurés et de payer des taxes

33. L'obligation de diligence imposée au constituant en possession implique notamment que ce dernier doit assurer correctement le bien grevé et veiller à ce que les taxes y afférentes soient acquittées. Si ces dépenses sont supportées par le créancier garanti, ce dernier a le droit de se faire rembourser par le constituant, dont l'obligation de remboursement est garantie par la sûreté (voir par. 26 et 27).

c) Obligation de prendre des mesures pour préserver les droits sur les biens grevés

34. Lorsque les biens grevés sont des biens incorporels, tels que le droit du constituant à paiement sous forme de créances de sommes d'argent (par exemple, de comptes de dépôt, de redevances ou de droits au titre de brevets, droits d'auteur et marques), l'obligation de diligence du constituant consiste essentiellement à prendre les mesures nécessaires pour préserver ces droits (en ce qui concerne les droits incorporés dans un instrument négociable, voir par. 19).

d) Droit de percevoir un produit ou des "fruits civils"

35. Toute appréciation des biens grevés en possession du constituant ou tout profit tiré de ces biens, que ces biens supplémentaires soient considérés comme des fruits civils ou naturels ou comme un produit (pour un examen de la question, voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, par. ...), sont automatiquement soumis à la sûreté détenue par le créancier garanti, sauf convention contraire (voir par. 23).

e) Obligation de reddition de comptes et obligation de tenir une comptabilité adéquate

36. Lorsque les biens grevés consistent en biens producteurs de revenu en possession du constituant, à condition que la sûreté porte également sur le revenu généré par ces biens, le constituant peut notamment être obligé de tenir une

comptabilité adéquate et de rendre raisonnablement des comptes concernant la disposition et la gestion du produit tiré de ces biens.

f) Droit d'utilisation, de disposition, de mélange, de transformation et de confusion des biens grevés

37. Le constituant en possession a le droit d'utiliser, de mélanger, de transformer les biens grevés et de les confondre avec d'autres biens. En principe, il ne devrait pas avoir le droit de disposer des biens grevés sans l'autorisation du créancier garanti. Exceptionnellement, toutefois, il peut en disposer à condition de le faire dans le cours normal de ses affaires (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, par. ...).

38. En cas de disposition des biens grevés entraînant l'extinction de la sûreté grevant ces biens, celle-ci peut s'étendre au produit (pour un examen de la question, voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, par. 41 à 47).

g) Droit de consentir une autre sûreté sur le même bien

39. Le constituant devrait être autorisé à consentir une sûreté subséquente sur un bien déjà grevé.

h) Droit du créancier garanti de radier l'inscription ou de prendre d'autres mesures

40. Après exécution intégrale de l'obligation garantie, le créancier garanti doit libérer le bien grevé et demander la radiation de l'inscription de la sûreté ou prendre toute autre mesure en vue de faire savoir que les biens du constituant ne sont plus grevés (cette obligation n'étant pas susceptible de dérogation contractuelle par le créancier garanti, elle est normalement une règle impérative et non une règle supplétive).

iii. Droits et obligations communs aux deux types de sûretés

a) Obligation de diligence

41. Si le bien grevé est un bien corporel, l'obligation de diligence consiste principalement à conserver ce bien (voir par. 17). S'il s'agit d'un bien incorporel, l'obligation de diligence incombant au créancier garanti consiste à la fois à conserver physiquement tout instrument et à prendre les mesures nécessaires pour défendre et faire exécuter le droit à paiement incorporé dans cet instrument (voir également par. 19 et 34).

b) Obligation du constituant de compenser toute dépréciation inattendue

42. Si la valeur des biens grevés diminue sensiblement pour des raisons imprévisibles au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté, le constituant sera sans doute tenu de proposer une sûreté supplémentaire pour compenser cette dépréciation inattendue et importante.

43. S'agissant de la dépréciation prévisible du bien grevé due à l'effet du temps ou aux conditions du marché, les parties à la convention constitutive de sûreté souhaiteront peut-être prévoir que, si cette dépréciation devenait importante, le

constituant devrait proposer une sûreté supplémentaire ou le créancier garanti pourrait considérer qu'il s'agit là d'un événement entraînant la déchéance du terme.

c) Droit de céder la sûreté avec l'obligation garantie

44. Un créancier garanti peut librement céder l'obligation garantie, auquel cas la sûreté suit normalement (voir, par exemple, art. 10 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances; dans certains cas, le créancier garanti peut céder la sûreté sans l'obligation garantie; voir par. 24). Après la cession, tous les droits et toutes les obligations du créancier garanti initial sont transférés au cessionnaire.

d) Obligation du créancier garanti de restituer le bien grevé ou de libérer de toute autre manière le bien grevé

45. Après exécution intégrale de l'obligation garantie, le créancier garanti en possession doit restituer le bien grevé au constituant (voir par. 30). Dans le cas d'une sûreté mobilière sans dépossession inscrite sur un registre public, il doit demander la radiation de cette inscription ou déposer un avis de libération du bien grevé (voir par. 40).

B. Résumé et recommandations

46. Les règles supplétives figurant dans le présent chapitre ont pour objet de préciser les droits et obligations avant défaillance des parties à la convention constitutive de sûreté. Elles concernent uniquement les droits et obligations contractuels des parties avant défaillance et ne traitent pas des effets de la convention constitutive de sûreté sur le droit de propriété ni de la relation entre les parties après défaillance.

47. Ces règles sont facultatives et non impératives, de sorte qu'il faudrait faire figurer, en préambule à chacun des droits et à chacune des obligations conférés aux parties, la formule "sauf convention contraire". Un corollaire au caractère facultatif de ces règles est que les parties peuvent renoncer aux droits et obligations qui leur sont conférés ou les modifier, à moins qu'une telle renonciation ne soit contraire à l'ordre public ou ne déroge à un principe fondamental de bonne foi et de loyauté commerciale.

48. En principe, il devrait être loisible aux parties à une opération garantie de convenir des modalités de leur relation sous réserve des limites imposées par l'ordre public et la protection des tiers. Par exemple, le créancier garanti en possession ne peut déroger contractuellement à l'obligation de restituer le bien grevé au constituant après paiement de l'obligation garantie (voir par. 30, 40 et 45).

49. Un créancier garanti en possession du bien grevé devrait prendre soin de ce bien, le conserver et le maintenir en bon état. Il est aussi tenu d'effectuer toutes les réparations nécessaires à cette fin. Dans le cas de biens corporels, il devrait les garder sous une forme permettant de les identifier clairement. S'il s'agit de biens fongibles, l'obligation de diligence implique également une obligation de conserver des biens dans les mêmes quantités et de même qualité et valeur que les biens initialement grevés.

50. Lorsque le bien grevé consiste dans le droit du constituant au paiement d'une somme d'argent, que ce droit soit ou non incorporé dans un instrument, l'obligation de diligence de la part du créancier garanti devrait comprendre l'obligation de préserver les droits du constituant contre les personnes secondairement responsables.

51. Le créancier garanti en possession devrait autoriser le constituant à inspecter le bien grevé à tout moment raisonnable et, dès que l'obligation garantie est pleinement satisfaite, lui restituer le bien grevé.

52. Le créancier garanti en possession peut être autorisé à retenir comme sûreté supplémentaire toute appréciation du bien grevé ou tout produit tiré de ce bien. Dans le cas d'un produit en espèces, il peut affecter celui-ci au paiement de l'obligation garantie ou le remettre au constituant.

53. Sauf dans un nombre limité de cas, le créancier garanti ne peut constituer une sûreté sur les biens grevés dont il a la possession.

54. Les dépenses raisonnables engagées par le créancier garanti dans l'exécution de son obligation de garde et de diligence (y compris les frais d'assurance et le paiement des taxes) doivent lui être remboursées. Ce droit au remboursement devrait également être garanti par le bien grevé.

55. Dans le cas de sûretés mobilières sans dépossession, le constituant qui reste en possession des biens grevés devrait également être tenu d'une obligation de garde et de conservation. Dans l'exécution de cette obligation, il doit supporter les dépenses nécessaires, telles que primes d'assurance, taxes et autres charges.

56. Le constituant en possession devrait avoir le droit d'utiliser, de mélanger, de transformer les biens grevés et de les confondre avec d'autres biens, ainsi que d'en disposer dans le cours normal de ses affaires. La sûreté peut s'étendre sur le produit ou les "fruits civils" tirés du bien grevé.

57. Le constituant en possession peut octroyer une sûreté subséquente sur les biens grevés.

58. Le constituant en possession devrait autoriser le créancier garanti à contrôler les biens grevés à des moments raisonnables. Dans le cas de biens grevés générateurs de revenu, il incombe au constituant de tenir une comptabilité raisonnable indiquant dans le détail les actes de disposition des biens grevés et la gestion du produit tiré de ces biens.

59. Si les biens grevés sont des biens incorporels, l'obligation de diligence du constituant consiste également à faire valoir ou à défendre son droit à paiement ou à prendre les mesures nécessaires pour recouvrer sa créance.

60. Une fois l'obligation garantie pleinement exécutée, il incombe au créancier garanti de demander la radiation de l'inscription de la sûreté ou de prendre toute autre mesure afin de notifier aux tiers la libération des biens grevés.

A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6

Rapport du Secrétaire général sur le projet de guide législatif sur les opérations garanties, document de travail soumis au Groupe de travail sur les sûretés à sa quatrième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Page*
IX.	Insolvabilité	1-59	
	A. Remarques générales	1-51	
	1. Introduction	1-4	
	2. Les sûretés dans le cadre des procédures d'insolvabilité	5-51	
	a. Inclusion des biens grevés dans la masse de l'insolvabilité	7-19	
	b. Restrictions à la réalisation des sûretés	20-27	
	c. Participation des créanciers garantis à la procédure d'insolvabilité	28-29	
	d. Opposabilité des sûretés et actions en annulation	30-32	
	e. Ordre de priorité des sûretés	33-35	
	f. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure	36-41	
	g. Procédures de redressement	42-47	
	h. Procédures de redressement accélérées	48-51	
	B. Résumé et recommandations	52-59	

IX. Insolvabilité

A. Remarques générales

1. Introduction

1. En principe, une procédure d'insolvabilité devrait reconnaître l'efficacité et la priorité d'une sûreté et préserver sa valeur économique. Un régime d'insolvabilité peut toutefois modifier les droits des créanciers garantis pour mettre en œuvre des politiques économiques et sociales générales (par exemple, protéger les créanciers chirographaires et les salariés). Lorsque c'est le cas, les créanciers dont les sûretés pourraient être modifiées peuvent quantifier ce risque et en tenir compte dans leur décision d'accorder ou non un crédit et à quelles conditions. Par conséquent, il est avantageux pour un État qui souhaite encourager les marchés du crédit au moyen d'un régime moderne d'opérations garanties de coordonner ce régime avec le régime d'insolvabilité. Le présent chapitre examine les liens entre ces deux régimes. Il doit être lu conjointement avec le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de

l'insolvabilité, qui porte sur les questions abordées ici dans le contexte plus large du droit de l'insolvabilité (voir A/CN.9/WG.V/WP.63 et additifs). Les questions de conflit de lois que soulèvent les sûretés dans la procédure d'insolvabilité sont examinées au chapitre X.

2. Les lois sur les opérations garanties et les lois sur l'insolvabilité ont des préoccupations et des objectifs qui se recoupent. Les unes comme les autres portent sur les relations entre débiteurs et créanciers et encouragent les débiteurs à faire preuve de discipline en matière de crédit. Elles ont également comme objectif commun la reconnaissance des sûretés et de leur valeur économique. L'existence d'une réglementation efficace dans l'un de ces domaines contribuera à l'obtention de résultats positifs dans l'autre. Par exemple, une loi sur les opérations garanties peut accroître l'offre de crédit, et donc faciliter l'exploitation d'une entreprise et éviter l'insolvabilité. Elle peut aussi favoriser un comportement responsable de la part des créanciers et des débiteurs en encourageant les premiers à surveiller l'aptitude des seconds à s'acquitter de leurs obligations, de manière à décourager le surendettement et l'insolvabilité qui peut en résulter. De plus, une loi sur les opérations garanties qui prévoit l'inscription des sûretés sur un registre public permettra plus facilement à un administrateur de l'insolvabilité d'identifier rapidement les créanciers garantis potentiels (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, par. ...).

3. Il y a cependant des tensions au lieu d'intersection des lois sur les opérations garanties et des lois sur l'insolvabilité, en raison des approches différentes adoptées à l'égard de l'acquittement des dettes ou de l'exécution d'autres obligations. Un régime d'opérations garanties a pour but de faire en sorte que la valeur des biens grevés protège le créancier garanti lorsque les obligations contractées envers lui ne sont pas satisfaites, alors qu'un régime d'insolvabilité vise les situations dans lesquelles les obligations à l'égard de tous les créanciers ne peuvent être intégralement satisfaites. De plus, le premier est axé sur les droits de réalisation effectifs de créanciers déterminés en vue de maximiser la probabilité que les obligations seront exécutées ou que leur valeur économique sera réalisée, alors que le second vise à obtenir le maximum pour l'ensemble des créanciers, en empêchant entre ces derniers une course de vitesse pour faire exécuter individuellement leurs droits contre leur débiteur commun.

4. Les législateurs qui révisent les lois existantes ou introduisent un nouveau régime dans le domaine des opérations garanties pourraient peut-être remédier à ces tensions en conciliant la législation proposée avec le régime d'insolvabilité existant ou proposé. Toute modification des droits des créanciers garantis par le biais de l'un ou l'autre régime devrait s'appuyer sur des politiques définies avec soin et être énoncée clairement et de manière cohérente dans la législation, car la réforme d'un régime peut imposer aux parties prenantes de l'autre régime des coûts des imprévus afférents aux opérations et au respect de la réglementation.

2. Les sûretés dans le cadre des procédures d'insolvabilité

5. Les régimes d'insolvabilité modernes prévoient généralement deux types principaux de procédure: la liquidation et le redressement. Dans une procédure de liquidation, le représentant de l'insolvabilité rassemble les biens du débiteur insolvable, les vend ou en dispose selon d'autres modalités et distribue le produit aux créanciers. Les biens peuvent être liquidés séparément, en une seule fois ou par

étapes, ou globalement, dans le cadre de la cession de l'entreprise à un repreneur. Dans le cas de la liquidation des différents biens par étapes ou dans le cadre d'une cession de l'entreprise à un repreneur, il peut être nécessaire de poursuivre l'activité du débiteur insolvable.

6. Dans une procédure de redressement, en revanche, l'objectif est la continuation de l'entreprise du débiteur insolvable en tant qu'entreprise viable, si cela est possible économiquement, de récupérer pour toutes les parties prenantes le surcroît de valeur de l'entreprise en tant qu'entreprise viable par rapport à sa valeur de liquidation (voir par. 42 à 47). On voit aussi apparaître des procédures de redressement accélérées, qui encouragent la confirmation judiciaire ou administrative rapide, dans une procédure de redressement formelle, d'un accord conclu par les principaux créanciers ou catégories de créanciers avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (par exemple, redressement portant uniquement sur certaines catégories de dettes, telles que les dettes financières; voir par. 48 à 51).

a. Inclusion des biens grevés dans la masse de l'insolvabilité

7. Il convient d'abord de se demander si les biens grevés font partie de la "masse de l'insolvabilité" créée lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre un débiteur insolvable (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5, par. 60 à 62 et 66, et Recommandation 27). Le débiteur ou le tiers constituant peut être "le débiteur insolvable" [*Note au Groupe de travail: la définition de "débiteur insolvable" donnée dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, par. 14, devra être modifiée*]. Lorsque le débiteur et le constituant sont deux personnes différentes, en cas d'insolvabilité du constituant, les biens font partie de la masse et, en cas d'insolvabilité du débiteur, les biens du tiers constituant qui se trouvent en la possession du débiteur peuvent être affectés (voir A/CN.9.WG.V/WP.63/Add.7, par. 115 à 117 et Recommandations 46 et 47).

8. L'inclusion de biens grevés dans la masse peut avoir différents effets. Dans de nombreux pays, elle limite l'aptitude d'un créancier garanti à réaliser sa sûreté (voir par. 20). De telles limitations législatives des conventions commerciales sont prises en compte par les créanciers lorsqu'ils décident de l'octroi ou non d'un crédit à un débiteur et du coût de ce crédit. Certaines lois sur l'insolvabilité, qui exigent que tous les biens soient soumis dans un premier temps à la procédure d'insolvabilité, permettent que des biens grevés soient séparés de la masse lorsqu'il y a preuve d'une atteinte ou d'un préjudice à la valeur économique de la sûreté ou lorsqu'il est démontré que ces biens particuliers sont entièrement grevés et ne sont pas nécessaires au redressement.

9. Pour pouvoir déterminer si la poursuite de la procédure maximisera la restitution finale à tous les créanciers, une loi sur l'insolvabilité peut soumettre les biens grevés à un contrôle dans le cadre de la procédure d'insolvabilité. En conséquence, un créancier garanti peut se voir interdire de prendre possession de biens grevés ou, si ces derniers sont en sa possession, être tenu de les mettre en la possession du représentant de l'insolvabilité. Cette approche peut être adoptée non seulement dans une procédure de redressement, mais aussi lors d'une procédure de liquidation dans le cadre de laquelle l'entreprise du débiteur insolvable doit être continuée tandis que les biens sont liquidés par étapes, ou lorsqu'il est probable que l'entreprise peut être cédée en totalité à un repreneur. Comme on ne peut pas toujours savoir, lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, s'il est

souhaitable de continuer l'entreprise, de nombreux régimes d'insolvabilité incluent les biens grevés dans la masse au moins pour une durée limitée.

10. La masse de l'insolvabilité inclut normalement tous les biens, tangibles (meubles ou immeubles) ou intangibles, sur lesquels le débiteur insolvable détient un droit (droit de propriété ou autre droit réel ou contractuel) lors de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. La composition exacte de la masse peut dépendre du fait qu'un bien est grevé ou non, ou est détenu tout en étant l'objet d'un contrat exécutoire avec un tiers, par exemple un contrat de vente ou de bail. En tout état de cause, le bien ou les droits contractuels que détient le débiteur insolvable sur les biens grevés en font partie, et leur valeur devrait être identique (à savoir valeur du bien diminuée de la dette garantie).

11. Dans les pays où le transfert de propriété à des fins de garantie est assimilé à un mécanisme de transfert de propriété pur et simple, même en cas d'insolvabilité, les biens transférés par le débiteur insolvable au créancier ne sont pas considérés comme faisant partie de la masse de l'insolvabilité (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, par. 31). En revanche, le prix payé et tous droits y relatifs en font partie. Dans les pays où un tel transfert est assimilé à un mécanisme de sûreté, les biens font partie de la masse de l'insolvabilité (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, par. 32).

12. Que la réserve de propriété soit assimilée ou non à une sûreté, les biens ne font pas nécessairement partie de la masse de l'insolvabilité. Un pays peut, par exemple, souhaiter protéger les fournisseurs ou autres créanciers octroyant un financement du prix d'achat contre les revendications d'autres créanciers lorsque les biens et les affaires de leur débiteur commun sont liquidés dans une procédure d'insolvabilité. Il se peut que même ces pays n'étendent pas cette exclusion à la procédure de redressement en raison d'un objectif de politique générale prioritaire, à savoir la continuation des entreprises potentiellement viables.

13. En général, un contrat comportant une clause de réserve de propriété est assimilé à un contrat exécutoire. Le représentant de l'insolvabilité peut choisir, soit de régler le solde du prix d'achat et faire entrer les biens dans la masse, soit d'annuler le contrat et de réclamer la fraction du prix qui a été payée par le débiteur insolvable. S'il décide de ne pas payer, le vendeur peut se faire remettre les biens en qualité de propriétaire ou insister pour que le solde du prix d'achat lui soit réglé.

14. Lorsque la valeur des biens grevés est supérieure à la créance garantie, tout excédent après liquidation et paiement de cette dernière fait partie de la masse. En l'absence d'insolvabilité, le créancier garanti devrait restituer au constituant le produit excédentaire. En cas de disposition des mêmes biens au cours d'une procédure d'insolvabilité, l'excédent peut être distribué aux autres créanciers.

15. Les systèmes juridiques diffèrent pour ce qui est du sort d'un excédent dans le cas de clauses de réserve de propriété. Dans certains d'entre eux, le vendeur a le droit de garder tout excédent restant après la vente du bien et l'acquittement de sa créance, tandis que dans d'autres il doit l'inclure dans la masse de l'insolvabilité. Il se pourrait que le traitement diffère selon que la réserve de propriété est assimilée ou non à une opération garantie ou à un mécanisme de transfert de propriété et selon qu'il y a ou non-continuation ou résiliation du contrat correspondant par le représentant de l'insolvabilité (voir par. 12 et 13).

16. La date et la modalité de détermination de la valeur économique d'une sûreté peuvent être indiquées dans la loi sur l'insolvabilité. Il est courant, pour la date, de retenir celle de l'ouverture formelle de la procédure d'insolvabilité [*Note au Groupe de travail: cette question n'est pas abordée dans le Guide sur l'insolvabilité*]. Quant à la modalité, elle sera liée en général à la procédure de reconnaissance de la validité des créances sur la masse du débiteur insolvable (pour la diversité des mécanismes possibles d'admission des créances, y compris des créances garanties, voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.13).

17. En dehors de l'insolvabilité, une convention constitutive de sûreté peut disposer qu'une sûreté comprend le produit des biens grevés et les biens à acquérir. Une loi sur l'insolvabilité peut aborder la question de savoir si le créancier garanti continue d'avoir droit à ce produit et aux biens acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

18. Le produit reçu lors de la disposition de biens grevés est en fait un substitut de ces biens et, en principe, garantit la valeur économique de la sûreté. Le produit sous forme de fruits et de produits de biens grevés n'est pas à proprement parler un substitut, mais représente des augmentations naturelles que toutes les parties comptent voir soumises à la sûreté. Toutefois, dans la mesure où le représentant de l'insolvabilité engage des dépenses en liaison avec ce produit, c'est le créancier garanti, et non la masse, qui devrait en fin de compte supporter le poids de ces dépenses.

19. Les biens acquis par la masse après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité sur lesquels le créancier garanti pourrait avoir un droit en dehors de l'insolvabilité ne sont pas des substituts des biens grevés ni les fruits ou produits naturels de ces biens. En l'absence de nouveau financement par le créancier garanti, les motifs de reconnaître le droit du créancier sur ces nouveaux biens sont moins impérieux.

b. Restrictions à la réalisation des sûretés

20. Lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, de nombreuses lois sur l'insolvabilité imposent un arrêt des poursuites aux actions entreprises par les créanciers pour réaliser leurs créances ou utiliser des voies de droit ou engager des procédures contre le débiteur insolvable. L'arrêt des poursuites peut intervenir automatiquement ou à la discrétion d'un tribunal, de sa propre initiative ou à la demande d'une partie intéressée. Dans un certain nombre de pays, il est applicable aux créanciers tant garantis que chirographaires. Les raisons qui justifient l'inclusion des actifs grevés dans la masse sont également applicables à l'arrêt de la réalisation des sûretés (voir par. 8). Cependant, les limitations de la capacité d'un créancier garanti à réaliser sa sûreté peuvent avoir des effets négatifs sur le coût et la disponibilité du crédit. Une loi sur l'insolvabilité doit mettre en balance ces intérêts concurrents (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6, par. 73, 75 à 78, 80 à 83, 84, 87, 91 et 92, 94, et 96 à 102, ainsi que les Recommandations 40 à 42).

21. Si une procédure d'insolvabilité n'est ouverte que lorsque le tribunal se prononce sur une demande allant dans ce sens, ledit tribunal peut être autorisé à ordonner des mesures conservatoires pour préserver la masse entre le moment où est faite la demande et le moment où il se prononce sur cette demande. Il peut ordonner de telles mesures à sa discrétion, de sa propre initiative ou bien à la demande d'une partie intéressée. Lorsque de telles mesures provisoires sont prévues, elles peuvent

comprendre l'arrêt pour un créancier garanti de la prise de possession du bien grevé ou de la réalisation d'une autre manière de sa sûreté. Du fait que ces mesures sont provisoires et qu'elles sont ordonnées avant la décision d'ouvrir la procédure, le tribunal peut exiger des créanciers qui les demandent d'apporter la preuve qu'elles sont nécessaires et, dans certains cas, de fournir une sûreté pour les dépenses ou les dommages-intérêts éventuels.

22. La nécessité d'arrêter la réalisation d'une sûreté pendant une durée assez longue est moins impérative dans une procédure de liquidation si les biens sont cédés individuellement et non en totalité à un repreneur. Plusieurs approches peuvent être adoptées. Par exemple, un régime d'insolvabilité peut exclure les créanciers garantis de l'application de l'arrêt, mais encourager des négociations entre le débiteur insolvable et les créanciers avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, afin d'obtenir le meilleur résultat pour toutes les parties. Selon une autre approche, l'arrêt prend fin à l'issue d'une courte période (par exemple 30 jours), à moins qu'une partie n'obtienne du tribunal une ordonnance prolongeant sa durée pour des motifs précisés dans la loi sur l'insolvabilité. Ces motifs peuvent comprendre la démonstration qu'il existe une possibilité raisonnable de céder l'entreprise en totalité à un repreneur; cette cession maximisera la valeur de l'entreprise et les créanciers garantis ne subiront pas un préjudice déraisonnable. Une autre approche encore consiste à laisser la mainlevée de l'arrêt à la discrétion du tribunal supervisant la procédure d'insolvabilité, tout en prévoyant dans la législation des principes directeurs pour l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

23. Un arrêt des poursuites se justifie davantage lorsque la procédure d'insolvabilité est une procédure de redressement. Le retrait de biens grevés de l'entreprise fera souvent échouer les tentatives visant à sa continuation ou à sa cession en vue de la poursuite de ses activités. En conséquence, une loi sur l'insolvabilité peut étendre l'application d'un arrêt aux créanciers garantis pendant la période nécessaire à l'élaboration d'un plan de redressement, sa présentation et son application (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6, par. 91).

24. Si l'action en réalisation d'un créancier garanti est arrêtée, le régime d'insolvabilité doit prévoir des moyens pour protéger la valeur économique des sûretés sur les biens grevés. Il peut s'agir d'ordonnances judiciaires prévoyant le versement comptant d'intérêts sur la créance garantie, le versement de sommes correspondant au montant de la dépréciation des biens grevés et l'extension de la sûreté à des biens supplémentaires ou de remplacement. De tels moyens de protection sont particulièrement nécessaires lorsque les biens grevés sont périssables ou consomptibles (par exemple, espèces ou équivalents). Le critère applicable pour les déterminer pourrait être la position dans laquelle se serait trouvé le créancier garanti s'il avait réalisé sa sûreté avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

25. En outre, une loi sur l'insolvabilité pourrait aussi éviter à un créancier garanti les inconvénients d'un arrêt en autorisant le représentant de l'insolvabilité à lui remettre les biens grevés. Une telle mesure pourrait être justifiée dans les cas où les biens grevés sont dépourvus de valeur pour la masse de l'insolvabilité et ne sont pas essentiels pour la cession de l'entreprise ou son redressement, les cas où il est impossible ou trop difficile de protéger la valeur de la sûreté, et les cas où le représentant de l'insolvabilité n'a pas vendu les biens grevés ou n'en a pas disposé selon d'autres modalités en temps voulu. Une loi sur l'insolvabilité pourrait

également disposer qu'une fois levé l'arrêt des poursuites pour des biens grevés particuliers, le créancier garanti pourrait, à ses frais et s'il le souhaite, prendre des dispositions dans le cadre de la procédure d'insolvabilité pour vendre les biens grevés ou en disposer selon d'autres modalités.

26. Lorsque des biens grevés sont nécessaires pour la conduite de la procédure d'insolvabilité, le représentant de l'insolvabilité peut être autorisé à les utiliser, tout en protégeant la valeur de la sûreté. Il peut aussi être autorisé à disposer des biens grevés libres de toute sûreté, à condition qu'il en avise le créancier garanti, que ce dernier ait la possibilité de s'y opposer, qu'il n'y ait pas mainlevée de l'arrêt et que la priorité du créancier garanti sur le produit de la cession soit préservée (voir A/CN.9/WG.VI/WP.63/Add.7, par. 269, 278 à 280 et 292, ainsi que les Recommandations 44, 45 et 51).

27. Si la loi sur les opérations garanties applicable autorise le créancier garanti à disposer d'un bien en dehors de l'insolvabilité, la question se pose de savoir si, dans une procédure d'insolvabilité, c'est lui plutôt que le représentant de l'insolvabilité qui doit procéder à la disposition des biens grevés concernés. Une loi sur l'insolvabilité pourrait disposer que, dans une procédure de liquidation, le tribunal peut ordonner que les biens grevés soient remis au créancier garanti si leur valeur n'est pas suffisante pour satisfaire l'obligation garantie et si des indices raisonnables permettent de penser que le créancier garanti pourrait les vendre plus facilement et à un meilleur prix. [*Note au Groupe de travail: cette question est abordée de façon plus générale dans la Recommandation 42 figurant dans le Guide sur l'insolvabilité*]. En tout état de cause, la loi en question devrait indiquer clairement que tout excédent, après paiement des dépenses raisonnables et acquittement de la créance garantie devrait être restitué à la masse de l'insolvabilité.

c. Participation des créanciers garantis à la procédure d'insolvabilité

28. Dans la mesure où les biens grevés font partie de la masse de l'insolvabilité et où les droits des créanciers garantis sont affectés, les créanciers garantis se voient accorder le droit de participer activement à la procédure d'insolvabilité, y compris à toutes négociations visant à un règlement amiable (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11, par. 261 et 262, 269, 278 à 280 et 292, ainsi que la Recommandation 110). Par exemple, les créanciers garantis pourraient participer à des comités de créanciers chirographaires, et ne voter que sur les questions touchant les biens grevés, ou constituer des comités distincts.

29. Lorsque les créanciers garantis comptent sur les biens grevés pour obtenir le paiement de la totalité ou d'une partie de leurs créances, la loi sur l'insolvabilité pourrait leur permettre de participer à la procédure dans la mesure où leur créance n'est pas garantie. Lorsque les créanciers garantis ont remis leur sûreté au représentant de l'insolvabilité, la loi sur l'insolvabilité pourrait les autoriser à participer à la procédure dans la même mesure que les créanciers chirographaires ordinaires. Lorsque la créance d'un créancier garanti doit être modifiée dans le cadre d'un plan de redressement, ce créancier pourrait être autorisé à participer à la procédure de redressement.

d. Opposabilité des sûretés et actions en annulation

30. D'une manière générale, une sûreté qui est opposable au débiteur insolvable et à des tiers en dehors de l'insolvabilité devrait être reconnue opposable dans une procédure d'insolvabilité. Cependant, une contestation de l'opposabilité d'une sûreté dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité est normalement autorisée pour les mêmes motifs que ceux qui pourraient être invoqués pour contester n'importe quelle autre opération. Le représentant de l'insolvabilité ou les créanciers peuvent être autorisés à essayer d'annuler ou de priver autrement d'effet toutes opérations visant à faire échouer, entraver ou retarder le recouvrement des créances (opérations "frauduleuses"), ou les opérations préférentielles ou à un prix sous-évalué effectuées par le débiteur insolvable au cours d'une période déterminée avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9, par. 170 et Recommandation 71).

31. La constitution ou le transfert d'une sûreté est un transfert de biens soumis à ces dispositions générales et, si ce transfert est frauduleux, préférentiel ou à un prix sous-évalué, il peut être annulé ou privé d'effet. Autrement dit, une sûreté qui est efficace en vertu du régime d'opérations garanties d'un État peut, dans certaines circonstances, être privée d'effet en vertu du régime d'insolvabilité du même État. Il est donc nécessaire d'énoncer les motifs d'annulation d'une sûreté en des termes clairs et prévisibles.

32. Dans le cas d'une procédure de liquidation, le paiement du produit de biens grevés est non seulement autorisé mais aussi exigé, sauf s'il est annulable en vertu d'autres principes applicables.

e. Ordre de priorité des sûretés

33. Un régime d'opérations garanties établit l'ordre de priorité des droits sur les biens grevés. La certitude quant à l'ordre de priorité est essentielle pour la disponibilité et le coût du crédit. Il est donc important que la loi sur l'insolvabilité respecte l'ordre de priorité des sûretés qui existait avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ("classement avant insolvabilité"). Les exceptions à ce principe devraient être limitées, en nombre et en somme d'argent, et leur existence et leur montant devraient être exprimés de manière transparente et prévisible (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14, par. 423 à 425, et Recommandation 168). Par exemple, les exceptions pourraient être énoncées, non seulement dans la législation sur le travail ou dans la législation fiscale, mais aussi dans la législation sur l'insolvabilité et sur les opérations de garantie.

34. Font par exemple exception au principe du respect du classement des sûretés avant insolvabilité les créances privilégiées (telles que salaires et indemnités impayés, dettes fiscales). La plupart des systèmes juridiques reconnaissent à ces créances une priorité par rapport aux seules créances non garanties, mais certains leur attribuent un rang supérieur même aux créances garanties. Il y a aussi une exception de ce type par exemple lorsqu'une partie de la masse, y compris des biens grevés, est réservée au profit de certaines catégories de créanciers chirographaires, tels que les salariés ou des catégories de personnes lésées par des actes du débiteur insolvable.

35. En règle générale, la valeur des biens grevés n'est pas soumise à un surcoût au titre de l'administration générale de la procédure d'insolvabilité. Le représentant de

l'insolvabilité peut toutefois engager des dépenses pour l'entretien des biens grevés et les financer par prélèvement sur la masse de l'insolvabilité. Comme ces dépenses d'administration préservent la valeur économique de la sûreté, elles devraient donner lieu à une priorité sur les créanciers garantis, faute de quoi ces derniers s'enrichiraient injustement au détriment des créanciers chirographaires. Toutefois, pour décourager les dépenses déraisonnables, une loi sur l'insolvabilité pourrait limiter une telle priorité au montant raisonnable des dépenses prévisibles qui préservent ou protègent directement les biens grevés.

f. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

36. Pour qu'une procédure d'insolvabilité, qu'il s'agisse d'une liquidation ou d'un redressement, assure à tous les créanciers un recouvrement maximal, il faut que le représentant de l'insolvabilité dispose de fonds suffisants pour financer les dépenses de la liquidation ou du redressement. Dans le cas d'une liquidation, ces dépenses peuvent comprendre le coût de la préservation et de la protection des biens de la masse en attendant leur vente ou leur disposition selon d'autres modalités. Dans le cas d'un redressement, elles peuvent comprendre le paiement des salaires et d'autres dépenses d'exploitation pour permettre au débiteur insolvable de poursuivre l'activité de son entreprise pendant la procédure d'insolvabilité.

37. Dans certains cas, le représentant de l'insolvabilité peut déjà avoir suffisamment d'actifs liquides pour financer les dépenses prévues de ce type, sous forme de disponibilités ou d'autres actifs qui seront convertis en liquidités (par exemple, produit prévu des créances de sommes d'argent). Toutefois, ces biens peuvent déjà être soumis à des sûretés opposables détenues par les créanciers antérieurs du débiteur insolvable (cas, par exemple, d'un prêteur titulaire de sûretés sur les sommes dues au débiteur insolvable comme produit de la vente de stocks). L'utilisation de ces biens par le représentant de l'insolvabilité pendant la procédure d'insolvabilité pourrait fort bien altérer, voire détruire, la valeur économique de ces sûretés. Par conséquent, un représentant de l'insolvabilité ne pourrait être autorisé à utiliser ces biens dans la procédure d'insolvabilité que dans la mesure où les droits des créanciers garantis antérieurs de recevoir la valeur économique de leurs sûretés sont protégés. Autrement, les futurs créanciers garantis hésiteront à accorder un crédit à une personne physique ou morale en sachant que, si cette personne devait faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité, ils risqueraient de perdre la valeur économique de leurs sûretés.

38. Dans d'autres cas, les actifs liquides existants de la masse et les liquidités prévues peuvent être insuffisants pour financer les dépenses de la procédure d'insolvabilité, et le représentant de l'insolvabilité doit alors chercher un financement auprès de tiers. Il peut s'agir de crédits consentis à la masse par des fournisseurs de biens et de services, ou bien de prêts ou autres formes de crédit accordés par des prêteurs. Souvent, ces fournisseurs et prêteurs seront ceux qui auront déjà consenti des crédits au débiteur insolvable avant la procédure d'insolvabilité. En général, ils n'accepteront de faire crédit à une masse de l'insolvabilité que s'ils reçoivent l'assurance suffisante (sous la forme d'une créance ou de sûretés prioritaires sur les biens de la masse) qu'ils seront remboursés. Mais là encore, il se peut que ces biens fassent déjà l'objet de sûretés opposables détenues par les créanciers antérieurs du débiteur insolvable et, pour la raison indiquée au paragraphe précédent, les nouveaux créanciers auxquels il est demandé d'accorder

un crédit à la masse de l'insolvabilité ne bénéficient d'une créance ou de sûretés prioritaires sur les biens existants ou futurs du débiteur insolvable que dans la mesure où la valeur économique de sûretés préexistantes est protégée.

39. Ainsi, dans tous ces arrangements de financement (désignés collectivement par l'expression "financement postérieur à l'ouverture"), il est essentiel que soit protégée la valeur économique des sûretés des créanciers garantis antérieurs, de manière qu'ils ne soient pas abusivement lésés. Si les biens grevés ont une valeur sensiblement supérieure au montant des obligations dues aux créanciers garantis antérieurs, il n'est peut-être pas nécessaire dans un premier temps de leur accorder une protection spéciale (ils auront toutefois la faculté d'en demander une par la suite si les circonstances changent). Mais un tel excédent est rare, et il faudrait accorder aux créanciers garantis antérieurs des protections supplémentaires pour préserver la valeur économique de leurs sûretés. Les mesures de nature à protéger cette valeur pourraient comprendre, par exemple, des paiements périodiques ou des sûretés sur des biens supplémentaires en remplacement des biens utilisés par le représentant de l'insolvabilité ou grevés en faveur d'un nouveau prêteur.

40. Il est important, lorsque l'on accorde une protection à un créancier garanti antérieur, que celui-ci ne reçoive pas de droits supérieurs à ceux auxquels il aurait pu prétendre en l'absence de financement postérieur à l'ouverture. Ainsi, l'octroi de sûretés supplémentaires ne devrait pas avoir pour effet d'améliorer la position garantie qu'il avait avant l'insolvabilité, par exemple en garantissant des obligations antérieures non garanties. Toutes sûretés supplémentaires devraient au contraire garantir uniquement l'obligation de la masse de l'insolvabilité de le rembourser pour la diminution de valeur des biens grevés soumis à ses sûretés antérieures.

41. Une loi sur l'insolvabilité pourrait incorporer des dispositions spécifiques relatives au financement postérieur à l'ouverture, de manière à indiquer les circonstances dans lesquelles un tel financement peut être fourni, les règles qui s'y appliquent et son effet sur les droits de toutes les parties. Une telle loi pourrait disposer qu'un financement postérieur à l'ouverture qui affecte les droits des créanciers garantis antérieurs ne peut être accordé que par une ordonnance d'un tribunal, à condition que toutes les parties affectées aient été dûment avisées et qu'elles aient le droit d'être entendues. En énonçant des règles explicites, une loi sur l'insolvabilité permet à un créancier d'envisager la possibilité d'un financement postérieur à l'ouverture lorsqu'il octroie un crédit à un débiteur solvable. De telles règles confèrent une plus grande transparence et une plus grande visibilité qu'un régime permettant simplement des conventions négociées entre le nouveau créancier et le représentant de l'insolvabilité (pour une discussion plus approfondie de ce sujet, voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14, par. 416 à 420 et Recommandations 162 à 165).

g. Procédures de redressement

42. L'objectif principal d'une procédure de redressement est de maximiser la valeur de la masse de l'insolvabilité dans l'intérêt de toutes les parties prenantes en élaborant un plan de sauvetage de l'entreprise. Pour atteindre cet objectif, il peut être nécessaire qu'un créancier garanti participe à la procédure de redressement, en particulier si les biens grevés doivent être utilisés pour redresser l'entreprise du débiteur insolvable (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12, par. 321, 325, 327, 329 à 334, 349 et 351).

43. Un corollaire important de l'exigence de participation du créancier garanti au redressement est toutefois qu'il ne faudrait pas que ce dernier se trouve contre son gré plus mal loti que s'il se prévalait de ses droits d'exécution en dehors de l'insolvabilité pour disposer des biens grevés et appliquer le produit de cette disposition aux obligations garanties. L'idée générale serait que la valeur économique des sûretés du créancier garanti devrait être préservée et maintenue dans le redressement. En effet, si dans une procédure d'insolvabilité, le créancier garanti ne pouvait compter recevoir la valeur économique de ses sûretés en cas de redressement du débiteur insolvable, l'incertitude qui en découlerait pourrait le dissuader purement et simplement d'accorder un crédit au débiteur ou bien de l'accorder à un coût plus élevé. En outre, il est essentiel de préserver la valeur pour attirer le financement dont le débiteur insolvable aura besoin pour mettre en œuvre son plan de réorganisation et faire fonctionner l'entreprise redressée.

44. Si le créancier garanti doit participer au redressement, il se pourrait que le plan de redressement proposé contienne des dispositions portant atteinte à ses droits. Il peut néanmoins accepter d'être lié par le plan. Mais s'il refuse de l'être, la question se pose de savoir si ledit plan peut le lier contre son gré.

45. Si la loi sur l'insolvabilité dispose qu'un créancier garanti peut être lié par le plan de redressement contre son gré, elle devrait aussi préserver au moins la protection assurant que la valeur économique des sûretés ne sera pas réduite en vertu du plan sans son consentement. Au minimum, le créancier garanti ne devrait pas recevoir moins dans le cadre du plan que ce qu'il aurait reçu dans une procédure de liquidation, sauf s'il avait consenti au plan de redressement. La protection des sûretés du créancier garanti devrait être énoncée de façon claire et transparente dans la loi sur l'insolvabilité de manière qu'il puisse décider d'accorder ou non un crédit et, dans l'affirmative, à quelles conditions, en sachant avec certitude que ses sûretés seront protégées de façon adéquate en cas d'insolvabilité et si un plan de redressement devait être adopté malgré l'opposition de la catégorie dont fait partie le créancier garanti ou, selon le cas, du créancier garanti lui-même.

46. Il y a plusieurs exemples de moyens permettant de préserver la valeur économique des sûretés dans le plan de redressement, bien qu'elles soient modifiées par ce dernier. Si le plan prévoit que le créancier garanti recevra en paiement une somme d'argent en échange des obligations garanties, cette somme ne devrait pas être inférieure à ce que le créancier garanti aurait reçu s'il avait saisi la justice. Si le plan prévoit que le créancier garanti doit libérer ses sûretés sur certains biens grevés, il devrait prévoir des biens de remplacement d'une valeur au moins égale pour les soumettre aux sûretés du créancier garanti, à moins que les biens grevés restants aient une valeur suffisante pour que celui-ci soit payé intégralement lors de leur disposition. Si le plan subordonne les droits du créancier garanti à ceux d'un autre créancier garanti, les biens grevés devraient avoir une valeur suffisante pour permettre à la fois aux créanciers garantis de premier rang et subordonnés d'être payés intégralement en cas de disposition des biens grevés. Si le plan prévoit le montant des obligations garanties à payer au cours du temps, le créancier garanti devrait conserver ses sûretés et la valeur actuelle des paiements futurs des obligations garanties. En outre, le taux d'intérêt sur les obligations garanties modifiées ne devrait pas être inférieur au montant que le créancier garanti aurait reçu s'il avait saisi la justice [*Note au Groupe de travail: le Groupe de travail*

souhaitera peut-être noter que cette question n'est pas traitée dans le projet de Guide sur l'insolvabilité.].

47. Dans de nombreux cas, la question de savoir si la valeur économique des sûretés du créancier garanti est préservée dans un plan de redressement peut être plus une question de fait qu'une question de droit. En cas de contestation, il faudra, pour déterminer cette valeur, examiner les marchés et les conditions du marché. Le témoignage d'experts pourra même être requis, en particulier s'il y a en cause des actifs grevés dont la valeur actuelle peut dépendre de la performance future du débiteur insolvable et, par conséquent, comporter des éléments de risque à prendre en compte. Faute d'accord entre les parties en litige, le tribunal devra statuer sur la base des faits présentés si la valeur économique des sûretés est préservée.

h. Procédures de redressement accélérées

48. On s'est beaucoup intéressé ces dernières années à la mise au point de procédures de redressement accélérées ("procédures accélérées") en vue de simplifier le redressement d'un débiteur insolvable en évitant le coût ou le délai inhérent aux procédures formelles, dans des situations où la totalité ou la quasi-totalité des principaux créanciers du débiteur insolvable (généralement autres que les créanciers commerciaux) sont capables de s'entendre sur les conditions du redressement (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12, par. 369).

49. La procédure accélérée peut se dérouler comme suit: i) les créanciers commencent par mener des négociations sur les conditions d'un plan de redressement proposé avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité formelle; ii) une procédure d'insolvabilité formelle est ensuite ouverte; et iii) le plan de redressement est présenté au tribunal pour approbation rapide (mais sous réserve des mêmes obligations de notification à tous les créanciers du débiteur insolvable et de vote par ces créanciers, ainsi que des autres obligations procédurales applicables dans la procédure de redressement formelle). Une fois approuvé, le plan de redressement lierait les créanciers opposants de la même manière que dans une procédure de redressement formelle. Certaines propositions de procédure accélérée envisagent une moins grande intervention du tribunal et reposent principalement sur l'accord des principaux créanciers du débiteur insolvable, avec recours au tribunal uniquement à des fins limitées.

50. Du point de vue de la promotion de l'offre de crédit garanti bon marché, il est indispensable que la procédure accélérée ne déçoive pas les attentes raisonnables des créanciers garantis ou ne crée une situation dans laquelle un créancier garanti se trouverait moins bien loti que dans une procédure d'insolvabilité formelle. Il ne faudrait pas, par exemple, qu'elle prive un créancier garanti, sans son consentement, de la possibilité de réaliser la valeur économique intégrale de ses biens grevés et elle devrait lui accorder une compensation raisonnable pour toute diminution de cette valeur résultant de l'utilisation de ces biens par le débiteur insolvable pendant la procédure. Il ne faudrait pas non plus qu'elle déçoive les attentes que peut raisonnablement avoir le créancier garanti en vertu de ses documents de crédit et du droit applicable pour ce qui est du choix du droit ou le choix du tribunal.

51. De façon générale, l'existence, dans un pays donné, de procédures accélérées bien conçues, respectant les principes examinés ci-dessus, encouragera les créanciers à consentir des crédits garantis dans ce pays.

B. Résumé et recommandations

52. En principe, les biens grevés devraient être inclus dans la masse de l'insolvabilité. Si l'opération sous-jacente porte sur le droit de propriété (transfert de propriété ou réserve de propriété), les biens ou les droits du débiteur insolvable portant sur les biens devraient faire partie de la masse (voir par. 7 à 19).

53. Les biens grevés devraient être soumis à l'arrêt des poursuites et aux autres restrictions connexes imposées. La loi sur l'insolvabilité devrait préciser les conditions, la durée et les effets de l'arrêt et des restrictions connexes, ainsi que les motifs de la mainlevée qui peut être consentie aux créanciers garantis. En tout état de cause, la valeur des sûretés devrait être suffisamment protégée (voir par. 20 à 27).

54. Si les droits des créanciers garantis sont affectés, le régime d'insolvabilité devrait permettre à ces créanciers de participer activement à la procédure d'insolvabilité afin de protéger leurs droits (voir par. 28 et 29).

55. Sous réserve d'actions en annulation, les sûretés constituées antérieurement à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité devraient être également opposables dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité (voir par. 30 à 32).

56. En règle générale, la procédure d'insolvabilité ne devrait pas modifier l'ordre de priorité des créances garanties tel qu'il existait antérieurement à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. La certitude et la transparence, en ce qui concerne toutes exceptions nécessaires, contribueront à limiter les effets négatifs sur la disponibilité et le coût du crédit (voir par. 33 à 35).

57. Une loi sur l'insolvabilité devrait comporter une disposition spécifique pour le financement postérieur à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, de manière qu'un créancier consentant un crédit avant cette ouverture puisse tenir compte de la possibilité d'un financement postérieur avant d'accorder le crédit (voir par. 36 à 41).

58. Une loi sur l'insolvabilité devrait permettre aux créanciers garantis de participer à une procédure de redressement. La valeur économique des sûretés devrait être préservée et, au minimum, les créanciers garantis ne devraient pas recevoir moins que ce qu'ils auraient reçu dans une procédure de liquidation (voir par. 42 à 47).

59. La procédure accélérée ne devrait pas laisser un créancier garanti moins bien loti que dans une procédure d'insolvabilité formelle, à moins qu'il n'y consente expressément (voir par. 48 à 51).

A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.7

Rapport du Secrétaire général sur le projet de guide législatif sur les opérations garanties, document de travail soumis au Groupe de travail sur les sûretés à sa quatrième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

Projet de guide législatif sur les opérations garanties 1-37

X. Conflit de lois 1-37

A. Remarques générales. 1-29

1. Introduction 1-9

a. Objet des règles de conflit de lois 1-5

b. Champ d'application des règles de conflit de lois. 6-9

2. Règles de conflit de lois concernant la constitution, la publicité et le rang des sûretés . . . 10-17

3. Effet d'un déplacement ultérieur de l'élément de rattachement 18-22

4. Règles de conflit de lois pour les questions de réalisation 23-28

5. Incidence de l'insolvabilité sur les règles de conflit de lois 29

B. Résumé et recommandations 30-37

X. Conflit de lois

A. Remarques générales

1. Introduction

a. Objet des règles de conflit de lois

1. Le présent chapitre examine les règles qui déterminent la loi applicable à la constitution, à la publicité, au rang et à la réalisation d'une sûreté mobilière. Ces règles sont généralement appelées "règles de conflit de lois". Elles déterminent également le champ d'application territorial des règles de fond prévues dans le

Guide (autrement dit si les règles matérielles de l'État adoptant le régime envisagé dans le Guide s'appliquent). Par exemple, si un État a adopté les règles de droit matériel prévues dans le Guide pour le classement des sûretés, celles-ci ne s'appliqueront à un conflit de priorité survenant dans cet État que si la règle de conflit concernant les questions de priorité désigne les lois de ce dernier. Si la règle de conflit renvoie à la loi d'un autre État, le rang de chaque réclamant concurrent sera alors déterminé conformément à cette loi et non d'après les règles matérielles de classement de l'État adoptant.

2. Une fois la sûreté devenue effective, l'élément de rattachement qui permet de déterminer la loi applicable peut être déplacé. Par exemple, si une sûreté sur des biens meubles corporels situés dans l'État A est régie par la loi du lieu de situation des biens, la question est de savoir ce qu'il advient lorsque ces biens sont transférés par la suite dans l'État B (dont les règles de conflit prévoient également que les sûretés sont soumises à la loi du lieu de situation des biens). Une solution serait que la sûreté continue de produire ses effets dans l'État B sans qu'il soit nécessaire de prendre d'autres mesures dans cet État. Une autre solution serait d'obtenir une nouvelle sûreté conformément aux lois de l'État B. Une autre encore serait de préserver le droit préexistant du créancier garanti sous réserve de l'accomplissement, dans l'État B, de certaines formalités dans un délai déterminé (par exemple, dans les 30 jours qui suivent le transfert des biens de cet l'État). Ces questions sont abordées par les règles de conflit de lois de certains systèmes juridiques. Le présent chapitre propose à ce sujet une règle générale.

3. Les règles de conflit de lois devraient répondre aux objectifs d'un régime efficace d'opérations garanties, ce qui dans le présent chapitre signifie que la loi applicable aux aspects réels d'une sûreté devrait être aisément déterminable: la sécurité juridique est un objectif essentiel de l'élaboration de règles – tant de fond que de conflit – concernant les opérations garanties. La prévisibilité constitue un autre objectif. Comme l'illustrent les questions évoquées au paragraphe précédent, les règles de conflit de lois devraient permettre de préserver une sûreté obtenue conformément aux lois de l'État A si suite au déplacement de l'élément de rattachement qui permet de déterminer la loi applicable, la sûreté tombe sous l'empire des lois de l'État B. Un troisième objectif essentiel d'un bon système de conflit de lois est que les règles pertinentes doivent correspondre aux attentes raisonnables des parties intéressées (créancier, constituant, débiteur et tiers). Beaucoup estiment que, pour obtenir ce résultat, la loi applicable à une sûreté doit avoir un lien avec la situation de fait qu'elle sera appelée à régir.

4. L'utilisation du Guide (y compris le présent chapitre) pour l'élaboration de lois concernant les opérations garanties aidera à réduire les risques et les coûts résultant de différences entre les règles actuelles de conflit de lois. Dans une opération garantie, le créancier souhaite normalement faire en sorte que ses droits soient reconnus dans tous les États où il pourrait réaliser sa sûreté (y compris dans un État où est administrée l'insolvabilité du constituant). Si ces États ont des règles de conflit différentes pour le même type de biens grevés, le créancier devra se conformer à plusieurs régimes afin d'être pleinement protégé. Un des avantages de l'existence de règles de conflit harmonisées dans différents États est que le créancier peut se fonder sur une loi unique pour déterminer le rang de sa sûreté dans tous ces États. Il s'agit là d'un des buts atteints par la Convention des Nations Unies sur la cession pour ce qui est des créances de sommes d'argent, et par la Convention de

La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire pour ce qui est des titres détenus indirectement.

5. Il est à noter que des règles de conflit de lois seraient nécessaires même si tous les États avaient harmonisé leur législation relative aux opérations garanties. Il subsisterait en effet des cas où les parties devraient déterminer l'État dont les règles s'appliqueront. Par exemple, si les lois de tous les États prévoyaient que la publicité d'une sûreté mobilière sans dépossession se fait par inscription sur un registre public, il faudrait encore savoir sur le registre de quel État la sûreté doit être inscrite.

b. Champ d'application des règles de conflit de lois

6. Le présent chapitre ne définit pas les sûretés mobilières auxquelles s'appliqueront les règles de conflit. Normalement, un droit sera qualifié de sûreté aux fins d'un conflit de lois en fonction du droit matériel régissant les sûretés mobilières dans un État donné. En principe, un tribunal étatique appliquera le droit local chaque fois qu'il devra procéder à une telle qualification pour choisir la règle de conflit appropriée. La question est toutefois de savoir si les règles de conflit de lois concernant les sûretés devraient également s'appliquer à d'autres opérations qui sont fonctionnellement similaires aux sûretés, même si elles ne sont pas couvertes par un régime d'opérations garanties. Bien que les clauses de réserve de propriété, les baux financiers, les consignations et d'autres mécanismes analogues ne soient pas soumis aux règles de droit matériel régissant les opérations garanties, un État pourrait néanmoins les soumettre aux règles de conflit de lois applicables à ce type d'opérations.

7. Une question similaire se pose à propos de certains transferts qui ne sont pas effectués à titre de sûreté, lorsqu'il est souhaitable que la loi applicable à la constitution, à la publicité et au classement soit la même que pour une sûreté mobilière sur la même catégorie de biens. C'est ce que prévoit par exemple la Convention des Nations Unies sur la cession, dont les dispositions (y compris les règles de conflit de lois) s'appliquent tant aux cessions pures et simples de créances de sommes d'argent qu'aux sûretés sur ce type de créances (voir art. 2 a)). Ce choix est motivé notamment par la nécessité de se référer à une seule loi pour classer plusieurs personnes revendiquant un droit sur la même créance. En cas de conflit de priorité entre l'acquéreur d'une créance et un créancier détenant une sûreté sur cette même créance, il serait plus difficile (et parfois impossible) de déterminer qui a la priorité si le rang de l'acquéreur était régi par les lois de l'État A et celui du créancier garanti par les lois de l'État B.

8. Quelle que soit la décision d'un État concernant les catégories d'opérations régies par les règles de conflit, ces dernières ne porteront que sur les aspects réels de ces opérations. Ainsi, une règle concernant la loi applicable à la constitution d'une sûreté détermine uniquement quelle loi régit la création d'un droit réel. Elle ne s'appliquera pas aux obligations personnelles contractées par les parties, qui elles sont régies par la loi applicable aux obligations contractuelles, laquelle dans la plupart des systèmes juridiques, sous réserve de certaines exceptions, peut être librement choisie par les parties dans leur contrat.

9. Si l'autonomie des parties est reconnue pour ce qui est des obligations personnelles, les règles de conflit de lois applicables aux aspects réels des

opérations garanties échappent en revanche à la liberté contractuelle. Par exemple, le constituant et le créancier garanti ne peuvent être autorisés à choisir la loi applicable aux questions de priorité, car cela pourrait non seulement léser les droits des tiers mais également entraîner un conflit rang entre deux créanciers garantis concurrents soumis à deux lois différentes aboutissant à des résultats opposés.

2. Règles de conflit de lois concernant la constitution, la publicité et le rang des sûretés

10. La détermination de l'étendue des droits conférés par une sûreté mobilière exige généralement une analyse en trois étapes:

a) En premier lieu, il faut déterminer si la sûreté a été valablement constituée (voir chap. IV);

b) Ensuite, il faut déterminer si la sûreté est opposable aux tiers (voir chap. V); et

c) Enfin, il faut établir le rang du créancier garanti (voir chap. VI).

11. Tous les systèmes juridiques n'établissent pas de distinctions conceptuelles précises entre ces trois aspects. Dans certains d'entre eux, le fait qu'un droit réel a été valablement créé implique nécessairement que ce droit est opposable aux tiers. En outre, les systèmes juridiques qui établissent une distinction claire entre ces trois aspects ne prévoient pas toujours des règles de fond distinctes pour chacun d'eux. Par exemple, dans le cas d'un gage avec dépossession qui satisfait aux conditions de validité des contrats réels, la sûreté est généralement opposable aux tiers sans qu'aucune autre formalité ne soit nécessaire.

12. La question essentielle est de savoir si une règle de conflit de loi unique devrait être appliquée aux trois aspects ou s'il faut permettre une plus grande souplesse, lorsqu'il peut être préférable que la loi applicable à la publicité ou au rang de la sûreté soit différente de celle qui régit sa constitution. Des considérations d'ordre pratique, telles que la simplicité et la sécurité juridique, militent en faveur de l'adoption d'une règle unique pour la constitution, la publicité et le rang des sûretés. Comme cela a été indiqué plus haut, la distinction entre ces trois aspects n'est pas toujours établie ou comprise de la même manière dans tous les systèmes juridiques, de sorte que l'élaboration de règles de conflit de lois différentes les concernant risque de compliquer l'analyse ou de créer une incertitude. Cependant, il y a des cas où le choix d'une loi différente pour les questions de priorité tiendrait mieux compte des intérêts des tiers, tels que les personnes détenant des sûretés non conventionnelles.

13. Une autre question importante est de savoir si, pour l'un quelconque de ces trois aspects (constitution, publicité ou le rang de la sûreté), la règle de conflit de lois applicable devrait être la même pour les biens corporels et les biens incorporels. Une réponse affirmative à cette question militerait en faveur d'une règle reposant sur la loi du lieu de situation du constituant. L'autre possibilité serait de se référer à la loi du lieu où est détenu le bien grevé (*lex situs*), ce qui ne serait cependant pas conforme, pour les créances de sommes d'argent, à la Convention des Nations Unies sur la cession (dont l'article 22 fait référence à la loi de l'État dans lequel est situé le cédant, autrement dit le constituant).

14. Des considérations de simplicité et de sécurité incitent à adopter la même règle de conflit de lois (par exemple la loi du lieu de situation du constituant) pour les biens corporels et incorporels, en particulier si la même loi s'applique à la constitution, à la publicité et au rang des sûretés. Dans cette solution, une seule recherche suffirait pour s'assurer de l'étendue des sûretés grevant tous les biens d'un constituant. En outre, il ne serait pas nécessaire de donner des indications en cas de transfert des biens grevés vers un autre lieu ni d'établir une distinction entre la loi applicable aux sûretés avec dépossession et celle applicable aux sûretés sans dépossession (ni de déterminer celle qui prime lorsqu'une sûreté avec dépossession régie par la loi de l'État A entre en concurrence avec une sûreté sans dépossession sur le même bien régie par la loi de l'État B).

15. Cependant, les systèmes juridiques ne considèrent pas tous la loi du lieu de situation du constituant comme suffisamment rattachée aux sûretés sur des biens corporels (s'agissant de biens "non mobiles" du moins). En outre, il faudrait que la loi régissant la sûreté soit la même que la loi régissant la vente des biens grevés, ce qui signifie que l'acceptation de la loi du constituant pour tous les types de sûreté ne serait possible que si les systèmes juridiques, d'une manière générale, étaient disposés à accepter cette règle pour tous les transferts.

16. De plus, il est presque universellement admis qu'une sûreté avec dépossession devrait être régie par la loi du lieu où le bien est détenu, si bien que l'adoption de la loi du constituant pour ce type de sûreté irait à l'encontre des attentes raisonnables des créanciers peu avertis. En conséquence, même si la loi du lieu de situation du constituant constituait la règle générale, il faudrait faire une exception pour les sûretés avec dépossession.

17. Comme les règles de conflit applicables pourraient varier selon qu'il s'agit de biens corporels ou incorporels ou encore de sûretés avec ou sans dépossession, la question est de savoir quelle est la règle de conflit appropriée si des biens incorporels sont susceptibles d'être grevés d'une sûreté avec dépossession. À ce propos, la plupart des systèmes juridiques assimilent certaines catégories de biens incorporels matérialisés par un document (par exemple les instruments négociables et les connaissements) à des biens corporels, reconnaissant ainsi la possibilité d'engager ces biens par la remise de ce document au créancier. Le gage serait alors régi par la loi de l'État dans lequel le document est détenu.

[***Note au Groupe de travail***

Le champ d'application de la loi envisagée dans le présent Guide se limite aux marchandises, au matériel et aux créances commerciales. Si le Groupe de travail décide d'étendre le champ d'application à d'autres catégories de biens incorporels, tels que les créances non commerciales, les dépôts bancaires, les lettres de crédit et les droits de propriété intellectuelle, il pourrait éventuellement examiner si des règles spéciales de conflit de lois devraient être élaborées pour ces catégories de biens. Ce faisant, il pourrait tenir compte du fait que les biens entrant dans ces catégories constituent souvent une partie importante de la valeur d'une entreprise et que, en particulier, l'absence de règles de conflit de lois pour les droits de propriété intellectuelle causerait de grandes difficultés dans les opérations commerciales.

S'agissant des règles de conflit applicables aux valeurs mobilières, le Groupe de travail pourrait se reporter à la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire.]

3. Effet d'un déplacement ultérieur de l'élément de rattachement

18. Tout élément de rattachement retenu pour déterminer la règle de conflit de lois la plus appropriée pour une question donnée pourrait être déplacé après la constitution de la sûreté. Par exemple, lorsque la loi applicable est celle de l'État où se trouve le siège social du constituant, ce dernier pourrait ultérieurement transférer par la suite son siège dans un autre État. De même, lorsque la loi applicable est celle de l'État où le bien grevé est situé, ce bien pourrait être transféré dans un autre État.

19. Si ces questions ne sont pas réglées de façon expresse, une règle implicite pourrait être déduite. Les règles générales de conflit de lois concernant la constitution, la publicité et le rang des sûretés pourraient être interprétées comme suit: en cas de déplacement de l'élément de rattachement, la loi initialement applicable continue de régir les questions qui se sont posées avant ce déplacement (constitution, par exemple), tandis que la loi applicable ultérieurement régirait les événements se produisant après (par exemple, un conflit de priorité entre deux réclamants concurrents).

20. Cependant, le silence de la loi sur ces questions pourrait donner lieu à d'autres interprétations. Par exemple, une interprétation possible serait que la loi applicable ultérieurement régit également la constitution de la sûreté en cas de conflit de priorité après le déplacement de l'élément de rattachement (au motif que les tiers concluant des opérations avec le constituant ont le droit de déterminer la loi applicable pour toutes les questions en se fondant sur l'élément de rattachement effectif, à savoir celui existant au moment de leurs opérations).

21. Il semblerait nécessaire d'élaborer une règle sur ces questions pour éviter l'incertitude, en particulier lorsque le l'élément de rattachement est déplacé d'un État qui n'a pas adopté la loi prévue dans le présent Guide vers un État qui l'a adoptée.

22. Une question similaire se pose au sujet des biens meubles corporels en transit. Certains systèmes juridiques prévoient qu'une sûreté sur ces biens peut être valablement constituée et publiée conformément à la loi du lieu de destination s'ils sont transférés dans ce lieu dans un délai spécifié.

4. Règles de conflit de lois pour les questions de réalisation

23. Lorsqu'une sûreté est constituée et publiée conformément à la loi d'un État, mais que sa réalisation est demandée dans un autre État, la question est de savoir quelles voies de droit s'offrent au créancier garanti. Cette question revêt une grande importance pratique lorsque les règles matérielles de réalisation des deux États diffèrent considérablement. Par exemple, la loi régissant la sûreté pourrait autoriser la réalisation par le créancier garanti sans recours préalable au système judiciaire à moins qu'il n'y ait atteinte à l'ordre public, alors que la loi du lieu de réalisation pourrait exiger une intervention judiciaire. Chacune des solutions possibles à cette question comporte des avantages et des inconvénients.

24. Une possibilité est de soumettre les moyens de réalisation de la sûreté à la loi du lieu de réalisation, c'est-à-dire à la *lex fori* pour les raisons suivantes:

a) La loi applicable aux moyens de réalisation coïnciderait avec celle généralement applicable aux questions de procédure;

b) La loi applicable aux moyens de réalisation coïnciderait, dans de nombreux cas, avec la loi du lieu où se trouve le bien qui fait l'objet de la réalisation (et pourrait aussi coïncider avec la loi régissant le classement des sûretés si les règles de conflit de lois de l'État concerné renvoient à ce lieu pour les questions de priorité);

c) Les règles seraient les mêmes pour tous les créanciers ayant l'intention d'exercer des droits contre les biens d'un constituant, que ces droits soient d'origine nationale ou étrangère.

25. D'un autre côté, il se pourrait que la *lex fori* ne corresponde pas aux attentes des parties. Celles-ci s'attendront sans doute à ce que leurs droits et obligations respectifs en cas de réalisation soient ceux prévus par la loi sous l'empire de laquelle la sûreté a été constituée. Par exemple, si la réalisation extrajudiciaire est permise par la loi régissant la constitution de la sûreté, elle serait également possible dans l'État où le créancier garanti doit réaliser sa sûreté, même si elle n'est généralement pas autorisée par la législation interne de cet État.

26. Une approche fondée sur les attentes raisonnables des parties se traduirait par une règle soumettant les questions de réalisation à la loi qui régit la constitution de la sûreté. Cette solution éviterait également de séparer les moyens de réalisation de la nature des droits conférés par une sûreté. Une telle séparation n'est pas évidente lorsque les moyens de réalisation sont étroitement liés aux attributs de la sûreté (par exemple, on peut considérer que les moyens dont dispose une personne qui réalise une vente sous condition découlent du fait que celle-ci est restée propriétaire des biens conformément à la loi). Si la règle de conflit de lois était la même pour les questions de priorité que pour la constitution et la publicité, le fait que la loi régissant la constitution de la sûreté et celle régissant sa réalisation relèvent du même régime aurait un autre avantage: les questions de classement et de réalisation seraient soumises à la même loi.

27. Une troisième possibilité est d'adopter une règle par laquelle la loi régissant les relations contractuelles des parties s'appliquerait également aux questions de réalisation, ce qui correspondrait généralement à l'attente de ces dernières et, dans bien des cas, coïnciderait aussi avec la loi applicable à la constitution de la sûreté, étant donné que cette loi est souvent retenue comme étant également la loi du contrat. Cependant, selon cette approche, les parties pourraient librement choisir, en ce qui concerne les questions de réalisation, une loi autre que la *lex fori* ou que la loi régissant la constitution, la publicité et (ou) le rang de la sûreté. Cette solution serait défavorable aux tiers qui n'auraient probablement aucun moyen de déterminer la nature des voies de droit susceptibles être utilisées par un créancier garanti contre les biens de leur débiteur commun.

28. En conséquence, la règle consistant à soumettre les questions de réalisation à la loi régissant la relation contractuelle des parties devrait comporter des exceptions visant à tenir compte des intérêts des tiers, ainsi que des règles impératives du for, ou de la loi régissant la validité et la publicité. Les questions de procédure devraient

en tout état de cause être régies par la *lex fori*. En conséquence, les différentes questions de réalisation seraient traitées différemment.

5. Incidence de l'insolvabilité sur les règles de conflit de lois

29. Comme cela est indiqué dans le chapitre consacré à l'insolvabilité (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, par. ...), une sûreté opposable au constituant et aux tiers en dehors de l'insolvabilité devrait généralement continuer de produire ses effets dans la procédure d'insolvabilité. De même, l'insolvabilité ne devrait pas entraîner la mise à l'écart des règles de conflit de lois applicables à la constitution, à la publicité et, sous réserve de certaines exceptions, au rang d'une sûreté.

[***Note au Groupe de travail***

On pourrait également examiner l'incidence de l'insolvabilité sur toute règle de conflit de lois concernant les mesures de réalisation, et déterminer si le présent Guide devrait traiter de cette question ou s'il est préférable qu'elle soit abordée dans le Guide sur l'insolvabilité.]

B. Résumé et recommandations

30. La constitution, la publicité et le rang d'une sûreté avec dépossession sur des biens meubles corporels, des sommes d'argent, des titres représentatifs négociables et des instruments négociables sont régis par la loi de l'État dans lequel le bien grevé est situé.

31. La constitution, la publicité et le rang d'une sûreté sans dépossession sur des biens meubles incorporels sont régis par la loi de l'État dans lequel le constituant est situé.

32. S'agissant d'une sûreté sans dépossession sur des biens meubles corporels, les options suivantes peuvent être envisagées:

Option 1

La constitution et la publicité d'une sûreté sans dépossession sur des biens meubles corporels sont régies par la loi de l'État où se trouve le constituant, tandis que le rang de cette sûreté est régi par la loi de l'État dans lequel les biens grevés sont situés.

Option 2

La constitution, la publicité et le rang d'une sûreté sans dépossession sur des biens meubles corporels sont régis par la loi de l'État où se trouve le bien grevé, à l'exception des biens mobiles, ces questions étant dans ce cas régies par la loi de l'État où se trouve le constituant.

33. Si un État retient la seconde option, il pourrait envisager d'établir une règle supplémentaire pour les biens en transit, laquelle prévoirait qu'une sûreté sur de tels biens peut être valablement constituée et publiée conformément à la loi du lieu de destination, à condition qu'ils soient transférés dans ce lieu dans un délai déterminé.

34. Les règles susmentionnées ne font pas expressément référence au produit, étant entendu que les règles de conflit de lois concernant le produit devraient, en principe, être les mêmes que celles applicables à une sûreté obtenue initialement sur le même type de biens.

35. Une sûreté qui a été valablement constituée et publiée conformément à la loi d'un État autre que l'État adoptant reste valable et publiée dans l'État adoptant après déplacement de l'élément de rattachement vers cet État, si les règles de publicité de l'État adoptant sont respectées dans un délai de grâce spécifié. Cette règle impliquerait que les questions de constitution continuent d'être régies par la loi applicable initialement, tandis que la publicité (et le rang de la sûreté si celui-ci est régi par la même loi que la publicité) serait régie, après le déplacement, par la loi de l'État adoptant.

36. En ce qui concerne la loi applicable aux questions de réalisation, les options suivantes peuvent être envisagées:

Option 1

Les questions de fond touchant la réalisation des droits d'un créancier garanti sont régies par la loi de l'État où la réalisation a lieu.

Option 2

Les questions de fond touchant la réalisation du droit d'un créancier garanti sont régies par la loi régissant la constitution [et le rang] de la sûreté.

Option 3

Les questions de fond touchant la réalisation des droits d'un créancier garanti sont régies par la loi régissant la relation contractuelle du créancier et du constituant, à l'exception de [...].

37. La loi peut prévoir expressément que l'insolvabilité n'entraîne pas la mise à l'écart des règles de conflit de lois applicables à la constitution et à la publicité d'une sûreté. S'agissant du rang, la loi désignée conformément aux règles de conflit applicables devrait continuer de s'appliquer sous réserve des dispositions impératives du régime d'insolvabilité de l'État adoptant.

A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.8

Rapport du Secrétaire général sur le projet de guide législatif sur les opérations garanties, document de travail soumis au Groupe de travail sur les sûretés à sa quatrième session

ADDITIF*

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

Projet de guide législatif sur les opérations garanties 1-22

XI. Questions de droit transitoire 1-22

A. Remarques générales. 1-14

1. Nécessité de dispositions transitoires 1-5

2. Questions devant être traitées par les dispositions transitoires. 6-14
a. Généralités 6
b. Efficacité entre les parties des sûretés antérieures à la date d'entrée en vigueur 7
c. Opposabilité aux tiers des sûretés antérieures à la date d'entrée en vigueur . 8-9
d. Conflits de priorité 10-13
e. Différends soumis à une juridiction étatique ou à un tribunal arbitral 14

B. Résumé et recommandations 15-22

XI. Questions de droit transitoire

A. Remarques générales

1. Nécessité de dispositions transitoires

1. La nouvelle législation sur les opérations garanties contiendra des dispositions différentes de celles de la loi antérieure, ce qui aura un impact évident sur les opérations garanties postérieures à son adoption. Son effet sur les opérations existantes conclues avant son adoption doit aussi être examiné. Compte tenu des différences entre l'ancien régime juridique et le nouveau et de la continuité des opérations conclues et des sûretés mobilières constituées sous l'empire du régime antérieur, il importera, pour le succès de la nouvelle législation, que celle-ci énonce

* Le présent additif est soumis trois semaines et quatre jours après la date limite, fixée à 10 semaines avant le début de la session, car il a fallu attendre la fin des consultations.

des règles équitables et efficaces de transition entre les dispositions anciennes et les nouvelles. À cet égard, deux questions connexes mais distinctes doivent être réglées. La nouvelle législation devrait préciser, premièrement, à quelle date elle prendra effet juridiquement (“date d’entrée en vigueur”) et, deuxièmement, dans quelle mesure, éventuellement, elle s’applique, après la date d’entrée en vigueur, aux questions concernant les opérations ou les sûretés antérieures à cette date.

2. Il faut prendre en considération un certain nombre de facteurs pour déterminer la date d’entrée en vigueur. Un compromis doit être trouvé entre, d’une part, l’exploitation rapide des avantages économiques de la nouvelle législation et, d’autre part, la nécessité d’éviter de déstabiliser ou de perturber les marchés qui seront régis par celle-ci et de laisser aux acteurs de ces marchés suffisamment de temps pour se préparer à réaliser des opérations dans le cadre de cette législation, qui peut être très différente de la loi antérieure. L’État peut dont décider que la nouvelle législation devrait entrer en vigueur quelque temps après son adoption afin que ces marchés et leurs acteurs adaptent leurs opérations en conséquence. Lorsqu’ils détermineront la date d’entrée en vigueur, les États pourraient examiner: l’impact de cette date sur les décisions d’octroyer des crédits; la maximisation des avantages découlant de la nouvelle législation; les mesures qu’ils doivent prendre notamment en matière de réglementation, d’institutions et d’information ou les améliorations qu’ils doivent apporter aux infrastructures; l’état de la loi préexistante et d’autres infrastructures; l’harmonisation de la nouvelle législation sur les opérations garanties avec d’autres lois; les limites constitutionnelles de la rétroactivité de la nouvelle législation; et la pratique suivie habituellement ou par commodité pour l’entrée en vigueur de la législation (par exemple le premier jour du mois).

3. Comme les dettes garanties par les sûretés prises sur des biens du constituant sont souvent remboursables sur une certaine durée, de nombreuses sûretés constituées avant la date d’entrée en vigueur continueront probablement d’exister à cette date et après, garantissant ainsi des dettes qui n’ont pas encore été payées. En conséquence, comme cela a été indiqué ci-dessus, une autre décision importante doit être prise pour toute nouvelle législation, à savoir déterminer dans quelle mesure, éventuellement, cette dernière régira les questions concernant les opérations conclues avant la date d’entrée en vigueur.

4. Une solution serait que la nouvelle législation ne s’applique que pour l’avenir et donc qu’elle ne régisse pas les opérations conclues avant la date d’entrée en vigueur. Cette solution présente un certain attrait d’ordre logique, en particulier s’agissant des questions qui se posent entre le constituant et le créancier garanti. Elle créerait cependant d’importants problèmes, notamment en ce qui concerne le classement des sûretés. Le principal de ces problèmes serait la nécessité de régler des conflits de priorité entre un créancier garanti ayant obtenu sa sûreté avant la date d’entrée en vigueur et un créancier garanti concurrent ayant obtenu sa sûreté sur le même bien après cette date. Du fait que la notion de priorité implique une comparaison et que la même règle de classement doit s’appliquer aux deux sûretés qui sont comparées, il est impossible que les règles antérieures régissent le rang de la sûreté du créancier antérieur à la date d’entrée en vigueur et que les nouvelles règles régissent le rang de la sûreté du créancier postérieur. La détermination de la règle de classement à appliquer à ce conflit ne va pas sans difficulté. L’application des règles antérieures en l’espèce aurait essentiellement pour effet de retarder

l'efficacité de certains des principaux aspects de la nouvelle législation, si bien que les avantages économiques importants qu'offre cette dernière pourraient tarder considérablement à se matérialiser. D'un autre côté, l'application des nouvelles règles pourrait injustement léser les parties qui se sont fondées sur la loi antérieure et risquerait également d'inciter ces dernières à contester la nouvelle législation ou à préconiser une date d'entrée en vigueur trop éloignée.

5. Selon une autre solution, on pourrait assurer une plus grande sécurité juridique et une concrétisation plus rapide des avantages économiques de la nouvelle législation en appliquant cette dernière à toutes les opérations à compter de la date d'entrée en vigueur, tout en prévoyant cependant les "dispositions transitoires" nécessaires pour ménager une transition efficace entre l'ancien régime et le nouveau sans que les sûretés perdent le rang prioritaire qu'elles occupaient avant cette date. Cette solution permettrait d'éviter les problèmes décrits ci-dessus mais également de concilier, de manière équitable et efficace, les intérêts des parties qui ont observé la loi antérieure avec les intérêts des parties qui se conforment à la nouvelle loi.

2. Questions devant être traitées par les dispositions transitoires

a. Généralités

6. Étant donné que de nombreuses sûretés constituées avant la date d'entrée en vigueur continueront d'exister après cette date et risquent d'entrer en concurrence avec des sûretés créées postérieurement, il importe que la nouvelle législation contienne des dispositions transitoires claires qui déterminent dans quelle mesure elle s'appliquera à ces sûretés préexistantes. Ces dispositions transitoires devraient répondre de manière appropriée tant aux attentes établies des parties qu'à la nécessité d'assurer la sécurité et la prévisibilité dans les opérations futures. Elles devront indiquer dans quelle mesure les nouvelles règles s'appliqueront, après la date d'entrée en vigueur, dans les relations entre les parties à une opération ayant donné naissance à une sûreté avant cette date. Elles devront également préciser dans quelle mesure les nouvelles règles s'appliqueront, après la date d'entrée en vigueur, au règlement des conflits de priorité entre le titulaire d'une sûreté et un réclamant concurrent, lorsque la sûreté ou le droit réel de ce dernier a été créé avant cette date.

b. Efficacité entre les parties des sûretés antérieures à la date d'entrée en vigueur

7. Lorsqu'une sûreté a été constituée avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle législation, deux questions se posent en ce qui concerne l'efficacité de cette sûreté dans les relations entre le constituant et le créancier. La première est de savoir si une sûreté qui n'était pas efficace entre les parties en vertu de la loi ancienne mais qui le serait si la nouvelle législation s'appliquait devrait devenir efficace à la date d'entrée en vigueur. La seconde est de savoir si une sûreté qui était efficace entre les parties en vertu de la loi ancienne mais qui ne le serait pas si la nouvelle législation s'appliquait devrait cesser d'être efficace entre les parties à cette date. Une telle approche reconnaîtrait que les règles d'efficacité entre les parties prévues dans la nouvelle législation reflètent les choix les plus récents de l'État en ce qui concerne les conditions d'efficacité, lesquels tiennent compte de la protection des parties aux opérations, et que d'une manière générale les parties elles-mêmes préféreraient probablement qu'une opération conclue par elles soit efficace. S'agissant de la première question, il faudrait envisager de rendre la sûreté efficace à compter de la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Pour ce qui est

de la seconde, il pourrait être établi une période transitoire au cours de laquelle la sûreté resterait efficace entre les parties, afin que le créancier puisse prendre les mesures nécessaires pour rendre cette sûreté efficace en vertu de la nouvelle loi. À l'expiration de cette période, la sûreté deviendrait efficace entre les parties conformément à la nouvelle loi.

c. Opposabilité aux tiers des sûretés antérieures à la date d'entrée en vigueur

8. Différentes questions se posent en ce qui concerne l'opposabilité aux tiers d'une sûreté constituée avant la date d'entrée en vigueur. Étant donné que la nouvelle législation contiendra des dispositions d'ordre public sur les mesures appropriées à prendre pour rendre une sûreté opposable aux tiers, il est préférable qu'elle s'applique aussi largement que possible. Cependant, il peut être déraisonnable d'exiger d'un créancier dont la sûreté était opposable aux tiers en vertu du régime juridique antérieur qu'il se conforme immédiatement à toute prescription supplémentaire de la nouvelle loi. Cette exigence serait particulièrement difficile à satisfaire pour les créanciers institutionnels, qui seraient tenus de se conformer aux prescriptions supplémentaires de la nouvelle loi pour une multitude d'opérations antérieures à la date d'entrée en vigueur à la fois. Il serait préférable qu'une sûreté qui était opposable aux tiers en vertu du régime juridique antérieur mais qui ne le serait pas en vertu des dispositions nouvelles demeure opposable pendant une période raisonnable, fixée dans la nouvelle loi, afin que le créancier ait le temps de prendre les mesures nécessaires conformément à cette dernière. À l'expiration de la période transitoire, la sûreté ne serait plus opposable aux tiers, sauf si elle l'est devenue en application de la nouvelle loi.

9. Si la sûreté n'était pas opposable aux tiers en vertu du régime juridique antérieur, mais leur est opposable en application des nouvelles dispositions, elle devrait être opposable aux tiers dès la date d'entrée en vigueur. Là encore, on suppose que les parties avaient l'intention que la sûreté soit efficace dans leurs relations entre elles et que les tiers sont protégés dans toute la mesure prévue par les nouvelles dispositions.

d. Conflits de priorité

10. Des questions tout à fait autres se posent dans le cas des conflits de priorité. Ceux-ci impliquent en effet nécessairement l'application d'une série de règles à deux sûretés différentes (ou plus) constituées à des dates différentes. Un système juridique ne saurait prévoir simplement que la règle de classement en vigueur à la date de constitution d'une sûreté régit le rang de cette dernière. Il doit plutôt prévoir des règles pour chacune des situations suivantes: i) lorsque les deux sûretés sont constituées après la date d'entrée en vigueur de la nouvelle législation; ii) lorsque les deux sûretés sont constituées avant cette date; et iii) lorsqu'une sûreté est constituée avant la date d'entrée en vigueur et l'autre après.

11. Un conflit de priorité entre deux parties ayant chacune obtenu une sûreté après la date d'entrée en vigueur de la nouvelle législation est évidemment le cas de figure le plus simple. En l'occurrence, il est clair que les règles de classement prévues dans la nouvelle législation devraient s'appliquer au règlement de ce conflit.

12. Dans le deuxième cas de figure, si les deux sûretés concurrentes ont été constituées avant la date d'entrée en vigueur (et, partant, le rang de chaque sûreté

sur les biens grevés a été établi avant cette date) et si, en outre, aucun événement (autre que l'entrée en vigueur) de nature à modifier ce rang n'est survenu, la stabilité des relations laisse penser que le rang attribué à chaque sûreté avant la date d'entrée en vigueur devrait rester inchangé. Si, en revanche, un événement qui aurait eu un effet sur le classement des sûretés même sous l'empire du régime juridique antérieur se produit après cette date, il y a moins de raison de continuer à soumettre aux règles anciennes un conflit de priorité qui a été modifié par une action postérieure à cette date. En conséquence, il est beaucoup plus justifié d'appliquer les nouvelles dispositions à une telle situation.

13. Le cas de figure le plus complexe est le conflit de priorité entre une partie dont la sûreté a été constituée avant la date d'entrée en vigueur et une autre partie dont la sûreté a été créée après. En l'espèce, s'il est préférable que les règles nouvelles s'appliquent à terme, il convient d'établir une disposition transitoire protégeant le rang du créancier qui a obtenu sa sûreté en vertu du régime ancien pendant qu'il prend toutes les mesures nécessaires pour maintenir cette protection dans le cadre du nouveau régime. Si ces mesures sont prises dans les délais prescrits, la nouvelle législation devrait octroyer au créancier la priorité qu'il aurait eue si les nouvelles dispositions avaient été en vigueur lors de l'opération initiale et si ces mesures avaient été prises à ce moment-là.

e. Différends soumis à une juridiction étatique ou à un tribunal arbitral

14. Lorsqu'un différend fait l'objet d'une procédure judiciaire (ou d'une procédure de règlement des litiges comparable) à la date d'entrée en vigueur, les droits des parties sont suffisamment cristallisés de sorte que l'entrée en vigueur du nouveau régime juridique ne devrait pas modifier l'issue de ce différend. Par conséquent, ce nouveau régime ne devrait pas être appliqué au règlement du différend.

B. Résumé et recommandations

15. La nouvelle législation sur les opérations garanties devrait indiquer une date, postérieure à son adoption, à laquelle elle entrera en vigueur ("date d'entrée en vigueur").

16. Un État pourrait prendre en considération les facteurs suivants pour déterminer la date d'entrée en vigueur: l'impact de cette dernière sur les décisions d'octroyer des crédits; la maximisation des avantages découlant de la nouvelle législation; les mesures qu'il doit prendre notamment en matière de réglementation, d'institutions et d'information ou les améliorations qu'il doit apporter aux infrastructures; l'état de la loi préexistante et d'autres infrastructures; l'harmonisation de la nouvelle législation sur les opérations garanties avec d'autres lois; le contenu des dispositions constitutionnelles en ce qui concerne les opérations antérieures à la date d'entrée en vigueur; et la pratique suivie habituellement ou par commodité pour l'entrée en vigueur de la législation (par exemple le premier jour du mois).

17. La nouvelle législation devrait fixer une période après la date d'entrée en vigueur ("période transitoire") durant laquelle les créanciers détenant des sûretés opposables au constituant et aux tiers en vertu du régime antérieur peuvent prendre des mesures pour que ces sûretés leur soient opposables en vertu du nouveau

régime. Si ces mesures sont prises pendant la période transitoire, la législation devrait prévoir que les sûretés du créancier demeurent opposables à ces parties.

18. La nouvelle législation devrait contenir des dispositions claires pour déterminer: i) quelle loi s'applique au classement des sûretés postérieures à la date d'entrée en vigueur; ii) quelle loi s'applique au classement des sûretés antérieures à cette date; iii) quelle loi s'applique au classement des sûretés antérieures et des sûretés postérieures à cette date.

19. La nouvelle législation devrait prévoir que le classement des sûretés postérieures à la date d'entrée en vigueur est régi par elle.

20. La nouvelle législation devrait prévoir, d'une manière générale, que le classement des sûretés antérieures à la date d'entrée en vigueur est régi par l'ancien régime juridique. Elle pourrait également disposer que ce dernier ne s'appliquera toutefois que si aucun événement qui aurait modifié le rang des sûretés dans le régime antérieur ne survient après la date d'entrée en vigueur. Si un tel événement se produit, la nouvelle législation déterminerait le classement des sûretés.

21. En ce qui concerne le classement des sûretés antérieures et des sûretés postérieures à la date d'entrée en vigueur, la nouvelle législation devrait s'appliquer à condition que le titulaire d'une sûreté antérieure ait la possibilité, pendant la période transitoire, d'obtenir la priorité du nouveau régime en prenant toutes les mesures nécessaires prévues par elle. Pendant la période transitoire, la sûreté antérieure devrait conserver son rang prioritaire comme si la nouvelle législation n'était pas entrée en vigueur. Si les mesures nécessaires sont prises pendant cette période, le titulaire de la sûreté antérieure devrait se voir accorder la priorité qu'il aurait eue si les nouvelles règles avaient été en vigueur lors de l'opération initiale et si ces mesures avaient été prises à ce moment-là.

22. Lorsqu'un différend fait l'objet d'une procédure judiciaire (ou d'une procédure de règlement des litiges comparable) à la date d'entrée en vigueur de la nouvelle législation, cette dernière ne devrait pas être appliquée à la détermination des droits des parties.

C. Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de leur deuxième session conjointe (New York, 26 et 29 mars 2004)

(A/CN.9/550) [Original: Anglais]

Le document ci-dessus a été reproduit dans la deuxième partie, I. H., page 428

D. Rapport du Groupe de travail sur les sûretés sur les travaux de sa cinquième session (New York, 22-25 mars 2004)

(A/CN.9/549) [Original: Anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-9
II.	Organisation de la session	10-15
III.	Délibérations et décisions	16
IV.	Élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties	17-64
	Chapitre VI. Priorité (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, par. 78 à 90)	17-20
	Priorité des sûretés avec dépossession (par. 82)	18-20
	Chapitre X. Conflit de lois (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.7, par. 30 à 37)	21-34
	A. Loi applicable aux sûretés avec dépossession sur des biens meubles corporels et aux sûretés sans dépossession sur des biens meubles incorporels (par. 30 et 31)	22
	B. Loi applicable aux sûretés sans dépossession sur des biens meubles corporels (par. 32)	23-25
	C. Loi applicable aux sûretés grevant des biens en transit (par. 33)	26
	D. Loi applicable aux sûretés grevant le produit (par. 34)	27
	E. Loi applicable aux sûretés grevant des biens déplacés d'un État à un autre (par. 35)	28
	F. Loi applicable à la réalisation des sûretés (par. 36)	29-33
	G. Loi applicable à la réalisation des sûretés en cas d'insolvabilité (par. 37)	34
	Chapitre V. Publicité (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2)	35-64
	A. Dépossession (par. 7 à 16)	36
	B. Notification et contrôle (par. 17 à 23)	37-38
	C. Inscription dans des registres de titres de propriété (par. 24 à 31)	39
	D. Inscription dans des registres d'opérations garanties (par. 32 et 33)	40-43
	E. Inscription d'un avis ou enregistrement de l'acte d'une opération (par. 34 à 37)	44
	F. Répertoriage par actif ou par constituant (par. 38 à 42)	45
	G. Teneur de l'avis déposé (par. 43 à 53)	46-50
	H. Durée de l'inscription (par. 56 à 58)	51-52
	I. Considérations techniques (par. 59 à 61)	53
	J. Responsabilité en cas de défaillance du système (par. 62 à 64)	54
	K. Frais d'inscription (par. 65)	55
	L. Considérations relatives à la confidentialité et à la vie privée (par. 66 et 67)	56

M. Inscription précoce (par. 68 à 70) 57-58
N. Restrictions à la priorité (par. 71 à 73) 59
O. Inscription et réalisation (par. 74 et 75) 60
P. Inscription des titres de propriété et autres mécanismes similaires (par. 76 à 83) 61-62
Q. Autres modes de publicité (par. 84 et 85) 63
R. Opposabilité des sûretés n'ayant pas fait l'objet d'une publicité (par. 86 à 96) 64
V. Travaux futurs 65

I. Introduction

1. À sa présente session, le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur l'élaboration d'un "régime juridique efficace pour les sûretés sur les biens meubles corporels faisant l'objet d'une activité commerciale"[1]. La Commission a en effet décidé d'entreprendre des travaux dans le domaine du droit du crédit garanti en raison de la nécessité de mettre en place un régime juridique efficace qui permette de supprimer les obstacles juridiques au crédit garanti et puisse ainsi avoir un effet bénéfique sur l'offre de crédit et le coût du crédit[2].

2. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission avait examiné un rapport, élaboré par le secrétariat, sur les questions à traiter dans le domaine du droit du crédit garanti (A/CN.9/475). À cette session, elle était convenue que le droit du crédit garanti constituait un sujet important qui avait été porté à son attention au moment opportun, compte tenu en particulier de son lien étroit avec les travaux qu'elle menait dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Il avait été largement estimé que des lois modernes sur le crédit garanti pourraient avoir un fort impact sur la disponibilité et le coût du crédit et, partant, sur le commerce international. Il avait aussi été largement estimé que de telles lois pourraient réduire les inégalités entre parties de pays développés et de pays en développement en matière d'accès au crédit bon marché et au niveau des avantages tirés du commerce international. Il fallait toutefois, pour que ces lois puissent être acceptées par les États, qu'un juste équilibre soit réalisé en ce qui concerne le traitement des créanciers privilégiés, des créanciers garantis et des créanciers chirographaires. On avait en outre déclaré qu'il serait souhaitable, étant donné la divergence des politiques nationales, de faire preuve de souplesse en élaborant un ensemble de principes accompagné d'un guide plutôt qu'une loi type[3].

3. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission avait examiné un autre rapport établi par le secrétariat (A/CN.9/496) et était convenue que des travaux

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), par. 358.
[2] Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 455, et *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), par. 347.
[3] Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 459.

devaient être entrepris en raison des incidences économiques bénéfiques de dispositions législatives modernes applicables au crédit garanti. Il avait été constaté que des insuffisances dans ce domaine pouvaient – l'expérience l'avait montré – avoir d'importants effets négatifs sur le système économique et financier d'un pays. Il avait également été déclaré qu'un cadre juridique efficace et prévisible présentait des avantages macroéconomiques à court et à long terme. À court terme, en cas de crise du secteur financier dans un pays donné, un tel cadre était nécessaire, notamment dans l'optique du recouvrement des créances financières, pour aider les banques et autres institutions financières à remédier à la détérioration de leurs créances grâce à des mécanismes de réalisation rapide et pour faciliter la restructuration des entreprises en offrant un moyen de créer des incitations à l'apport d'un financement provisoire. À long terme, un cadre juridique à la fois souple et efficace en matière de sûretés mobilières pouvait constituer un instrument utile pour doper la croissance économique. De fait, faute d'accès au crédit à des conditions abordables, il était impossible de promouvoir la croissance économique, la compétitivité et le commerce international, les entreprises étant dans l'incapacité de se développer pour réaliser tout leur potentiel[4]. S'agissant de la forme que devaient revêtir les travaux, la Commission avait estimé qu'une loi type serait trop rigide et avait pris note des propositions tendant à l'élaboration d'un ensemble de principes accompagnés d'un guide législatif qui contiendrait des recommandations de dispositions législatives[5].

4. À sa première session (New York, 20-24 mai 2002), le Groupe de travail avait examiné les chapitres Ier à V et X (A/CN.9/WG.VI/WP.2 et Add.1 à 5 et 10) du premier avant-projet de guide sur les opérations garanties, élaboré par le secrétariat. À cette session, il avait prié ce dernier d'établir une version révisée de ces chapitres (voir A/CN.9/512, par. 12). Il avait également examiné une proposition de présentation de systèmes modernes d'inscription destinée à lui fournir les informations nécessaires pour répondre à des préoccupations qui avaient été exprimées à propos du registre des sûretés sur les biens meubles (voir A/CN.9/512, par. 65). À la même session, il était convenu de la nécessité de coordonner ses travaux avec ceux du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur des questions d'intérêt commun et avait approuvé les conclusions de ce dernier sur ces questions (A/CN.9/512, par. 88).

5. À sa trente-cinquième session, en 2002, la Commission avait examiné le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa première session (A/CN.9/512). Il avait été généralement estimé que le projet de guide législatif constituait pour la Commission une excellente occasion d'aider les États à adopter des lois modernes sur les opérations garanties, ce qui était souvent considéré comme une condition nécessaire, bien qu'insuffisante à elle seule, pour accroître l'accès au crédit à des taux abordables et promouvoir ainsi les échanges internationaux de biens et de services, le développement économique et, en définitive, les relations amicales entre nations. À cet égard, la Commission avait noté avec satisfaction que le projet avait suscité l'intérêt d'organisations internationales, gouvernementales et non gouvernementales, et que certaines d'entre elles participaient activement aux délibérations du Groupe de travail. À la même session, la Commission avait également estimé que le moment était parfaitement choisi pour aborder la question

---

[4] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), par. 351.

[5] Ibid., par. 357.

des sûretés mobilières compte tenu à la fois des initiatives législatives prises dans ce domaine aux niveaux national et international et de ses propres travaux sur le droit de l'insolvabilité. Après un débat, la Commission avait confirmé le mandat qu'elle avait confié au Groupe de travail à sa trente-quatrième session, à savoir élaborer un régime juridique efficace pour les sûretés sur les biens meubles corporels, y compris les stocks. Elle avait également confirmé que ce mandat devait être interprété de manière large de façon à ce que l'on obtienne un produit suffisamment souple, devant prendre la forme d'un guide législatif[6].

6. À sa deuxième session (Vienne, 17-20 décembre 2002), le Groupe de travail avait examiné les chapitres VI, VII et IX (A/CN.9/WG.VI/WP.2 et Add.6, 7 et 9) du premier avant-projet de guide sur les opérations garanties, élaboré par le secrétariat, et avait prié ce dernier d'établir une version révisée de ces chapitres (voir A/CN.9/531, par. 15). À cette session également, conformément à des suggestions qui avaient été faites à la première session du Groupe de travail (voir A/CN.9/512, par. 65), les systèmes d'inscription des sûretés sur les biens meubles de Nouvelle-Zélande et de Norvège avaient été présentés de façon informelle. Immédiatement avant cette session, les Groupes de travail V (Droit de l'insolvabilité) et VI (Sûretés) avaient tenu leur première session conjointe (Vienne, 16 et 17 décembre 2002), au cours de laquelle la version révisée de l'ancien chapitre X (nouveau chapitre IX; A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5) consacré à l'insolvabilité avait été examinée. À cette session, le secrétariat avait été prié d'élaborer une version révisée de ce chapitre (voir A/CN.9/535, par. 8).

7. À sa troisième session (New York, 3-7 mars 2003), le Groupe de travail avait examiné les chapitres VIII, XI et XII du premier avant-projet de guide sur les opérations garanties (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8, A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.11 et A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.12) et les chapitres II et III (par. 1 à 33) de la deuxième version du projet de guide (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2 et A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3) et avait prié le secrétariat d'établir une version révisée de ces chapitres (A/CN.9/532, par. 13).

8. À sa trente-sixième session, en 2003, la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de ses deuxième et troisième sessions (A/CN.9/531 et A/CN.9/532) ainsi que du rapport sur la première session conjointe des Groupes de travail V et VI (A/CN.9/535). Elle avait noté avec satisfaction les progrès accomplis par le Groupe de travail[7].

9. À sa quatrième session (Vienne, 8-12 septembre 2003), le Groupe de travail a examiné les chapitres IV (Constitution), IX (Insolvabilité), Ier (Introduction) et II (Objectifs fondamentaux), ainsi que les paragraphes 1 à 41 du chapitre VI (Priorité) du projet de guide et a prié le secrétariat d'établir une version révisée de ces chapitres (voir A/CN.9/543, par. 15).

II. Organisation de la session

10. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa cinquième session à New York du 22 au 25 mars 2004. Ont

---

6 Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 202 à 204.
7 Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 215 à 222.

assisté à cette session des représentants des États membres de la Commission énumérés ci-après: Allemagne, Autriche, Burkina Faso, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Inde, Italie, Japon, Kenya, Mexique, Ouganda, Sierra Leone, Soudan, Suède et Thaïlande.

11. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Argentine, Australie, Bélarus, Belgique, Cuba, Ghana, Indonésie, Irlande, Koweït, Jamahiriya arabe libyenne, Madagascar, Mongolie, Nigéria, Oman, Pays-Bas, Pérou, Philippines, Pologne, Qatar, République de Corée, République tchèque, Saint-Siège, Serbie-et-Monténégro, Suisse, Turquie et Viet Nam.

12. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations nationales ou internationales suivantes: a) organisations du système des Nations Unies: Banque mondiale, Fonds monétaire international (FMI), Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI); b) organisations intergouvernementales: Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), Organisation consultative juridique afro-asiatique (AALCO); c) organisations non gouvernementales invitées par la Commission: American Bar Association (ABA), Association européenne des étudiants en droit, Center for International Legal Studies (CILS), Centre pour la recherche et l'étude du droit africain unifié (CREDAU), Chambre de commerce internationale (CCI), Commercial Finance Association (CFA), Institut Max Planck de droit privé étranger et international, International Federation of Insolvency Professionals (INSOL), International Insolvency Institute (III), International Law Institute (ILI), International Swaps and Derivatives Association (ISDA), International Working Group on European Insolvency Law et Union internationale des avocats (UIA).

13. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:

Présidente: Mme Kathryn SABO (Canada)

Rapporteuse: Mme Masami NAKASHIMA (Japon)

14. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: A/CN.9/WG.VI/WP.9 et additifs 1 (Principaux types de sûretés mobilières), 2 (Publicité et inscription), 3 (Priorité), 4 (Droits et obligations avant défaillance), 7 (Conflit de lois) et 8 (Questions de droit transitoire), ainsi que A/CN.9/WG.VI/WP.11 et additifs 1 (Introduction et objectifs fondamentaux) et 2 (Constitution).

15. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour ci-après:

1. Élection du Bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

16. Le Groupe de travail a examiné les chapitres V (Publicité), VI (Priorité) et X (Conflit de lois) du projet de guide législatif sur les opérations garanties (ci-après dénommé “le projet de guide”). Il est rendu compte dans la partie IV ci-après de ses délibérations et décisions. Le secrétariat a été prié d’établir, sur la base de ces délibérations et décisions, une version révisée des chapitres du projet de guide examinés à cette session.

IV. Élaboration d’un guide législatif sur les opérations garanties

Chapitre VI. Priorité (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, par. 78 à 90)

17. Le Groupe de travail a rappelé que, à sa quatrième session, il avait examiné les paragraphes 34 à 41 du chapitre VI (voir A/CN.9/543, par. 103 à 120). Toutefois, afin d’avoir une discussion plus ciblée et de faire autant de progrès que possible dans le cadre de la session en cours, qui durait un jour de moins que les sessions normales, il a décidé de sauter les remarques générales (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, par. 42 à 77) et d’examiner le résumé et les recommandations de ce chapitre (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, par. 78 à 90).

Priorité des sûretés avec dépossession (par. 82)

18. Il a été convenu que le paragraphe 82, qui traitait de la priorité des sûretés avec dépossession, devrait être révisé de manière à énoncer trois règles. La première était que la priorité d’une sûreté avec dépossession pouvait être établie par possession, contrôle ou inscription, selon ce qui interviendrait en premier. La deuxième était qu’un créancier garanti qui établissait son rang de priorité par une méthode pouvait changer de méthode sans perdre son rang initial, à condition qu’il n’y ait pas de solution de continuité de l’inscription, de la possession ou du contrôle. La troisième était que, pour protéger la négociabilité de certains biens (par exemple des titres représentatifs), une sûreté sur de tels biens rendue pleinement opposable aux tiers par possession ou contrôle devrait primer une sûreté rendue opposable uniquement par inscription, même si l’inscription était intervenue en premier. Il a été convenu que cette dernière règle devrait être révisée de manière à faire référence expressément à des biens particuliers ayant un certain degré de négociabilité. Des doutes ont néanmoins été émis quant à l’opportunité d’une telle règle, au motif qu’elle pouvait porter atteinte à la sécurité conférée par la règle du premier inscrit.

19. Sous réserve des modifications des recommandations figurant au paragraphe 82, le Groupe de travail a approuvé quant au fond les recommandations contenues dans le chapitre VI, à l’exception de celles concernant les mécanismes reposant sur la propriété, qu’il a décidé de placer entre crochets. Le secrétariat a été prié de réviser les recommandations contenues dans le paragraphe 82 et d’aligner les remarques générales sur leur texte révisé.

20. Rappelant le débat qu’il avait eu sur les immeubles par destination à sa quatrième session (A/CN.9/543, par. 23 et 24), le Groupe de travail a également prié

le secrétariat d'inclure au chapitre VI une discussion et des recommandations sur les conflits de priorité relatifs aux immeubles par destination. En réponse à une question sur l'effet des accords de cession de rang en cas d'insolvabilité du constituant, il a noté que c'était là une question à traiter lors de la deuxième session conjointe des Groupes de travail V (Droit de l'insolvabilité) et VI (Sûretés) (voir A/CN.9/WG.V/WP.71, par. 7 e)).

Chapitre X. Conflit de lois (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.7, par. 30 à 37)

21. Le Groupe de travail est passé à l'examen du chapitre X sur la base des recommandations figurant aux paragraphes 30 à 37.

A. Loi applicable aux sûretés avec dépossession sur des biens meubles corporels et aux sûretés sans dépossession sur des biens meubles incorporels (par. 30 et 31)

22. Il a été convenu dans l'ensemble que les recommandations figurant aux paragraphes 30 et 31 étaient acceptables quant au fond. Pour ce qui est de leur formulation, il a été convenu qu'il devrait apparaître que les sommes d'argent et les instruments négociables étaient des types de biens meubles corporels et les créances des biens meubles incorporels. Il a en outre été convenu que la référence à la "publicité" devrait être remplacée par une référence à "l'opposabilité aux tiers" car certains États n'avaient peut-être pas de système de publicité.

B. Loi applicable aux sûretés sans dépossession sur des biens meubles corporels (par. 32)

23. S'agissant des deux propositions de recommandations figurant au paragraphe 32, qui traitaient de la loi applicable à la constitution, à la publicité (c'est-à-dire à l'opposabilité aux tiers) et au rang de propriété des sûretés sans dépossession sur des biens meubles corporels, différentes vues ont été exprimées. Selon l'une d'elles, l'option 1 était préférable. On a fait valoir que, en soumettant la constitution et l'opposabilité aux tiers à la loi de l'État où se trouvait le constituant, cette option éliminait le risque de voir des lois multiples s'appliquer en cas de biens mobiles, de biens en transit et de biens déplacés d'un État à un autre, ainsi que de biens situés dans plusieurs États. On a fait observer qu'avec cette approche la sécurité quant à la loi applicable serait augmentée et les coûts des opérations seraient réduits. Il a été dit aussi qu'en soumettant le rang de la sûreté à la loi de l'État dans lequel étaient situés les biens grevés, l'option 1, en même temps, ne perturbait pas les attentes légitimes des parties, telles que les acheteurs de biens grevés ou les créanciers judiciaires.

24. L'opinion qui l'a emporté toutefois a été que l'option 2 était préférable, car elle reflétait la règle largement acceptable de la loi de l'État où se trouvait le bien grevé (*lex rei sitae*). On a dit que c'était la seule règle acceptable pour les mécanismes reposant sur la propriété. On a également fait observer que l'option 1 posait problème car elle soumettrait la constitution d'une sûreté et son opposabilité aux tiers à une loi (celle de l'État où se trouvait le constituant) et son rang à une

autre loi (celle de l'État où se trouvait le bien). On a dit en outre que l'option 1 pouvait être difficile à appliquer dans les États qui ne faisaient pas de distinction entre constitution, opposabilité aux tiers et rang de priorité. On a fait observer aussi qu'elle imposerait aux parties et aux tribunaux la charge et le coût liés à l'application de deux lois différentes.

25. Après un débat, bien qu'il ait été proposé de conserver les deux options pour les examiner plus avant, le Groupe de travail a décidé de supprimer la première. De l'avis général, l'harmonisation du droit, qui était un des principaux objectifs du projet de guide, serait facilitée si ce dernier énonçait des recommandations claires sans multiples variantes. Le Groupe de travail est également convenu de compléter l'option 2 par une définition du terme "biens mobiles" et par une indication du moment devant servir de référence pour déterminer le lieu où se trouvaient les biens grevés. S'agissant de l'exception prévue dans cette option à propos des sûretés grevant des biens mobiles (loi du lieu de situation du constituant), celle-ci, bien qu'ayant suscité des doutes, a été jugée généralement acceptable étant entendu que le terme "biens mobiles" désignait des biens qui n'étaient pas soumis à des systèmes d'enregistrement spéciaux comme ceux qui existaient pour les aéronefs, les navires et des biens similaires.

C. Loi applicable aux sûretés grevant des biens en transit (par. 33)

26. En ce qui concerne la recommandation énoncée au paragraphe 33 sur les sûretés grevant des biens en transit, si la nécessité d'une recommandation sur ce point a été généralement admise, on s'est toutefois demandé si une règle fondée sur la loi du lieu de destination était la plus appropriée. Il a été proposé d'examiner également d'autres possibilités telles que, par exemple, la loi du lieu dans lequel la partie titulaire d'un droit réel sur les biens recevait un titre représentatif desdits biens.

D. Loi applicable aux sûretés grevant le produit (par. 34)

27. Le Groupe de travail est généralement convenu que la même loi devrait s'appliquer au rang de priorité d'une sûreté, que les biens visés soient les biens initialement grevés ou leur produit. Les avis ont toutefois divergé en ce qui concerne la loi applicable à la constitution de sûretés sur le produit. Selon un point de vue, cette question devait être soumise à la loi régissant la création du droit sur les biens initialement grevés d'où découlait le produit. Selon une autre opinion, elle devait être soumise à la loi régissant la création de biens du même type que le produit. Dans le cas de biens initialement grevés dans l'État A et de créances de somme d'argent constituant le produit dans l'État B, la création du droit sur le produit serait, selon le premier point de vue, soumise à la loi de l'État A et, selon le second point de vue, à la loi de l'État B. On a fait observer que les deux solutions étaient compatibles avec la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international puisqu'elles soumettaient toutes deux les questions de priorité à la loi du lieu où se trouvait le constituant (le cédant dans la terminologie de la Convention).

E. Loi applicable aux sûretés grevant des biens déplacés d'un État à un autre (par. 35)

28. On a généralement approuvé, sur le fond, la recommandation figurant au paragraphe 35, laquelle prévoyait qu'en cas de déplacement des biens d'un État A à un État B, les questions de constitution resteraient soumises à la loi de l'État A, tandis que les questions de priorité seraient régies par la loi de l'État B et que les créanciers garantis ayant priorité en vertu de la loi de l'État A conserveraient leur rang à condition qu'ils rendent leur droit opposable conformément à la loi de l'État B dans un certain délai après introduction des biens dans ce dernier État. En ce qui concerne le libellé du paragraphe 35, il a été convenu que celui-ci devrait être revu afin d'énoncer la règle plus clairement.

F. Loi applicable à la réalisation des sûretés (par. 36)

29. Toutes les options figurant au paragraphe 36 ont suscité à la fois soutien et critique au sein du Groupe de travail. À l'appui de l'option 1, on a fait valoir qu'une approche fondée sur la loi du lieu de réalisation constituerait une règle généralement acceptable. On a fait observer aussi que la loi applicable aux moyens de réalisation serait alors la même que la loi applicable aux questions de procédure et, dans de nombreux cas, que la loi du lieu où se trouvaient les biens. D'un autre côté, on a souligné que l'option 1 pouvait donner matière à manipulation.

30. À l'appui de l'option 2, il a été dit que l'application de la loi régissant la constitution d'une sûreté correspondrait aux attentes des parties et fournirait une règle stable. D'un autre côté, on a indiqué que cette option, appliquée avec la *lex rei sitae* comme loi régissant la constitution d'une sûreté, se traduirait, en cas de réalisation d'une sûreté sur des biens se trouvant dans des États multiples, par l'application de la loi de tous ces États. On a fait observer qu'il était possible de limiter au minimum l'impact d'une telle approche en améliorant le libellé de l'option 2 de manière qu'elle fasse référence à la loi régissant le rang de priorité.

31. À l'appui de l'option 3, on a souligné que la loi régissant la relation contractuelle entre le créancier et le constituant correspondrait aux attentes des parties, mais désavantagerait les tiers qui n'avaient aucun moyen de déterminer la nature des voies de droit susceptibles d'être utilisées par un créancier garanti. On a dit aussi que, si une approche fondée sur l'option 3 était adoptée, il faudrait introduire des exceptions pour protéger les intérêts des tiers, tels que les salariés pour ce qui est des salaires et l'État pour ce qui est des impôts. On a répondu en faisant observer que toutes les options comportaient en elles-mêmes une limite à l'application de la loi applicable de manière à préserver l'ordre public ou des règles impératives de l'État du for.

32. On a indiqué à propos de toutes les options énoncées au paragraphe 36 que, même si l'on parlait de "questions de fond" pour les distinguer des questions de procédure, et même si, en tout état de cause, leur caractérisation appartenait à la loi de l'État du for, il était nécessaire de préciser ces termes. Il a été dit aussi que ces options devraient être comparées et analysées sur la base de leurs coûts et avantages. Par exemple, si la préférence était donnée à l'option 3 et que cela se traduise par l'application d'une loi qui autorisait le recours à des moyens extrajudiciaires, il faudrait évaluer le résultat en fonction de son impact sur l'offre

de crédit et le coût du crédit. Il a été suggéré aussi d'énoncer expressément la règle implicite dans toutes les options, à savoir que les questions de procédure devraient être régies par la loi de l'État dans lequel la réalisation était demandée.

33. Après un débat, le Groupe de travail a prié le secrétariat de réviser les options énoncées au paragraphe 36 pour tenir compte des vues exprimées et des suggestions formulées.

G. Loi applicable à la réalisation des sûretés en cas d'insolvabilité (par. 37)

34. Il a été convenu dans l'ensemble que le commentaire et les recommandations faits au chapitre X à propos de la loi applicable à la réalisation d'une sûreté en cas d'insolvabilité devraient former un tout complet mais être alignés sur la discussion et les recommandations correspondantes figurant dans le projet de guide sur le droit de l'insolvabilité. Le Groupe de travail a jugé les principes contenus dans le texte actuel de ce projet de guide (voir A/CN.9/WG.V/WP.72, par. 179 à 181) généralement acceptables. En particulier, il a été convenu que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ne devrait pas entraîner la mise à l'écart des règles générales de conflit de lois antérieures à l'insolvabilité applicables à la constitution d'une sûreté et à son opposabilité aux tiers. Il a été convenu également que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ne devrait pas entraîner la mise à l'écart de la loi applicable au rang de priorité des sûretés, sauf dans la mesure expressément prévue dans la loi sur l'insolvabilité. Il a été convenu en revanche que l'ouverture pouvait mettre à l'écart les règles applicables à la réalisation des sûretés, car la réalisation devrait être soumise à la loi de l'insolvabilité de l'État dans lequel la procédure d'insolvabilité avait été ouverte. S'agissant de ce principe, l'avis a été exprimé qu'il devrait s'appliquer à la réalisation de sûretés sur des biens situés dans l'État où la procédure d'insolvabilité avait été ouverte, mais non à la réalisation de sûretés sur des biens situés dans d'autres États. Il a été répondu que cette question était une question de droit de l'insolvabilité que devrait traiter le projet de guide sur le droit de l'insolvabilité.

Chapitre V. Publicité (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2)

35. Le Groupe de travail s'est penché sur le résumé et les recommandations figurant au chapitre V (par. 97 à 103). D'emblée, il a été convenu que si le principe de publicité était commun à la plupart des systèmes juridiques, il comprenait différents degrés et était compris de diverses manières. Il a été déclaré, vu que le projet de guide opérait une distinction entre la création d'une sûreté entre les parties à la convention constitutive de sûreté et son opposabilité aux tiers, qu'il importait d'analyser la publicité sous l'angle des mesures à prendre pour rendre une sûreté opposable aux tiers (ou pour faire en sorte que des tiers ne soient pas trompés par la possession apparente du constituant). À cet égard, il a été observé qu'il pourrait être utile d'examiner dans le projet de guide les avantages économiques que procurait (à toutes les parties concernées) le fait de conférer une sécurité et une prévisibilité quant aux droits de tiers. Après un débat, le Groupe de travail a convenu que le projet de guide devrait recommander que la publicité soit une condition préalable pour rendre les sûretés opposables aux tiers et pour assurer la protection des tiers. Il

a ensuite entrepris d'examiner divers modes de publicité suivant l'ordre dans lequel ils étaient abordés au chapitre V.

A. Dépossession (par. 7 à 16)

36. Il a généralement été convenu que le transfert de la possession des biens grevés au créancier garanti était une bonne façon d'avertir les tiers que le bien du constituant était désormais affecté en garantie. Il a aussi été convenu que, pour atteindre ce résultat, la dépossession du constituant devait être réelle et pas seulement fictive. Il a en outre été convenu que le transfert de la possession au créancier garanti ne pouvait pas fonctionner correctement dans le cas de biens meubles incorporels et dans les cas où le constituant avait besoin de rester en possession des biens pour générer les revenus nécessaires au remboursement du prêt.

B. Notification et contrôle (par. 17 à 23)

37. Il a été déclaré que le fait d'envoyer une notification au débiteur d'une créance était un moyen de publier la constitution d'une sûreté sur cette créance dans la mesure où les tiers pouvaient demander à ce débiteur si la créance avait été grevée. Cependant, il a été convenu que cette notification n'était pas un mode de publicité efficace, les débiteurs n'étant pas tenus de fournir à des tiers des informations ou des informations exactes et que, dans de nombreuses opérations, elle n'était pas souhaitable.

38. Pour ce qui est de la notion de "contrôle", plusieurs craintes ont été exprimées. On s'est notamment inquiété du fait que cette notion était nouvelle et n'était pas comprise partout de la même façon. Il a été observé, par exemple, que le fait de mettre le compte au nom du créancier garanti était traité dans de nombreux États comme une cession et non comme un transfert de contrôle du compte. Une autre crainte tenait au fait que, sans aucune raison apparente, les comptes de dépôt étaient traités différemment des créances. Enfin, on s'est inquiété du fait qu'en l'absence d'examen d'autres méthodes de publication de sûretés sur des comptes de dépôt, il était difficile de suivre le débat sur la notion de contrôle. Après un débat, il a été convenu, pour lever ces inquiétudes, de réorienter l'examen des notions de contrôle et de sûreté sur des comptes de dépôt.

C. Inscription dans des registres de titres de propriété (par. 24 à 31)

39. Il a été convenu que les notations sur un certificat de propriété ou l'inscription dans un registre de titres de propriété étaient des modes de publicité acceptables.

D. Inscription dans des registres d'opérations garanties (par. 32 et 33)

40. Il a été déclaré que l'inscription dans un registre d'opérations garanties pouvait se faire par inscription de l'acte de l'opération ou d'un avis relatif à l'opération. Il a également été observé que les États qui souhaitaient adopter une loi globale sur les opérations garanties en vue de mettre sur pied des marchés financiers compétitifs devraient établir un registre centralisé unique d'opérations garanties pour la publication d'avis concernant tous les types de sûreté sur tous les types de

bien afin de permettre aux tiers d'évaluer avec davantage de sécurité et de prévisibilité leur risque de se voir primer par d'autres. En outre, il a été souligné qu'il était nécessaire de coordonner les inscriptions effectuées dans les registres d'opérations garanties et dans les registres par actif afin d'assurer le bon fonctionnement des deux types de registre.

41. Bien qu'ait été exprimée la crainte que l'inscription d'un avis dans un registre d'opérations garanties n'accroisse incidemment le coût des opérations, l'avis qui a prévalu était que cette inscription pourrait procurer la sécurité et la prévisibilité dont les créanciers avaient besoin pour évaluer les risques en toute fiabilité et pourrait ainsi avoir une incidence positive sur l'offre et le coût du crédit.

42. On a déclaré que la publicité était un principe généralement acceptable du droit des opérations garanties et qu'elle visait à protéger les tiers. La dépossession du constituant, l'envoi d'une notification au débiteur d'une créance, le transfert du contrôle d'un bien meuble incorporel, tel qu'un compte de dépôt, et l'inscription dans un registre d'opérations garanties ont été mentionnés comme faisant partie des modes de publicité utilisés dans divers systèmes juridiques. On a souligné en outre qu'il était nécessaire, du point de vue économique, de faciliter la constitution de sûretés sans dépossession et que l'inscription de ces sûretés était le mode de publicité le plus efficace. On a ajouté que s'il y avait d'autres modes de publicité efficaces, ils devraient être mentionnés et leurs avantages et inconvénients relatifs examinés dans le projet de guide. À ce propos, on a indiqué qu'il faudrait aussi examiner les inconvénients des registres d'opérations garanties, inconvénients parmi lesquels ont été mentionnés: le coût, le temps et l'effort potentiels requis; et l'incapacité du registre à protéger le créancier garanti lorsque le constituant n'était pas le propriétaire ou que le bien n'existait pas. On a également fait observer qu'au lieu de favoriser le crédit, les registres risquaient d'entraîner de nouvelles lourdeurs administratives et, partant, de constituer des obstacles au crédit. On a répondu que les registres n'occasionneraient pas nécessairement des lourdeurs administratives s'ils étaient structurés de manière appropriée, comme le recommandait le projet de guide, et pourraient bien au contraire s'avérer efficaces d'un point de vue économique.

43. Compte tenu du large soutien exprimé dans la discussion en faveur des registres d'opérations garanties, et après avoir pris note des objections et préoccupations formulées, le Groupe de travail a décidé que le projet de guide devrait inclure une recommandation indiquant que l'inscription dans un registre d'opérations garanties était un mode acceptable de publicité, et il est passé à l'examen des aspects particuliers d'une telle inscription.

E. Inscription d'un avis ou enregistrement de l'acte d'une opération (par. 34 à 37)

44. Il a été convenu que le projet de guide devrait inclure une recommandation indiquant que l'inscription d'un avis était préférable à l'enregistrement de l'acte d'une opération. Il a été jugé dans l'ensemble que l'inscription d'un avis facilitait le processus d'enregistrement et limitait au minimum les dépenses et charges administratives et autres.

F. Répertoriage par actif ou par constituant (par. 38 à 42)

45. Il a été convenu que le projet de guide devrait inclure une recommandation en faveur d'un répertoire par constituant. On a fait valoir qu'un tel répertoire facilitait l'enregistrement des sûretés sur tous les biens actuels et acquis postérieurement ou sur des catégories génériques de biens par une seule inscription. Pour les biens susceptibles d'individualisation, il a été convenu qu'il faudrait faire référence à des registres par actif. On a toutefois jugé dans l'ensemble qu'il était nécessaire de coordonner de tels registres par actif avec les registres d'opérations garanties, de manière qu'une recherche dans un registre fasse apparaître une inscription dans l'autre registre également, faute de quoi les tiers devraient faire une recherche dans les deux systèmes de registres. Il a été convenu en outre qu'il faudrait introduire une règle de priorité pour régler les conflits de priorité entre les droits inscrits dans le registre d'opérations garanties et les droits inscrits dans le registre par actif.

G. Teneur de l'avis déposé (par. 43 à 53)

46. Le Groupe de travail est convenu dans l'ensemble de recommander qu'un avis déposé indique l'identité du constituant et celle du créancier garanti et contienne une description générale des biens grevés. Il a été dit qu'en limitant la teneur de l'avis aux informations nécessaires, on maximiserait l'efficacité tout en maintenant le coût au minimum. D'un autre côté, on a exprimé la crainte qu'un avis contenant des données limitées ne protège pas suffisamment les tiers.

47. Notant que les critères d'identification pouvaient varier selon les États et qu'il ne serait pas approprié que le projet de guide prescrive les critères à appliquer, le Groupe de travail est convenu de recommander que lesdits critères soient simples et énoncés clairement dans la loi sur les opérations garanties. On a également suggéré d'indiquer dans le commentaire qu'un registre devrait fournir un moyen de mettre à jour les données permettant l'identification des parties, au cas où il y aurait des modifications par suite d'un changement de nom, d'une fusion ou d'une vente d'entreprise, ou d'une cession de la sûreté.

48. Des opinions divergentes ont été exprimées sur le point de savoir si l'avis déposé devrait indiquer de la valeur maximum de l'obligation garantie. Selon l'une d'elles, une telle approche permettrait au constituant d'utiliser la valeur restante de ses biens pour obtenir un crédit d'un autre prêteur. Selon une autre opinion, une telle exigence entraînerait des difficultés pour calculer le montant à garantir ainsi que des calculs excessifs. Après un débat, le Groupe de travail a décidé qu'il était nécessaire d'examiner la question dans le projet de guide, mais qu'aucune recommandation ne devrait être formulée, du moins au stade actuel.

49. Différents points de vue ont également été exprimés sur le point de savoir si le créancier garanti mentionné dans l'avis devrait être tenu de répondre à une demande d'information émanant de certains tiers. Selon un avis, tel devrait être le cas pour les demandes émanant de parties qui avaient un intérêt à évaluer leurs créances contre le constituant mais pas de moyen indépendant de le faire (créanciers chirographaires, administrateur de l'insolvabilité, copropriétaires des biens grevés). On a dit qu'une telle obligation pouvait être introduite sous réserve de l'autorisation du constituant qui aurait intérêt à fournir l'information à un prêteur potentiel. Selon

un autre avis, il ne faudrait pas recommander que soit imposée une telle obligation. On a fait observer que les tiers intéressés avaient à leur disposition des sources d'information diverses et qu'il était nécessaire que le système soit simple. Après un débat, le Groupe de travail est convenu que le projet de guide devait traiter de cette question mais qu'aucune recommandation ne devrait être formulée, du moins au stade actuel.

50. Le Groupe de travail est convenu que le projet de guide devrait inclure aussi une discussion sur la radiation, la modification et la correction des avis.

H. Durée de l'inscription (par. 56 à 58)

51. Le Groupe de travail a convenu qu'il ne fallait faire, en ce qui concerne la durée de l'inscription, aucune recommandation. Il a été déclaré que la durée de l'inscription dépendait d'un certain nombre de facteurs (comme le progrès technologique et la facilité d'effacer des avis du registre ou d'effectuer des inscriptions multiples), sur lesquels les États avaient des avis divergents. Dans le même temps, le Groupe a convenu que le projet de guide devait fournir au législateur national des indications suffisantes quant aux méthodes applicables et à leurs mérites relatifs. À cet égard, outre une durée fixe et une durée choisie par les parties, deux méthodes ont été mentionnées: l'inscription pour une durée indéfinie et l'inscription pour une durée choisie par les parties, mais assortie d'une limite maximale fixée par la loi.

52. À l'appui de l'inscription pour une durée indéfinie, il a été déclaré qu'elle simplifierait l'inscription sans porter indûment atteinte aux droits du constituant, qui pourrait toujours demander l'effacement d'un avis du registre public. Il a aussi été observé que cette méthode encouragerait les opérations de crédit à long terme. En revanche, il a été dit que cette méthode obligerait indûment le constituant à intervenir dans le cas où le créancier garanti n'effacerait pas un avis du registre. À l'appui du choix de la durée souhaitée par les parties à concurrence d'une durée maximale, il a été déclaré que cette solution assurait à la fois la souplesse nécessaire aux parties pour répondre à leurs besoins et la protection voulue au constituant.

I. Considérations techniques (par. 59 à 61)

53. Le Groupe de travail a convenu, s'agissant des considérations techniques, qu'il faudrait recommander que "le système d'inscription et de recherche soit simple, transparent et aussi accessible que possible". Il a été suggéré aussi d'évoquer l'efficacité d'un système de registre informatisé.

J. Responsabilité en cas de défaillance du système (par. 62 à 64)

54. Pour ce qui est de la responsabilité en cas défaillance du système, il a été convenu que le projet de guide devrait recommander d'aborder clairement la question dans la législation sans prescrire de solution uniforme pour tous les États, ce qui risquait d'être impossible compte tenu des différentes conceptions que ces derniers avaient des questions de responsabilité et d'immunité souveraine.

K. Frais d'inscription (par. 65)

55. Il a généralement été convenu que le projet de guide devrait vivement recommander que des frais d'inscription modiques soient prévus pour couvrir le coût du système. Il a été largement estimé qu'une telle méthode encouragerait le recours au système, tout en permettant à celui-ci de recouvrer les dépenses d'équipement et de fonctionnement dans un délai raisonnable.

L. Considérations relatives à la confidentialité et à la vie privée (par. 66 et 67)

56. Il a été déclaré que, dans le contexte d'un système d'inscription public, la question de la confidentialité ne se posait pas, la teneur d'un avis déposé faisant partie du registre public. En revanche, il a été observé qu'il fallait mettre en balance la nécessité d'assurer une publicité suffisante et celle de protéger des informations confidentielles et privées. Il a également été dit que les données figurant dans un registre d'opérations garanties ne devraient pas être utilisées comme un produit commercial susceptible d'être vendu ou comme un moyen d'obtenir les listes de clients d'un concurrent. Après un débat, il a été convenu que le projet de guide devrait, sans émettre de ferme recommandation, aborder cette question sous l'angle de la nécessité de faciliter l'utilisation des informations uniquement dans le but pour lequel elles étaient rassemblées et mises à disposition.

M. Inscription précoce (par. 68 à 70)

57. Il a été convenu que le projet de guide devrait comprendre une recommandation indiquant que l'inscription précoce (c'est-à-dire l'inscription avant la conclusion de la convention constitutive de sûreté) devrait être possible. Il a été déclaré que l'inscription précoce permettait à un prêteur de gagner du temps pour établir son rang de priorité et facilitait ainsi des opérations qui, sinon, pourraient être impossibles ou plus coûteuses. Il a aussi été convenu que des "délais de grâce" permettant à un prêteur de déposer un avis pendant un certain temps après la conclusion d'une convention constitutive de sûreté et d'obtenir la priorité à compter de ce moment plutôt que du moment de l'inscription compromettaient la sécurité offerte par le système d'inscription et ne devraient donc être autorisés que dans des cas très limités et clairement définis. Enfin, il a été convenu que, si aucun crédit n'était accordé après une inscription précoce et si le créancier garanti n'effaçait pas un avis du registre public, le constituant devrait être habilité à le faire en recourant à une procédure administrative simplifiée.

58. L'avis n'étant pas censé porter sur une convention constitutive de sûreté ou sur une sûreté particulière, le Groupe de travail est également convenu qu'un avis unique pouvait couvrir plusieurs conventions successives.

N. Restrictions à la priorité (par. 71 à 73)

59. À l'exception du point selon lequel l'inscription ne portait pas atteinte aux droits d'acheteurs de biens grevés dans les conditions normales du commerce, que

l'on pourrait conserver, il a été convenu que l'examen de la priorité devrait relever du chapitre consacré à la priorité.

O. Inscription et réalisation (par. 74 et 75)

60. Il a été convenu que l'on pourrait mentionner brièvement l'inscription d'un avis de défaillance et de réalisation, mais que l'examen de ce point devrait relever du chapitre consacré à la réalisation. Des avis divergents ont été exprimés quant à l'opportunité de requérir l'inscription des avis de défaillance et de réalisation.

P. Inscription des titres de propriété et autres mécanismes similaires (par. 76 à 83)

61. Le Groupe de travail a convenu de ne pas aborder la question de l'inscription des titres de propriété et autres mécanismes jusqu'à ce qu'il ait eu l'occasion d'examiner le traitement global de ces mécanismes dans le projet de guide. Rappelant la décision qu'il avait prise à sa précédente session, à savoir que le transfert de propriété à des fins de garantie devait être assimilé à une sûreté aux fins de la constitution et de l'insolvabilité (voir A/CN.9/543, par. 73), le Groupe de travail, dans un souci de cohérence, a approuvé une recommandation tendant à ce que la même approche soit adoptée aux fins de la publicité.

62. Dans le cadre de ses débats sur les registres d'opérations garanties, le Groupe de travail a entendu une déclaration du représentant de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) concernant l'élaboration, par la Banque, d'un guide sur les registres. Il a pris note avec intérêt des travaux réalisés par la BERD et a souligné la nécessité de coordonner les activités afin de proposer aux États des orientations globales et cohérentes.

Q. Autres modes de publicité (par. 84 et 85)

63. On a déclaré qu'il faudrait aussi envisager d'autres modes de publicité que ceux actuellement examinés dans le chapitre sur la publicité. En outre, on a fait observer que ce chapitre devrait traiter plus en détail des avantages et inconvénients de chaque système en ce qui concerne la publicité. On a également dit qu'il faudrait peut-être revoir la terminologie employée dans ce chapitre afin de mieux rendre compte des différentes acceptions des termes "publicité" et "inscription". Dans ce contexte, il a été noté que le Groupe de travail avait dit préférer une terminologie neutre qui ne soit pas propre à un système.

R. Opposabilité des sûretés n'ayant pas fait l'objet d'une publicité (par. 86 à 96)

64. On a déclaré qu'une sûreté n'ayant pas fait l'objet d'une publicité pouvait être inopposable aux tiers ou n'être que partiellement opposable à certains tiers, comme les acheteurs de biens grevés qui avaient connaissance de l'existence de la sûreté et les parties qui avaient reçu ces biens à titre de don. On a fait observer que la

première approche avait l'avantage d'être simple et sûre. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de recommander qu'une sûreté n'ayant pas fait l'objet d'une publicité ne devait pas être opposable aux tiers.

V. Travaux futurs

65. Le Groupe de travail a noté que sa sixième session était prévue à Vienne du 27 septembre au 1er octobre 2004, sous réserve que la Commission approuve ces dates à sa trente-septième session, qui devait se tenir à New York du 14 juin au 2 juillet 2004. Comme il était urgent de donner aux États des orientations dans le domaine du droit des opérations garanties, il a été noté que le Groupe de travail devrait achever ses travaux le plus rapidement possible et soumettre éventuellement le projet de guide à la Commission en 2005 pour approbation de principe et en 2006 pour approbation finale.

E. Rapport du Secrétaire général sur le projet de guide législatif sur les opérations garanties, document de travail soumis au Groupe de travail sur les sûretés à sa cinquième session

(A/CN.9/WG.VI/WP.11 et Add. 1 et 2) [Original: Anglais]

A/CN.9/WG.VI/WP.11

1. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission avait examiné un rapport du Secrétaire général sur les travaux futurs possibles dans le domaine du droit des sûretés (A/CN.9/475). À cette session, elle était convenue que les sûretés constituaient un sujet important porté à son attention au moment opportun, compte tenu en particulier du lien étroit entre ces dernières et les travaux qu'elle menait dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Il avait été largement estimé que des lois modernes sur le crédit garanti pourraient avoir un fort impact sur l'offre et le coût du crédit et, par conséquent, sur le commerce international. Il avait aussi été largement estimé que de telles lois pourraient réduire les inégalités entre les parties des pays développés et celles des pays en développement dans l'accès à un crédit meilleur marché ainsi que dans les avantages qu'elles tiraient du commerce international. Il fallait toutefois que les lois établissent un équilibre approprié dans le traitement des créanciers privilégiés, garantis et chirographaires, pour être acceptées par les États. On avait également déclaré que, étant donné la divergence des politiques nationales, il serait souhaitable de faire preuve de souplesse en élaborant un ensemble de principes accompagnés d'un guide plutôt qu'une loi type. Par ailleurs, pour qu'une réforme du droit donne des résultats optimaux, y compris la prévention des crises financières, la réduction de la pauvreté et la facilitation du financement par l'emprunt comme moteur de la croissance économique, il faudrait que les travaux entrepris dans le domaine des sûretés soient coordonnés avec ceux qui étaient menés dans le domaine du droit de l'insolvabilité[1].

2. À sa trente-quatrième session en 2001, la Commission a examiné un autre rapport établi par son secrétariat (A/CN.9/496) et a estimé que des travaux devraient être entrepris en raison des incidences économiques bénéfiques de dispositions législatives modernes applicables au crédit garanti. Il a été déclaré que l'expérience avait démontré que des insuffisances dans ce domaine pouvaient avoir de très importants effets négatifs sur le système économique et financier d'un pays. Il a également été déclaré qu'un cadre juridique efficace et prévisible présentait des avantages macroéconomiques à court et à long terme. À court terme, à savoir en cas de crise du secteur financier dans un pays donné, un tel cadre était nécessaire, notamment dans l'optique de la réalisation des créances, pour aider les banques et autres établissements financiers à remédier à la détérioration de leurs créances grâce à des mécanismes d'exécution rapide et pour faciliter la restructuration des entreprises en offrant un moyen susceptible de créer des incitations en vue d'un financement provisoire. À plus long terme, un cadre juridique à la fois souple et efficace en matière de sûretés pouvait constituer un instrument utile pour accélérer la croissance économique. En effet, sans accès au crédit à des conditions abordables, il était impossible de promouvoir la croissance économique, la compétitivité et le

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 459.

commerce international, les entreprises étant dans l'incapacité de se développer pour réaliser tout leur potentiel[2].

3. Bien que certaines préoccupations aient été exprimées quant à la faisabilité de travaux dans le domaine du droit des sûretés, la Commission a noté qu'elles n'étaient pas largement partagées et a continué d'examiner la portée des travaux à entreprendre[3]. Il a été largement estimé que les travaux devraient être centrés sur les sûretés portant sur les biens meubles corporels faisant l'objet d'une activité commerciale, y compris les stocks. Il a été convenu par ailleurs que ni les valeurs mobilières ni les droits de propriété intellectuelle ne devraient être traités. S'agissant des droits de propriété intellectuelle, il a été noté que les travaux dans ce domaine étaient moins nécessaires, que les questions étaient extrêmement complexes et que tous efforts pour les traiter devraient être coordonnés avec d'autres organisations, telles que l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)[4]. Pour ce qui est de la forme que devaient revêtir les travaux, la Commission a estimé qu'une loi type serait peut-être trop rigide et a pris note des suggestions formulées en faveur d'un ensemble de principes accompagnés d'un guide législatif qui comprendrait, si possible, des dispositions législatives types[5].

4. Après un débat, la Commission a décidé de charger un groupe de travail d'élaborer "un régime juridique efficace pour les sûretés sur les biens meubles corporels faisant l'objet d'une activité commerciale, y compris les stocks, et de recenser les questions à traiter, notamment la forme de l'instrument, la gamme exacte des biens qui pouvaient servir de garantie ..."[6]. Soulignant l'importance du sujet et la nécessité de consulter des praticiens et des organisations ayant des compétences dans le domaine, la Commission a recommandé la tenue d'un colloque de deux à trois jours[7].

5. À sa première session (New York, 20-24 mai 2002), le Groupe de travail VI (Sûretés) était saisi du premier projet préliminaire de guide législatif sur les opérations garanties, établi par le secrétariat (A/CN.9/WG.VI/WP.2 et Add.1 à 12), du rapport du colloque international de la CNUDCI et de la Commercial Finance Association (CFA) sur les opérations garanties, tenu à Vienne du 20 au 22 mars 2002 (A/CN.9/WG.VI/WP.3), et de commentaires de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (A/CN.9/WG.VI/WP.4). À cette session, le Groupe de travail a examiné les chapitres Ier à V et X (A/CN.9/WG.VI/WP.2 et Add.1 à 5 et 10), et a prié le secrétariat de revoir ces chapitres (A/CN.9/512, par. 12). À la même session, le Groupe de travail est convenu qu'il fallait faire en sorte, en coopération avec le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), que la question du régime applicable aux sûretés dans les procédures d'insolvabilité soit traitée conformément aux conclusions de ce dernier concernant les points de recoupement entre les travaux des deux groupes (voir A/CN.9/512, par. 88 et A/CN.9/511, par. 126 et 127).

---

[2] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), par. 351.
[3] Ibid., par. 352 à 354.
[4] Ibid., par. 354 à 356.
[5] Ibid., par. 357.
[6] Ibid., par. 358.
[7] Ibid., par. 359.

6. À sa trente-cinquième session, en 2002, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa première session (A/CN.9/512). Elle a exprimé ses remerciements au Groupe de travail pour l'avancement de ses travaux. Il a été généralement estimé que le projet de guide législatif constituait pour la Commission une excellente occasion d'aider les États à adopter des lois modernes sur les opérations garanties, ce qui était souvent considéré comme une condition nécessaire, mais pas suffisante à elle seule, pour accroître l'offre de crédit à des taux abordables et promouvoir ainsi les échanges internationaux de biens et de services, le développement économique et, en définitive, les relations amicales entre nations[8].

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

8. À l'issue d'un débat, la Commission a confirmé le mandat qu'elle avait confié au Groupe de travail à sa trente-quatrième session, à savoir élaborer un régime juridique efficace pour les sûretés sur les biens meubles corporels, y compris les stocks. Elle a également confirmé que ce mandat devait être interprété de manière large de façon à ce que l'on obtienne un produit suffisamment souple, devant prendre la forme d'un guide législatif[10].

9. À sa deuxième session (Vienne, 17-20 décembre 2002), le Groupe de travail a examiné les chapitres VI, VII et IX (A/CN.9/WG.VI/WP.2 et Add.6, 7 et 9) du premier avant-projet de guide sur les opérations garanties, élaboré par le secrétariat, et a prié ce dernier d'établir une version révisée de ces chapitres (voir A/CN.9/531, par. 15). À cette session également, conformément à des suggestions qui avaient été faites à la première session du Groupe de travail (voir A/CN.9/512, par. 65), les systèmes d'inscription des sûretés sur les biens meubles de Nouvelle-Zélande et de Norvège ont été présentés de façon informelle. Immédiatement avant cette session, les Groupes de travail V (Droit de l'insolvabilité) et VI (Sûretés) ont tenu leur première session commune (Vienne, 16 et 17 décembre 2002), au cours de laquelle la version révisée de l'ancien chapitre X (nouveau chapitre IX; A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5) consacré à l'insolvabilité a été examinée. À cette

---

8 Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n°17* (A/57/17), par. 202.
9 Ibid., par. 203.
10 Ibid., par. 204.

session, le secrétariat a été prié d'élaborer une version révisée de ce chapitre (voir A/CN.9/535, par. 8).

10. À sa troisième session (New York, 3-7 mars 2003), le Groupe de travail a examiné les chapitres VIII, XI et XII du premier avant-projet de guide sur les opérations garanties et les chapitres II et III de la deuxième version (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8, A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.11, A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.12, A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2 et A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3) et a prié le secrétariat d'établir une version révisée de ces chapitres (A/CN.9/532, par. 13). À cette session également, la loi slovaque sur les opérations garanties, récemment élaborée avec l'aide de la Banque mondiale et de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, a été présentée de façon informelle.

11. À sa trente-sixième session, en 2003, la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de ses deuxième et troisième sessions (A/CN.9/531 et A/CN.9/532), ainsi que du rapport sur les travaux de la première session conjointe des Groupes de travail V et VI (A/CN.9/535). La Commission a félicité le Groupe de travail pour l'avancement de ses travaux et a exprimé sa satisfaction au Groupe de travail V et au Groupe de travail VI pour la coordination de leurs travaux portant sur la question du régime applicable aux sûretés dans les procédures d'insolvabilité. Elle a également noté avec satisfaction la présentation de systèmes modernes d'inscription des sûretés mobilières et le projet du Secrétariat d'établir un document traitant des questions techniques relatives à l'inscription[11].

12. 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 telle qu'Unidroit, la Conférence de La Haye de droit international privé, la Banque mondiale, le Fonds monétaire international, la BERD et la Banque asiatique de développement. Il a été fait référence aux travaux en cours d'Unidroit concernant les sûretés sur les titres aux Principes et directives de la Banque mondiale régissant le traitement de l'insolvabilité de 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 BERD, 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, élaborée par l'Organisation des États américains. 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 loi, en particulier pour ce qui est de la loi applicable à la réalisation des sûretés en cas d'insolvabilité[12].

13. En ce qui concerne la portée des travaux, la Commission a pris note des propositions selon lesquelles le Groupe de travail devrait envisager de traiter, outre des biens meubles corporels (y compris les stocks), des créances commerciales, des lettres de crédit, des comptes de dépôt et des droits de propriété intellectuelle, étant donné leur importance économique en tant que garantie de crédit. S'agissant du fond du projet de guide législatif, la Commission a pris note des déclarations selon lesquelles, si le guide devait aborder diverses approches susceptibles d'être adoptées

---

11 Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 217.

12 Ibid., par. 218.

avec succès, il devait également inclure des recommandations et que, si d'autres recommandations devaient être élaborées, les avantages et les inconvénients de chaque approche, en particulier pour les pays en développement et les pays à économie en transition, devaient aussi être examinés[13].

14. Après un débat, la Commission a confirmé le mandat qu'elle avait donné au Groupe de travail VI à sa 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[14].

15. À sa quatrième session (Vienne 8-12 septembre 2003), le Groupe de travail a examiné les chapitres I (Introduction), II (Objectifs fondamentaux), IV (Constitution) et IX (Insolvabilité), ainsi que les paragraphes 1 à 41 du chapitre VII (Priorité), et il a demandé au secrétariat d'établir une version révisée de ces chapitres (voir le document A/CN.9/543, par. 15).

16. Les additifs au présent document introductif contiennent les chapitres I, II et IV du projet de guide révisé: chapitre I (Introduction), chapitre II (Objectifs fondamentaux) et chapitre IV (Constitution).

17. Les autres chapitres figurent dans les documents suivants: A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1 (chapitre III: Mécanismes de garantie); A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2 (chapitre V: Publicité et inscription); A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3 (chapitre VI: Priorité); A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4 (chapitre VII: Droits et obligations des parties avant défaillance); A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.9 (chapitre VIII: Défaillance et réalisation); A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6 (chapitre IX: Insolvabilité); A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.7 (chapitre X: Conflits de lois); et A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.8 (chapitre XI: Questions transitoires).

---

[13] Ibid., par. 220 et 221.

[14] Ibid., par. 222.

A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1

Rapport du Secrétaire général sur le projet de guide législatif sur les opérations garanties, document de travail soumis au Groupe de travail sur les sûretés à sa cinquième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction . . . 1-8
- A. Objet . . . 1-8
- B. Champ d'application . . . 9-16
- C. Terminologie . . . 17
- D. Exemples de pratiques de financement visées par le Guide . . . 18-28
  1. Financement du prix d'achat de stocks et de matériel . . . 19-22
  2. Financement au moyen d'un crédit permanent garanti par des créances de somme d'argent et des stocks . . . 23-25
  3. Financement par des prêts à terme . . . 26-28

II. Objectifs fondamentaux d'un régime efficace et effectif en matière d'opérations garanties . . . 29-40
- A. Promouvoir le crédit garanti . . . 30
- B. Permettre à un grand nombre d'entreprises d'utiliser la valeur intrinsèque intégrale de leurs actifs pour obtenir un crédit dans un large éventail d'opérations de crédit . . . 31
- C. Obtenir des sûretés réelles mobilières de manière simple et efficace . . . 32
- D. Reconnaître l'autonomie des parties . . . 33
- E. Assurer l'égalité de traitement des créanciers . . . 34
- F. Valider les sûretés réelles mobilières sans dépossession . . . 35
- G. Encourager un comportement responsable en renforçant la prévisibilité et la transparence . . . 36
- H. Établir des règles de priorité claires et prévisibles . . . 37
- I. Faciliter la réalisation des sûretés de manière prévisible et efficace . . . 38
- J. Équilibrer les intérêts des personnes intéressées . . . 39
- K. Harmoniser les lois sur les opérations garanties . . . 40

Projet de guide législatif sur les opérations garanties

[*Les remarques liminaires seront rédigées ultérieurement.*]

I. Introduction

A. Objet

1. Le présent Guide a pour objet d'aider les États à élaborer des lois modernes sur les opérations garanties afin de promouvoir l'offre de crédits garantis bon marché. Il s'adresse aux États qui n'ont pas, dans ce domaine, de lois efficaces et effectives, aussi bien qu'à ceux qui en ont, mais souhaitent les revoir ou les moderniser, ou encore les harmoniser ou les coordonner avec celles d'autres États.

2. Le Guide part du principe que des lois rationnelles sur les opérations garanties peuvent offrir des avantages économiques considérables aux États qui les adoptent, notamment inciter des prêteurs et d'autres fournisseurs de crédit nationaux et étrangers à octroyer des financements, favoriser le développement et l'expansion des entreprises nationales et, d'une façon générale, accroître les échanges. De telles lois peuvent également procurer des avantages aux consommateurs en abaissant le coût des biens et des services et en facilitant l'accès au crédit à la consommation bon marché. Pour ce faire, elles doivent s'appuyer sur des systèmes judiciaires et d'autres mécanismes d'application efficaces et efficients, mais également être étayées par des lois sur l'insolvabilité respectant les droits qu'elles confèrent (voir le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité).

3. Le Guide s'efforce de transcender les différences entre régimes juridiques en proposant des solutions pragmatiques et éprouvées qui peuvent être acceptées et appliquées dans des États ayant des traditions juridiques divergentes. Il vise l'élaboration de lois procurant des avantages économiques concrets aux États qui les adoptent. Il est possible que les États aient à supporter des dépenses prévisibles et limitées pour élaborer et appliquer de telles lois, mais la vaste expérience accumulée montre que ces dépenses devraient être largement compensées par les avantages à court et à long terme qui seront obtenus.

4. Toutes les entreprises – qu'il s'agisse de fabricants, de distributeurs, de prestataires de services ou de détaillants – ont besoin d'un fonds de roulement pour fonctionner, se développer et être compétitives. Des études réalisées par des organisations telles que la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (Banque mondiale), le Fonds monétaire international, la Banque asiatique de développement et la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) ont démontré que l'octroi de crédits garantis était l'un des moyens les plus efficaces de doter les entreprises commerciales d'un fonds de roulement.

5. L'efficacité d'un crédit garanti réside dans la possibilité pour les entreprises d'utiliser la valeur intrinsèque de leurs actifs afin de réduire le risque des créanciers. En cas de défaillance du débiteur, ces derniers peuvent en effet accéder à ses biens pour se faire payer. Dès lors que le risque de non-paiement est réduit, l'offre de crédit augmente et le coût du crédit diminue.

6. Un système juridique favorable aux crédits garantis est essentiel si l'on veut atténuer le sentiment de risque que suscitent les opérations de crédit et promouvoir l'offre de crédits garantis. Il est plus facile pour les entreprises d'obtenir des crédits garantis dans les États qui ont des lois efficaces produisant des résultats cohérents et prévisibles pour les créanciers en cas de défaillance des débiteurs. D'un autre côté, dans les États qui n'ont pas de telles lois et où les créanciers ont l'impression que les risques juridiques liés aux opérations de crédit sont élevés, le coût du crédit augmente, car lesdits créanciers exigent une rémunération accrue pour évaluer et assumer ce surcroît de risque. Dans certains États, l'absence de régime efficace pour les opérations garanties ou de régime de l'insolvabilité, dans lequel les sûretés réelles mobilières sont reconnues, a abouti à la quasi-disparition du crédit aux petites et moyennes entreprises commerciales ainsi qu'aux consommateurs.

7. Un régime juridique favorisant les crédits garantis non seulement aide à la culture et à la croissance d'entreprises individuelles, mais peut également avoir un effet positif sur la prospérité économique générale de l'État. Ainsi, les États qui n'ont pas de régime efficace et effectif pour les opérations garanties risquent de se priver d'un précieux avantage économique.

8. Afin de promouvoir au mieux l'offre de crédits garantis bon marché, le Guide indique que les lois sur les opérations garanties devraient être structurées de manière à permettre aux entreprises de tirer le plus grand profit possible de la valeur intrinsèque de leurs actifs pour obtenir des crédits. À cet égard, il adopte deux des concepts fondamentaux sur lesquels reposent des lois efficaces en matière d'opérations garanties, à savoir les concepts de priorité et de publicité. Le concept de priorité, qui permet de classer les créanciers détenant une sûreté réelle mobilière sur les mêmes biens, donne la possibilité à une entreprise de tirer le plus grand profit possible de la valeur de ses actifs en consentant à plusieurs créanciers des sûretés de rangs différents sur les mêmes actifs. Le concept de publicité sous la forme d'un système permettant l'enregistrement d'un avis relatif à une opération garantie vise à favoriser la sécurité juridique en ce qui concerne la détermination du rang de priorité de chaque créancier et, partant, à réduire le coût de ce type d'opération.

B. Champ d'application

9. Le Guide traite des sûretés réelles mobilières conventionnelles. Il mentionne toutefois les sûretés non conventionnelles – par exemple légales ou judiciaires – lorsque le même bien est grevé à la fois de sûretés conventionnelles et non conventionnelles et que la loi doit prévoir le rang de priorité de chacune (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, par. 44 à 53). Le Guide vise avant tout les éléments essentiels de l'actif commercial, tels que les meubles corporels à usage commercial (stocks et matériel) et les créances commerciales de somme d'argent. Il propose cependant que tous les types de biens puissent être grevés, y compris les actifs existants et futurs d'une entreprise, et s'applique donc à tous les biens, sauf exception expresse.

10. Sont exclus du champ d'application du Guide, par exemple, les navires, les aéronefs, les biens immeubles et d'autres biens soumis à des systèmes d'enregistrement spéciaux. Le Guide ne traite pas non plus des sûretés portant sur

des valeurs mobilières en tant que biens initialement grevés, car la nature des valeurs mobilières et leur importance pour le fonctionnement des marchés financiers soulèvent de nombreuses questions qui méritent un traitement spécial dans la législation. Ces questions sont abordées dans un texte que prépare l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit). La loi applicable aux sûretés et autres droits sur valeurs mobilières n'est pas traitée dans le présent Guide, car elle fait l'objet de la Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire (La Haye, décembre 2002). Le Guide est structuré de manière que l'État adoptant une législation fondée sur le régime envisagé ici puisse, en même temps, appliquer les textes élaborés par Unidroit et la Conférence de La Haye, de même que les textes émanant de la CNUDCI, tels que la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (New York, décembre 2001, dénommée ci-après "la Convention des Nations Unies sur la cession") et le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité. [*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être, le moment venu, développer ce sujet. Il doit encore déterminer si le Guide portera également sur des biens tels que les billets à ordre, les chèques, les lettres de crédit, les comptes de dépôt et les droits de propriété intellectuelle*.]

11. Le Guide insiste sur la nécessité de permettre à une personne physique ou morale de constituer des sûretés réelles mobilières non seulement sur ses biens existants, mais aussi sur ses biens futurs (à savoir les biens acquis ou créés après exécution de la convention constitutive de sûreté), sans que les parties aient à établir d'autres documents ni à accomplir d'autres formalités au moment de l'acquisition ou de la création desdits biens. Il recommande en outre la reconnaissance d'une sûreté constituée sur tous les biens d'une personne au moyen d'une seule et unique convention constitutive ("sûreté portant sur la totalité de l'actif", appelée dans certains systèmes juridiques "nantissement global d'entreprise" ou "charge flottante").

12. Le Guide montre aussi qu'un large éventail d'obligations, monétaires ou non, peuvent être garanties et que les personnes physiques comme les personnes morales, y compris les consommateurs, sous réserve des lois relatives à leur protection, peuvent être parties à une opération garantie. Le Guide est également censé s'appliquer à diverses opérations faisant office de sûreté, notamment celles liées à des sûretés réelles mobilières avec ou sans dépossession, ainsi que les opérations qui n'entrent pas dans la dénomination d'opération garantie (réserve de propriété, transfert de propriété à titre de sûreté, cession de créances de somme d'argent à titre de sûreté, baux financiers, cession-bail et autres opérations similaires). [*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail pourrait examiner la possibilité de mentionner et de traiter dans le Guide les sûretés reposant sur la propriété. Il souhaitera peut-être examiner, en particulier, si un régime moderne pour les opérations garanties devrait énoncer des règles sur ce type de sûreté et, dans l'affirmative, quels types de règles sur la constitution, la publicité, la priorité, la réalisation, l'insolvabilité et la reconnaissance internationale.*]

13. Le régime juridique envisagé dans le Guide est purement interne. Les recommandations qui y sont formulées sont destinées aux législateurs nationaux qui envisagent de réformer la législation interne sur les opérations garanties. Cependant, du fait que les opérations garanties font souvent intervenir des parties et des biens situés dans des États différents, le Guide essaie également de promouvoir la

reconnaissance mutuelle des sûretés réelles mobilières (et des sûretés reposant sur la propriété, comme la réserve de propriété) créées valablement dans d'autres États, ce qui constituerait une amélioration sensible par rapport aux lois actuellement en vigueur dans de nombreux États, en vertu desquelles les sûretés sont souvent perdues lorsqu'un bien grevé sort du pays, et contribuerait largement à encourager les créanciers à accorder des crédits dans les opérations internationales (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.7, par. 18 à 22 et 35).

14. Le Guide s'efforce dans son ensemble d'établir un équilibre entre les intérêts des débiteurs, des créanciers (qu'ils soient garantis, privilégiés ou chirographaires), des tiers, des acheteurs et autres bénéficiaires intéressés et de l'État. Ce faisant, il part de l'hypothèse, étayée par de nombreuses données factuelles, que les créanciers accepteront une telle approche équilibrée et seront donc encouragés à accorder des crédits bon marché, pour autant que les lois (ainsi que l'infrastructure juridique et administrative qui l'appuie) leur permettront effectivement d'évaluer leurs risques avec un degré élevé de prévisibilité et avec la certitude qu'en définitive ils réaliseront la valeur économique des biens grevés. Pour parvenir à cet équilibre, une étroite coordination entre le régime applicable aux opérations garanties et celui de l'insolvabilité, notamment des dispositions relatives au traitement des sûretés en cas de redressement d'une entreprise, est indispensable. De plus, certains débiteurs, tels que les consommateurs, ont besoin de protections supplémentaires. De ce fait, bien que le régime envisagé par le Guide vise à s'appliquer à de nombreuses formes d'opérations de consommateurs, il n'est pas censé avoir préséance sur les lois relatives à la protection de ces derniers ni examiner les politiques de protection des consommateurs, car cette question ne se prête pas à unification.

15. Dans ce même esprit, le Guide répond également aux préoccupations qui ont été exprimées au sujet des crédits garantis. Il a été dit, par exemple, que le fait de donner à un créancier une créance prioritaire sur la totalité ou la quasi-totalité des biens d'une personne risquait de limiter la capacité de cette dernière à obtenir un financement auprès d'autres sources. Une autre crainte était qu'un créancier garanti puisse exercer une influence sur une entreprise, puisqu'il avait la faculté, en cas de défaillance, de saisir ou de menacer de saisir les actifs grevés. Une autre crainte encore était que, dans certains cas, les créanciers garantis ne prennent la majeure partie ou la totalité des biens d'une personne insolvable et ne laissent peu de choses aux créanciers chirographaires, dont certains ne sont pas à même de négocier une sûreté sur ces biens. Le Guide examine ces préoccupations et, lorsqu'elles semblent fondées, il propose des solutions.

16. Le Guide s'inspire des travaux de la CNUDCI et d'autres organisations, en particulier des textes suivants: Convention des Nations Unies sur la cession; Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité; Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, adoptée en novembre 2001; Loi modèle de la BERD sur les sûretés, finalisée en 1994; Principes généraux de la BERD d'un droit moderne des sûretés, élaborés en 1997; étude sur la réforme des lois relatives aux opérations garanties en Asie, réalisée par la Banque asiatique de développement en 2000; Loi type interaméricaine de l'OEA relative aux sûretés mobilières, élaborée en 2002; et Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés, élaboré en 1997 [...].

C. Terminologie

17. La terminologie adoptée dans le présent Guide vise à exprimer les concepts qui sont à la base d'un régime efficace en matière d'opérations garanties. Les termes employés ne sont empruntés à aucun système juridique particulier. Même lorsqu'un terme se retrouve dans une loi nationale, il peut ici revêtir un autre sens. Cette approche a pour but de donner au lecteur un vocabulaire et un cadre conceptuel communs et d'encourager l'harmonisation du droit gouvernant les sûretés réelles mobilières. Aussi trouvera-t-on ci-après la liste des principaux termes employés et le sens fondamental qui leur est donné dans le Guide. Ce sens est précisé dans les chapitres suivants où apparaissent les termes. Ces chapitres définissent et emploient en outre d'autres termes.

a) Le terme "sûreté réelle mobilière" désigne un droit réel conventionnel sur un bien meuble ou un immeuble par destination qui garantit le paiement ou une autre forme d'exécution d'une ou de plusieurs obligations.

b) Le terme "sûreté réelle mobilière en garantie du prix d'achat" désigne une sûreté réelle mobilière sur un bien qui garantit le crédit octroyé pour financer le prix d'achat de ce bien ou une autre obligation contractée pour acquérir le bien. Il englobe, sans s'y limiter, la réserve de propriété et le transfert de propriété à titre de sûreté.

c) Le terme "obligation garantie" désigne l'obligation garantie par une sûreté réelle mobilière.

d) Le terme "créancier garanti" désigne un créancier titulaire d'une sûreté réelle mobilière.

e) Le terme "débiteur" désigne une personne qui doit exécuter l'obligation garantie. Le débiteur peut être ou non la personne qui consent la sûreté à un créancier garanti (voir "constituant")[1].

f) Le terme "constituant" désigne une personne qui constitue une sûreté réelle mobilière sur un ou plusieurs de ses biens en faveur d'un créancier garanti. Le constituant peut être ou non le débiteur qui doit exécuter l'obligation garantie (voir "débiteur").

g) Le terme "convention constitutive de sûreté" désigne une convention entre un constituant et un créancier qui crée un droit garantissant une ou plusieurs obligations du débiteur.

h) Le terme "bien grevé" désigne un bien sur lequel porte une sûreté réelle mobilière. En général, les biens grevés sont divisés en biens meubles corporels

[1] Par souci de cohérence avec le Guide de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, le terme "débiteur" tel qu'il est employé dans le chapitre consacré à l'insolvabilité désigne une personne qui satisfait aux conditions d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (voir A/CN.9/WG.V/WP.70, Introduction, Section 2). Toutefois, lorsque la sûreté est consentie, non par le débiteur, mais par un tiers conformément à un arrangement contractuel conclu avec le débiteur et que tous deux sont insolvables, le terme "débiteur" désigne le constituant dans le chapitre sur l'insolvabilité, car ce n'est qu'en cas d'insolvabilité du constituant que le créancier est un créancier garanti titulaire d'un droit réel sur les biens grevés. En cas d'insolvabilité du débiteur, il est un créancier chirographaire titulaire d'une créance contractuelle contre le débiteur.

et incorporels, chacune de ces deux catégories comprenant plusieurs sous-catégories.

i) Le terme “biens meubles corporels” désigne notamment les stocks, le matériel, les immeubles par destination ainsi que les instruments et documents négociables.

j) Le terme “stocks” désigne les stocks de biens meubles corporels (qui ne soient pas des biens tels que des instruments et documents négociables) destinés à être vendus ou loués dans les conditions normales du commerce, mais aussi les matières premières et les produits semi-finis (produits en cours de fabrication).

k) Le terme “matériel” désigne des biens meubles corporels (qui ne soient pas des biens tels que des instruments et documents négociables), autres que les stocks, utilisés par une personne dans l’exploitation de son entreprise.

l) Le terme “immeubles par destination” désigne des biens meubles corporels (qui ne soient pas biens tels que des instruments et documents négociables) qui peuvent être grevés de sûretés réelles mobilières distinctes même s’ils sont si étroitement attachés ou associés à un bien immeuble que la loi de l’État où se trouve ce bien les traite comme des immeubles.

m) Le terme “biens meubles incorporels” désigne tous les biens meubles non corporels et comprend notamment les créances et les créances de somme d’argent.

n) Le terme “créance” désigne le droit à l’exécution d’une obligation non monétaire autre qu’une obligation liée à des documents négociables.

o) Le terme “créance de somme d’argent” désigne le droit au paiement d’une obligation monétaire.

p) Le terme “produit” désigne tout ce qui est reçu en relation avec des biens grevés, notamment, mais non exclusivement, les montants provenant d’une vente, d’une location ou d’un autre acte de disposition, les fruits civils et naturels, les dividendes, les indemnités d’assurance, les créances nées d’un dommage ou d’une perte, ainsi que les créances nées d’une faute non contractuelle ou de la mise en jeu d’une garantie.

q) Le terme “priorité” désigne le droit d’une personne d’obtenir l’avantage économique de sa sûreté réelle mobilière sur un bien grevé par préférence à d’autres personnes ayant une sûreté ou un autre droit sur le même bien.

r) Le terme “sûreté réelle mobilière avec dépossession” désigne une sûreté réelle mobilière sur des biens grevés en possession d’un créancier garanti ou d’un tiers (autre que le débiteur ou le tiers constituant) qui détient les biens pour le créancier garanti.

s) Le terme “sûreté réelle mobilière sans dépossession” désigne une sûreté réelle mobilière sur: i) des biens meubles corporels qui ne sont pas en possession du créancier garanti ou d’un tiers détenant des biens meubles corporels pour le compte de celui-ci ou; ii) des biens meubles incorporels.

t) Le terme “tribunal de l’insolvabilité” désigne une autorité judiciaire ou autre qui a compétence pour exercer un contrôle ou une supervision sur une procédure d’insolvabilité.

u) Le terme “masse de l’insolvabilité” désigne les biens et les droits du débiteur sur lesquels le représentant de l’insolvabilité exerce un contrôle ou une supervision et qui font l’objet de la procédure d’insolvabilité.

v) Le terme “procédure d’insolvabilité” désigne une procédure collective, judiciaire ou administrative, ayant pour but le redressement ou la liquidation de l’entreprise du débiteur, menée conformément à la loi sur l’insolvabilité.

w) Le terme “représentant de l’insolvabilité” désigne une personne ou un organe responsable de l’administration de la masse de l’insolvabilité.

x) Le terme “instrument négociable” désigne un instrument représentatif d’un droit à paiement, tel qu’un billet à ordre ou une lettre de change.

y) Le terme “document négociable” désigne un document représentatif d’un droit à la remise de biens meubles corporels, tel qu’un récépissé d’entrepôt ou un connaissement.

z) Le terme “débiteur de compte” désigne une personne tenue de payer une créance de somme d’argent.

aa) Le terme “acheteur dans les conditions normales du commerce” désigne une personne qui achète dans des conditions commerciales normales des marchandises à un professionnel vendant des marchandises du même genre sans savoir que cette vente est faite en violation d’une sûreté ou d’autres droits détenus par une autre personne sur ces marchandises.

bb) Le terme “contrôle” désigne le pouvoir conféré par la loi à un créancier garanti d’ordonner la disposition de biens grevés sans que le constituant ait à donner son consentement ou à accomplir d’autres formalités.

D. Exemples de pratiques de financement visées par le Guide

18. On trouvera ci-après trois brefs exemples de types d’opérations de crédit garanties que le Guide vise à encourager et auxquels il fera référence dans la suite du texte pour illustrer des points particuliers. Ces exemples ne représentent que quelques-unes des nombreuses formes d’opérations garanties actuellement pratiquées, et un régime efficace dans ce domaine doit être suffisamment souple pour prendre en compte non seulement les nombreux modes de financement existants, mais aussi ceux qui pourront apparaître dans l’avenir.

1. Financement du prix d’achat de stocks et de matériel

19. Les entreprises souhaitent souvent financer certains achats de stocks ou de matériel. Le financement nécessaire est généralement fourni par le vendeur, parfois par un prêteur, lequel peut alors être un tiers indépendant ou bien avoir un lien avec le vendeur. Le vendeur ou le prêteur se voit consentir par convention une sûreté réelle mobilière sur les marchandises vendues qui garantit le remboursement du crédit ou du prêt. Ce type de financement est souvent appelé “financement du prix d’achat”.

20. Voici un exemple de “financement du prix d’achat”: ABC Manufacturing Company (ABC) est une entreprise de fabrication de meubles dont les installations

se trouvent dans l'État X et les clients dans divers États. Elle souhaite acheter de la peinture au vendeur A et des tubes en acier au vendeur B, et louer certains matériels de fabrication au bailleur A, le tout pour fabriquer des meubles.

21. En vertu du contrat d'achat avec le vendeur A, ABC est tenue de payer le prix d'achat de la peinture dans un délai de 30 jours à compter de la livraison et elle octroie audit vendeur une sûreté réelle mobilière sur la peinture jusqu'à ce qu'elle ait payé intégralement le prix d'achat. En vertu du contrat d'achat avec le vendeur B, ABC est tenue de payer le prix d'achat des tubes en acier avant leur livraison. Pour financer cet achat, elle obtient un prêt du prêteur A, qui est garanti par une sûreté réelle mobilière constituée sur les tubes en acier. ABC détient aussi un compte bancaire chez le prêteur A qu'elle lui a également affecté en garantie du remboursement du prêt.

22. En vertu du contrat de location avec le bailleur A, ABC loue à ce dernier le matériel de fabrication pour une période de deux ans. Elle est tenue de verser des loyers mensuels pendant la durée du bail, à l'expiration duquel elle a la possibilité (mais non l'obligation) d'acheter le matériel à un prix symbolique. Le bailleur A reste propriétaire du matériel pendant la durée du bail. La propriété sera transférée à ABC à l'expiration du bail si elle exerce l'option d'achat. Ce type de bail est souvent appelé "bail financier". Dans certaines formes de bail financier, la propriété des biens donnés en location est transférée au preneur automatiquement à l'expiration du bail. Il faut distinguer le bail financier du bail (souvent appelé "bail d'exploitation") dans lequel le preneur n'a pas la possibilité d'acheter les biens loués à un prix symbolique, la propriété desdits biens ne lui est pas transférée automatiquement en fin de période de location ou les biens arrivent en fin de vie utile à l'expiration du bail.

2. Financement au moyen d'un crédit permanent garanti par des créances de somme d'argent et des stocks

23. Les entreprises ont généralement besoin d'engager des capitaux avant de pouvoir générer et encaisser des recettes. Par exemple, avant d'avoir des créances de somme d'argent et d'être payé, un fabricant doit acheter des matières premières, les transformer en produits finis et vendre ces produits. Selon le type d'activité, ce processus peut prendre jusqu'à plusieurs mois. L'entreprise a besoin d'un fonds de roulement pour assurer son exploitation entre le moment où les dépenses sont engagées et celui où les recettes sont encaissées.

24. Un crédit permanent constitue pour l'entreprise un moyen très efficace de financer ce fonds de roulement. En effet, dans ce type de crédit, l'emprunteur bénéficie de prêts sur demande qu'il garantit par ses créances de somme d'argent et stocks existants et futurs (voir aussi A/CN.9/WG.VI/WP.II/Add.2, par. 12). L'emprunteur demande généralement un prêt lorsqu'il a besoin d'acheter et de fabriquer des stocks, et le rembourse quand ces stocks sont vendus et le prix de vente reçu. Comme la structure du crédit permanent fait correspondre les emprunts au cycle d'exploitation (acquisition de stocks, vente des stocks, création de créances, réception du paiement et acquisition de nouveaux stocks pour recommencer le cycle), elle est, du point de vue économique, extrêmement efficace et avantageuse pour l'emprunteur.

25. Voici un exemple de ce type de financement: Il faut à ABC normalement quatre mois pour fabriquer ses produits, les vendre et être payée. Le prêteur B accepte de lui ouvrir une ligne de crédit permanent pour financer ce processus. ABC peut ainsi obtenir des prêts au gré de ses besoins pour un montant global représentant jusqu'à 80 % de la valeur de ses créances de somme d'argent que le prêteur B juge acceptables (en fonction de critères tels que la solvabilité des débiteurs du compte) et jusqu'à 50 % de la valeur de ses stocks que le prêteur B juge acceptables (en fonction de critères tels que le type et la qualité). Elle est censée rembourser à mesure qu'elle est payée par ses clients. Sa ligne de crédit est garantie par l'ensemble de ses créances et de ses stocks existants et futurs.

3. Financement par des prêts à terme

26. Les entreprises ont souvent besoin de financer des dépenses exceptionnelles importantes, telles que la construction d'une nouvelle usine ou l'acquisition d'une autre entreprise. Elles essaient généralement alors d'obtenir un financement qui ne sera remboursable que longtemps après l'achèvement de la construction. Ce type de financement est communément appelé prêt à terme. Dans de nombreux cas, un tel prêt est remboursé conformément à un échéancier convenu.

27. Les entreprises qui n'ont pas de cote de crédit solide et bien établie ne pourront, en général, obtenir des prêts à terme que si elles sont capables de constituer des sûretés réelles mobilières sur leurs actifs pour garantir le financement. Le montant de ce dernier dépendra en partie de la valeur de réalisation nette des actifs devant être grevés estimée par le créancier. Dans de nombreux États, les immeubles sont les seuls actifs généralement utilisés pour garantir un prêt à terme. Cependant beaucoup d'entreprises, en particulier les entreprises nouvelles, ne possèdent pas d'immeubles et ne peuvent donc avoir accès à ce type de financement. Dans d'autres États, les prêts à terme garantis par d'autres actifs, tels que du matériel et même des droits de propriété intellectuelle, sont courants.

28. Voici un exemple de financement par un prêt à terme: ABC souhaite développer ses activités et construire une nouvelle usine dans l'État Y. À cette fin, elle obtient un prêt du prêteur C. Le prêt est remboursable en mensualités égales échelonnées sur 10 ans. Il est garanti par la nouvelle usine, y compris tout le matériel qui s'y trouve au moment où elle commence à fonctionner, ou qui est acquis ultérieurement par ABC.

II. Objectifs fondamentaux d'un régime efficace et effectif en matière d'opérations garanties

29. Dans le souci de fournir des solutions pratiques opérantes, le Guide explore et développe les objectifs et thèmes fondamentaux ci-après d'un régime efficace et effectif en matière d'opérations garanties.

A. Promouvoir le crédit garanti

30. Le Guide a pour objectif premier de promouvoir l'offre de crédit garanti bon marché aux parties se trouvant dans les États qui adoptent une législation fondée sur

ses recommandations, de sorte que ces parties et l'économie toute entière bénéficient des avantages économiques que procure l'accès à ce type de crédit (voir par. 2).

B. Permettre à un grand nombre d'entreprises d'utiliser la valeur intrinsèque intégrale de leurs actifs pour obtenir un crédit dans un large éventail d'opérations de crédit

31. Le succès d'un régime juridique gouvernant les opérations garanties suppose qu'un grand nombre d'entreprises puissent utiliser la valeur intrinsèque intégrale de leurs actifs pour obtenir un crédit dans un large éventail d'opérations de crédit. Pour atteindre cet objectif, il importe que le régime ait la plus large portée possible i) en permettant la constitution d'une sûreté sur un large éventail d'actifs (y compris les stocks, le matériel et les créances de somme d'argent existants et futurs); ii) en permettant qu'un large éventail d'obligations (y compris les obligations futures et conditionnelles) soient garanties par des sûretés réelles mobilières constituées sur des actifs; et iii) en s'appliquant à un large éventail de débiteurs, de créanciers et d'opérations de crédit.

C. Obtenir des sûretés réelles mobilières de manière simple et efficace

32. Le coût du crédit sera réduit si des sûretés réelles mobilières peuvent être obtenues efficacement. C'est pourquoi des méthodes sont suggérées dans le Guide pour simplifier les procédures d'obtention et pour réduire également le coût des opérations: suppression des formalités inutiles; recours à une méthode unique pour constituer des sûretés, plutôt qu'à des dispositifs multiples pour différents types de biens grevés; et possibilité de constituer des sûretés sur des biens futurs et pour des crédits futurs, sans que les parties aient à établir d'autres documents ou à accomplir d'autres formalités.

D. Reconnaître l'autonomie des parties

33. Étant donné qu'un régime efficace en matière d'opérations garanties devrait avoir une souplesse et une durabilité maximales pour englober un large éventail d'opérations de crédit et également pour prendre en compte les formes nouvelles et futures d'opérations de crédit, le Guide insiste sur la nécessité de limiter au minimum les lois impératives pour que les parties puissent adapter leurs opérations de crédit à leurs besoins. Il tient également compte du fait que d'autres lois peuvent protéger les intérêts légitimes des consommateurs ou d'autres personnes et souligne qu'un régime pour les opérations garanties ne devrait pas l'emporter sur de telles lois.

E. Assurer l'égalité de traitement des créanciers

34. Une concurrence saine entre tous les créanciers potentiels étant un moyen efficace de réduire le coût du crédit, le Guide recommande que le régime gouvernant les opérations garanties s'applique de la même manière aux différents

créanciers, y compris les banques et d'autres organismes financiers, qu'ils soient nationaux ou étrangers.

F. Valider les sûretés réelles mobilières sans dépossession

35. Pour éviter qu'il ne devienne difficile ou impossible au débiteur ou à un autre constituant de poursuivre l'exploitation de son entreprise en raison de la constitution d'une sûreté réelle mobilière, le Guide recommande que le régime juridique prévoie des sûretés sans dépossession sur différents types d'actifs ainsi que des mécanismes pour informer le public de leur existence.

G. Encourager un comportement responsable en renforçant la prévisibilité et la transparence

36. Du fait qu'un régime efficace en matière d'opérations garanties devrait également encourager toutes les parties à une opération de crédit à avoir un comportement responsable, le Guide s'efforce de promouvoir la prévisibilité et la transparence pour permettre aux parties d'évaluer toutes les questions juridiques pertinentes et de déterminer les conséquences de la non-observation des règles applicables, tout en respectant et en abordant les préoccupations concernant la confidentialité.

H. Établir des règles de priorité claires et prévisibles

37. Une sûreté réelle mobilière sera sans grande ou sans aucune valeur pour un créancier si ce dernier ne peut déterminer quel est son rang de priorité par rapport aux autres créanciers (y compris un représentant de l'insolvabilité). C'est pourquoi le Guide propose l'établissement d'un système d'enregistrement des avis au public relatifs aux sûretés, et, sur la base de ce système, de règles claires permettant aux créanciers de déterminer, dès le début de l'opération, le rang de priorité de leurs sûretés de manière fiable, rapide et économique.

I. Faciliter la réalisation des sûretés de manière prévisible et efficace

38. De même, une sûreté réelle mobilière sera sans grande ou sans aucune valeur pour un créancier si ce dernier ne peut la réaliser de manière prévisible et efficace. Le Guide propose donc des procédures permettant aux créanciers de réaliser ainsi leurs sûretés, sous réserve du contrôle, de la supervision ou de l'examen d'un tribunal ou d'une autre autorité, lorsqu'il y a lieu. Il recommande aussi que l'État coordonne étroitement sa législation sur les opérations garanties et sa législation sur l'insolvabilité afin que l'efficacité et la priorité antérieures à l'insolvabilité, de même que la valeur économique, d'une sûreté soient respectées sous réserve des règles appropriées de la législation sur l'insolvabilité.

J. Équilibrer les intérêts des personnes intéressées

39. Du fait que les opérations garanties touchent les intérêts de diverses personnes, à savoir le débiteur, d'autres constituants, les créanciers concurrents qu'ils soient garantis, privilégiés ou chirographaires, les acheteurs et les autres bénéficiaires de transferts et l'État, le Guide propose des règles qui tiennent compte de leurs intérêts légitimes et cherchent à atteindre de manière équilibrée tous les objectifs mentionnés ci-dessus.

K. Harmoniser les lois sur les opérations garanties

40. L'adoption de lois fondées sur les recommandations figurant dans le Guide entraînera une harmonisation des lois sur les opérations garanties (car des règles de droit matériel similaires seront adoptées, ce qui facilitera la reconnaissance internationale des sûretés réelles mobilières) et, ce faisant, favorisera le financement du commerce international et les échanges de marchandises et de services entre pays.

A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2

Rapport du Secrétaire général sur le projet de guide législatif sur les opérations garanties, document de travail soumis au Groupe de travail sur les sûretés à sa cinquième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

IV. Constitution . . . 1-69
A. Remarques générales . . . 1-65
1. Introduction . . . 1-2
2. Éléments fondamentaux d'une sûreté réelle mobilière . . . 3-41
a) Obligations à garantir . . . 3-13
b) Biens à grever . . . 14-29
c) Produit . . . 30-41
3. Convention constitutive de sûreté . . . 42-51
a) Fonctions . . . 42
b) Parties . . . 43
c) Contenu minimum . . . 44-45
d) Formalités . . . 46-49
e) Effets . . . 50-51
4. Dispositions relatives à la propriété . . . 52-57
a) Droit de propriété, droit réel limité, droit de disposition . . . 52-53
b) Restrictions contractuelles du droit de disposition . . . 54-56
c) Transfert de possession, contrôle, notification, inscription . . . 57
5. Sûretés réelles mobilières reposant sur la propriété . . . 58-65
a) Réserve de propriété . . . 61-62
b) Transfert de propriété et cession de créances de somme d'argent à titre de sûreté . . . 63-64
c) Arrangements contractuels conclus à titre de sûreté . . . 65
B. Résumé et recommandations . . . 66-69

IV. Constitution

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Le présent chapitre traite des questions relatives à la constitution de sûretés réelles mobilières conventionnelles (les sûretés légales ou judiciaires ne sont mentionnées dans le présent Guide que dans le contexte des conflits de priorité; voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, par. 44 à 53). Avant d'aborder la convention constitutive de sûreté (voir sect. A.3) et d'autres conditions touchant le droit de propriété, qui sont nécessaires pour la création d'une sûreté effective (voir sect. A.4), il décrit les deux éléments fondamentaux d'une sûreté, à savoir les obligations à garantir (voir sect. A.2.a) et les biens à grever (voir sect. A.2.b).

2. D'autres conditions requises pour qu'une sûreté soit opposable aux tiers sont examinées au chapitre VI sur la priorité concernant le classement des créanciers détenant des sûretés sur un même bien. Les questions ayant trait à l'opposabilité d'une sûreté en cas d'insolvabilité sont examinées au chapitre IX sur l'insolvabilité.

2. Éléments fondamentaux d'une sûreté réelle mobilière

a) Obligations à garantir

i. Lien entre la sûreté et l'obligation garantie

3. La sûreté est un élément accessoire et dépendant de l'obligation qu'elle garantit. De ce fait, la validité et les clauses de la convention constitutive de sûreté dépendent de la validité et des clauses de l'accord donnant naissance à l'obligation garantie. En particulier, dans les opérations de crédit renouvelable, une sûreté est accessoire dans la mesure où, si elle peut garantir des avances futures et des obligations fluctuantes (voir par. 12), elle ne peut être réalisée en l'absence d'avances sur le prêt et elle ne peut être supérieure au montant de l'obligation due au moment de la réalisation.

ii. Restrictions

4. Dans certains pays, les sûretés sans dépossession ne peuvent concerner que certains types d'obligations énoncées dans la législation (par exemple, les prêts pour l'achat d'automobiles ou les prêts aux agriculteurs). Dans d'autres pays, qui ont un régime général applicable soit aux seules sûretés avec dépossession, soit aussi bien aux sûretés avec dépossession qu'aux sûretés sans dépossession, de telles restrictions n'existent pas. Un tel régime peut permettre d'étendre les principaux avantages découlant d'un financement garanti (à savoir une offre plus importante de crédit à un moindre coût) aux parties à une vaste gamme d'opérations. En outre, il offre plus de sécurité, de cohérence et assure le même traitement à l'ensemble des débiteurs et des créanciers garantis. Dans la mesure où ce type de régime est nécessaire pour des raisons socioéconomiques particulières, on peut limiter au minimum ses effets préjudiciables en veillant à ce qu'il soit établi de manière claire et transparente et se limite à une gamme étroite d'opérations.

iii. Diversité des obligations

a. Obligations monétaires et obligations non monétaires

5. Peuvent être garanties les obligations monétaires et les obligations non monétaires convertibles en obligations monétaires.

b. Catégories d'obligations

6. À moins que les sûretés garantissant l'exécution de certains types d'obligations soient soumises à un régime spécial (par exemple, des prêts consentis par des prêteurs sur gage), il n'est pas nécessaire d'énumérer dans la législation tous les types d'obligations pouvant être garanties. Il serait impossible d'établir une liste exhaustive. Cependant, une liste indicative comprendrait généralement les obligations découlant de prêts et de l'achat à crédit de biens meubles corporels, y compris de stocks et de matériel.

c. Obligations futures et conditionnelles

7. La définition des obligations futures diffère selon les systèmes juridiques. Dans certains d'entre eux, une obligation est future si elle n'a pas donné lieu à un contrat (c'est l'approche de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, voir art. 5 b)). Dans d'autres, même les obligations qui ont donné lieu à un contrat, mais qui ne sont pas exigibles au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté (parce que le prêt n'a pas été encore avancé ou qu'il relève d'un mécanisme de crédit permanent; voir A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, par. 24) sont considérées comme des obligations futures.

8. La distinction entre obligations présentes et futures est importante dans les systèmes juridiques où, pour des raisons de sécurité et pour protéger le débiteur, les obligations futures ne peuvent être garanties ou ne peuvent l'être qu'à concurrence d'un montant maximal. Il en résulte que dans ces systèmes le débiteur ne pourra peut-être pas bénéficier de certaines opérations, telles que l'octroi d'un crédit renouvelable. Dans d'autres systèmes, les obligations futures peuvent être librement garanties et une convention constitutive de sûreté suffit pour couvrir à la fois les obligations présentes et futures. Par conséquent, il n'est pas nécessaire chaque fois qu'un crédit est octroyé ou augmenté, de modifier la sûreté correspondante ni même de constituer une nouvelle sûreté, ce qui a un impact positif sur l'offre et le coût du crédit. Si une sûreté peut être constituée sur une obligation future, elle ne peut être réalisée tant que l'obligation n'est pas née et n'est pas exigible.

9. Les obligations soumises à une condition résolutoire sont traitées comme des obligations présentes, alors que les obligations soumises à une condition suspensive sont normalement traitées comme des obligations futures.

iv. Description

a. Description précise et montant maximum

10. Dans certains systèmes juridiques, les parties doivent décrire avec précision les obligations garanties dans leur convention ou fixer un plafond à leur montant. L'idée sous-jacente est que cette description ou cette limite sont dans l'intérêt du débiteur, qui serait ainsi protégé contre le surendettement et aurait la possibilité d'obtenir de nouveaux crédits auprès d'une autre partie. Mais l'effet peut être de limiter le montant

du crédit disponible et, partant, d'en augmenter le coût. En particulier, les limites au montant à garantir imposées par la loi sont inévitablement arbitraires, elles ne peuvent répondre aux besoins de chaque débiteur et elles devraient être périodiquement ajustées car elles deviendraient nécessairement obsolètes.

11. Pour toutes ces raisons, de nombreux systèmes juridiques n'exigent pas de description précise des obligations garanties et autorisent les parties à négocier librement le montant à garantir, y compris toute somme due par le débiteur au créancier garanti (clauses faisant mention de "toutes sommes"). Dans ces systèmes, l'obligation garantie doit être déterminée ou déterminable sur la base de la convention constitutive de sûreté chaque fois que cela est nécessaire (comme c'est le cas, par exemple, lorsque le créancier garanti réalise sa sûreté). Toutes les clauses faisant mention de toutes sommes reposent sur l'idée que le créancier garanti ne peut réclamer sur les biens grevés plus que ce qui lui est dû et que, si l'obligation est totalement garantie, il est probable qu'il offrira au débiteur des conditions de crédit plus avantageuses (voir également A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2 par. 53).

b. Montants fluctuants

12. Souvent, les opérations de financement modernes ne supposent plus un paiement unique, mais prévoient plutôt le versement d'avances à différents moments, en fonction des besoins du débiteur (par exemple, des mécanismes de crédit renouvelable permettant au débiteur d'acheter des stocks; voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1 par. 24). Ce type de financement peut se faire au moyen d'un compte courant dont le solde fluctue quotidiennement. Si le montant de l'obligation garantie devait se trouver réduit par chaque versement effectué, les prêteurs seraient découragés de faire d'autres avances sauf à recevoir une sûreté supplémentaire. Cela nuirait considérablement à l'efficacité, car il en coûterait davantage au débiteur, aussi bien en temps qu'en argent, pour acquérir les nouveaux biens nécessaires à la conduite de ses affaires.

c. Montants libellés en devises étrangères

13. Le montant de l'obligation garantie peut être exprimé dans n'importe quelle monnaie. En cas de défaillance (ou d'insolvabilité) du débiteur et de cession des biens grevés, il peut être nécessaire de convertir le produit de cette cession, pour que l'obligation garantie et les biens grevés soient exprimés dans la même monnaie. En général, toutefois, cette question relève du contrat qui a donné naissance à l'obligation et du droit applicable (par exemple, en l'absence de convention, le taux de change en vigueur là où se déroulera la procédure d'exécution ou d'insolvabilité).

b) Biens à grever

i. Objet de la sûreté

14. La sûreté peut porter sur le droit de propriété ou un droit limité (par exemple, un droit d'usage ou un bail) qu'exerce le débiteur ou un autre constituant sur le bien grevé (y compris les biens futurs; voir par. 16 à 18). Un principe reconnu dans la plupart des systèmes juridiques est que le débiteur ne peut consentir au créancier garanti plus de droits qu'il n'en possède lui-même ou qu'il ne pourra en acquérir dans l'avenir. À côté des biens meubles corporels (par exemple, des marchandises), les biens meubles incorporels (par exemple, des créances de sommes d'argent et d'autres droits) jouent un rôle croissant comme objets de sûretés.

ii. Restrictions

15. Dans certains systèmes juridiques, des lois spéciales régissant des types particuliers de sûretés sans dépossession restreignent les catégories de biens susceptibles d'être affectés en garantie ou la partie de la valeur des biens qui peuvent être grevés. Ces restrictions, qui visent en général à protéger le débiteur, empêchent ce dernier d'utiliser la valeur totale de ses biens pour obtenir du crédit. Il faut donc peser soigneusement leurs avantages et leurs inconvénients. Parmi les raisons d'ordre public justifiant ces restrictions, on pourra citer les salaires et les retraites (au-delà d'un montant minimum) et les biens d'équipement ménager (sauf s'ils servent à garantir le paiement de leur prix d'achat).

iii. Biens futurs

16. L'adjectif "futur" qualifie non seulement des biens qui existent déjà au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté mais qui n'appartiennent pas au débiteur ou à un autre constituant (ou dont le débiteur ou un autre constituant ne peut disposer), mais aussi des biens qui n'existent même pas à ce moment-là.

17. Dans certains pays, les biens futurs ne peuvent être affectés en garantie, en partie à cause de considérations techniques relevant du droit des biens (par exemple, ce qui n'existe pas ne peut être transféré ou grevé). Une autre raison est la crainte que la faculté, pour le débiteur, de disposer de biens futurs d'une manière générale ne le conduise involontairement à se surendetter en se rendant excessivement dépendant d'un seul créancier, et ne l'empêche d'obtenir des crédits garantis supplémentaires auprès d'autres sources (voir par. 24). On peut enfin craindre que les chances, pour les créanciers chirographaires du débiteur, d'être désintéressés ne se trouvent considérablement réduites. Cependant, les considérations techniques relevant du droit des biens ne devraient pas être invoquées à l'encontre de la nécessité pratique d'affecter des biens futurs en garantie pour l'obtention de crédits. En outre, les commerçants débiteurs peuvent sauvegarder leurs propres intérêts sans être nécessairement soumis à des dispositions légales restreignant la transférabilité des biens futurs. Par ailleurs, l'autorisation de grever des biens futurs permet au débiteur qui, sur le moment, ne possède pas suffisamment de biens d'obtenir du crédit, ce qui devrait favoriser son activité et profiter à tous les créanciers, y compris les créanciers chirographaires.

18. Dans d'autres pays, les parties peuvent convenir de constituer une sûreté sur un bien futur du débiteur ou d'un autre constituant, en vertu d'un accord présent mais qui ne produira ses effets sur le bien futur que lorsque le débiteur ou un autre constituant deviendra propriétaire du bien ou lorsque le bien existera effectivement. La Convention des Nations Unies sur la cession adopte cette approche (voir art. 8-2 et art. 2 a)). Il est important d'autoriser l'affectation de biens futurs en garantie d'un crédit, en particulier l'utilisation d'un ensemble renouvelable de biens pour garantir le paiement de créances nées d'opérations de crédit permanent (voir par. 12). Les biens généralement concernés sont les stocks, qui par nature doivent être vendus et remplacés, et les créances de sommes d'argent, qui après recouvrement sont remplacées par d'autres. Le principal avantage de cette approche est qu'elle permet de viser, dans une seule convention constitutive de sûreté, un ensemble fluctuant de biens correspondant à l'énoncé qui y figure. Si tel n'était pas le cas, il faudrait sans cesse modifier la convention ou créer de nouvelles sûretés, ce qui risquerait d'augmenter le

coût de l'opération et de réduire le montant du crédit disponible, en particulier au titre des mécanismes de crédit renouvelable.

iv. Biens ne faisant pas l'objet d'une désignation précise

19. Dans certains systèmes juridiques, les biens grevés doivent être désignés avec précision. Si une telle exigence vise à protéger le débiteur contre toute restriction excessive, elle a aussi pour effet de limiter l'offre de crédit, car il n'est pas toujours possible de désigner avec précision certains biens, comme les stocks et, dans une certaine mesure, les créances de somme d'argent. Pour résoudre ce problème, de nombreux pays ont élaboré des règles permettant aux parties de décrire les biens à grever uniquement en termes généraux. La désignation précise, habituellement requise, est transposée des éléments individuels à un ensemble, qui doit alors faire lui-même l'objet d'une désignation générale. Dans certains systèmes juridiques, une désignation visant tous les biens, présents et futurs, peut même suffire (par exemple, "tous mes biens, présents et à acquérir"). Dans certains d'entre eux, une désignation générique des biens grevés n'est pas autorisée pour les biens des consommateurs, ni même des petits commerçants.

v. Sûretés assises sur un ensemble de biens

20. Dans certains systèmes juridiques, pour les mêmes raisons que des biens futurs ou des biens ne faisant pas l'objet d'une désignation précise ne peuvent être grevés (voir par. 16 à 18), un débiteur n'est pas autorisé à consentir une sûreté sur l'ensemble de ses biens. Dans d'autres, il est autorisé à le faire jusqu'à un certain pourcentage de leur valeur totale. Ces restrictions, qui visent à assurer une certaine protection aux créanciers chirographaires, ne peuvent manquer de limiter le montant du crédit disponible et accroître le coût de ce dernier.

21. Pour promouvoir l'offre de crédit garanti, certains systèmes juridiques autorisent la constitution d'un sûreté mobilière sans dépossession sur tous les biens du débiteur, y compris les biens meubles corporels et incorporels, les biens meubles et immeubles (encore que différentes règles puissent s'appliquer aux sûretés sur les biens immeubles), et les biens présents et futurs. L'aspect le plus important de la sûreté assise sur un ensemble de biens est qu'elle porte sur tous les biens du débiteur et que celui-ci a le droit de disposer de certains de ses biens grevés (comme les stocks) dans le cours normal de ses activités (la sûreté étant automatiquement étendue au produit de la cession de ces biens). Dans la plupart des systèmes juridiques, le droit de disposer de biens grevés sans qu'il soit porté atteinte à la sûreté est reconnu. Dans d'autres en revanche, la cession par le débiteur de biens grevés, même autorisée par le créancier, est considérée comme inconciliable avec la notion de sûreté.

22. À la question de la sûreté portant sur l'ensemble des biens, se rattache celle, pourtant distincte, de la constitution d'une sûreté trop importante, lorsque la valeur des biens grevés dépasse considérablement le montant de l'obligation garantie. Même si le créancier garanti ne peut réclamer plus que sa créance garantie majorée des intérêts et des frais (et éventuellement de dommages-intérêts), la constitution d'une sûreté excessive risque de poser des problèmes. Les biens du débiteur peuvent être grevés au point qu'il lui sera difficile, voire impossible (du moins en l'absence d'un accord de subordination entre les créanciers), d'accorder une sûreté de deuxième rang à un autre créancier. En outre, la saisie-vente par les créanciers chirographaires du débiteur pourrait être, sinon impossible, du moins plus difficile (sauf en cas d'excédent). Les

tribunaux de certains pays ont adopté une solution qui consiste à déclarer nulle toute sûreté manifestement excessive par rapport à l'obligation garantie majorée des intérêts, des frais et des dommages-intérêts, ou à autoriser le débiteur à en demander la mainlevée. Cette solution pourrait être efficace dans la pratique, sous réserve qu'une marge commercialement suffisante puisse être déterminée et accordée au créancier garanti, ce qui n'est peut-être pas toujours facile.

23. Dans certains pays, la sûreté portant sur tous les biens prend la forme d'un "nantissement de fonds de commerce", lequel peut englober tous les biens d'une entreprise (même, dans certains pays, les biens immeubles). Il peut, par exemple, porter sur les espèces reçues, les nouveaux stocks et le nouveau matériel, ainsi que sur les biens futurs d'une entreprise; les biens présents qui sont cédés dans le cours normal des activités de l'entreprise sont libérés. Il a principalement pour avantage de permettre à une entreprise qui vaut plus globalement d'obtenir davantage de crédit à moindre coût. Un aspect intéressant de certaines formes de nantissement de fonds de commerce est de permettre la désignation d'un administrateur de l'entreprise en cas de réalisation par le créancier garanti et de saisie-vente par un autre créancier. La nomination d'un administrateur peut contribuer à éviter la liquidation et à faciliter le redressement de l'entreprise, ce qui a des effets bénéfiques pour les créanciers, le personnel et l'économie en général. En pratique, cependant, les administrateurs nommés par le créancier garanti risquent de favoriser celui-ci. Ce problème peut être en partie atténué si l'administrateur est désigné et supervisé par un tribunal ou une autre autorité. Cette caractéristique du nantissement de fonds de commerce peut être utilement élargie à la sûreté assise sur un ensemble de biens en ce sens que l'administrateur pourrait être désigné avec l'accord du débiteur et du créancier garanti ou par le tribunal, et être chargé de la réalisation dans la procédure d'insolvabilité ou en dehors. [*Note à l'intention du Groupe de travail: le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'administrateur doit agir dans l'intérêt du créancier garanti ou dans celui de tous les créanciers (voir A/CN.9/543, par. 19).*]

24. Dans la pratique, le nantissement de fonds de commerce peut présenter certains inconvénients. L'un d'entre eux est que le créancier garanti, en général, est ou devient le principal, voire le seul fournisseur de crédit de l'entreprise, ce qui peut nuire à la concurrence entre fournisseurs de crédit et peser sur l'offre de crédit et son coût dans la mesure où les autres créanciers ne sont pas protégés (encore que la concurrence ne soit pas nécessairement exclue, car un seul fournisseur important de crédit peut offrir des conditions particulièrement compétitives). Pour s'attaquer à ce problème, certains pays ont restreint le champ d'application du nantissement de fonds de commerce, en réservant un certain pourcentage de la valeur de l'entreprise aux créanciers chirographaires en cas d'insolvabilité. Toutefois, ces restrictions peuvent compromettre l'offre de crédit en réduisant de fait le montant des biens pouvant servir de sûreté (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, par. 34). Un autre inconvénient possible est que, dans la pratique, il se peut que le bénéficiaire du nantissement ne surveille pas suffisamment les activités de l'entreprise et ne contribue donc pas activement à la procédure de redressement de l'entreprise, puisqu'il est pleinement garanti. Pour rééquilibrer la situation lorsque le créancier nanti a une position trop dominante, l'entreprise débitrice peut être autorisée à demander la mainlevée d'une sûreté manifestement excessive (voir par. 22).

25. Dans d'autres pays, la sûreté portant sur tous les biens prend la forme d'une "charge flottante", qui vise simplement une sûreté potentielle, le débiteur étant

autorisé à disposer de certains des biens grevés (comme les stocks) dans le cours normal de ses activités. Les cessions sont interdites dès lors que le débiteur est défaillant, la charge flottante se "cristallisant" alors pour devenir une charge "fixe" à part entière. Quand un système juridique autorise la constitution de sûretés sans dépossession sur tous les biens d'un débiteur, et que celui-ci a le droit de disposer de certains des biens dans le cours normal des activités de son entreprise, il n'est pas indispensable de conserver les concepts ou les termes de "nantissement de fonds de commerce" ou de "charge flottante".

vi. Immeubles par destination, accessoires et biens confondus

26. Un bien meuble peut être attaché à un bien immeuble (il devient alors un immeuble par destination) ou à un autre bien meuble sans perdre son identité (il devient alors un accessoire) ou en perdant son identité (il devient alors confondu). Dans tous les cas, la question se pose de savoir si une sûreté qui portait sur le bien meuble initial avant qu'il ne soit attaché ou confondu est préservée.

27. Dans certains pays, une sûreté peut être constituée sur des biens meubles qui sont des immeubles par destination (ce qui n'empêche pas la constitution d'une sûreté en vertu du droit immobilier) ou des accessoires, ou être maintenue sur des biens meubles qui sont devenus des immeubles par destination ou des accessoires, quels que soient le coût ou la difficulté de séparation de l'immeuble par destination ou de l'accessoire du bien auquel il était attaché, et que l'immeuble par destination ou l'accessoire soient devenus ou non parties intégrantes de ce bien. Dans ces pays, il importe de savoir si l'immeuble par destination ou l'accessoire peuvent être identifiés et aisément séparés sans dommage du bien auquel ils sont attachés afin de pouvoir déterminer le rang de priorité parmi les réclamants concurrents (voir le chapitre VI sur la priorité). Dans d'autres pays qui ne font pas de distinction entre constitution et priorité, la question est liée à la constitution de la sûreté.

28. Pour ce qui est des biens confondus, dans certains pays, si les biens grevés sont confondus avec d'autres biens de telle manière qu'ils ne sont plus identifiables, une sûreté peut être transformée en sûreté sur le produit ou la masse (pour le rang de priorité des réclamants concurrents sur des biens confondus (voir le chapitre VI sur la priorité).

vii. Responsabilité en cas de dommages causés par des biens grevés

29. Bien que la responsabilité en cas de dommages causés par des biens grevés (par suite de l'inexécution du contrat ou d'une faute non contractuelle) ne relève pas du domaine des opérations garanties, il est important d'aborder la question, car elle peut avoir des incidences sur l'offre de crédit et le coût de ce dernier. Un point particulièrement important est la responsabilité pour dommage causé à l'environnement par des biens grevés par des sûretés avec ou sans dépossession, car les conséquences financières et le préjudice pour la réputation du prêteur peuvent largement excéder la valeur des biens grevés. Certaines lois exonèrent expressément de responsabilité les créanciers garantis alors que d'autres limitent leur responsabilité dans certaines conditions (par exemple lorsque le créancier garanti n'a pas la possession ou le contrôle du bien grevé). En l'absence d'exonération ou de limitation de ce type, le niveau de risques pourrait être trop élevé pour le prêteur. Lorsqu'une assurance peut être souscrite, elle aura invariablement pour effet de majorer sensiblement le coût du crédit pour le débiteur.

c) Produit

i. Introduction

30. Lorsqu'il vend des biens grevés, ou qu'il les loue, en autorise l'exploitation sous licence, les échange ou en dispose d'une autre manière au cours de la période pendant laquelle l'obligation qu'ils garantissent reste exigible, le débiteur reçoit généralement, en échange, des espèces, des biens corporels (par exemple, des marchandises ou des instruments négociables) ou encore des biens incorporels (par exemple, des créances de somme d'argent ou d'autres droits), lesquels sont considérés dans de nombreux systèmes juridiques comme le "produit" des biens grevés en question. Dans certains cas, le produit des biens initialement grevés peut générer un autre produit lorsque le débiteur dispose du produit initial en contrepartie d'un autre bien. Cet autre produit est parfois appelé "produit du produit".

31. Dans d'autres cas, les biens grevés peuvent générer d'autres biens pour le débiteur même en l'absence de disposition de ces biens. Il peut s'agir, par exemple, d'intérêts ou de dividendes sur des actifs financiers, d'animaux nouveau-nés et de fruits ou de récoltes. On parle alors, dans certains systèmes juridiques, de "fruits civils" ou "naturels".

32. Certains systèmes juridiques distinguent clairement les fruits civils ou naturels du produit issu de la disposition de biens grevés et les soumettent à des règles différentes. On justifie souvent cette approche par la difficulté d'identifier le produit de la disposition et par la nécessité de protéger les droits des tiers sur ce dernier. D'autres systèmes juridiques ne font pas cette distinction entre fruits et produit de la disposition et leur appliquent les mêmes règles. Les motifs invoqués dans ce cas sont notamment la difficulté d'établir une telle distinction et le fait que tant les fruits civils ou naturels que le produit proviennent des biens grevés, se substituent à eux ou peuvent en modifier la valeur.

33. Un système juridique régissant les sûretés doit, s'agissant du produit de la disposition et des fruits civils ou naturels (désignés ci-après par le terme commun de "produit", sauf indication contraire), envisager deux questions distinctes. La première est de savoir si le créancier garanti conserve la sûreté dans le cas où le débiteur transfère le bien grevé à un tiers dans le cadre de l'opération générant le produit (pour un examen de cette question, voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, par. 67).

34. La seconde concerne les droits du créancier garanti sur le produit. Un système juridique régissant les sûretés devrait clarifier certaines questions clefs concernant les droits du créancier garanti sur le produit (voir par. 35 à 41).

ii. Existence de sûretés sur le produit

35. Il paraît justifié que le créancier garanti bénéficie d'un droit sur le produit, faute de quoi ses droits sur les biens grevés pourraient être anéantis ou réduits en cas de disposition desdits biens et son espoir de tirer un revenu de ces derniers serait contrarié. Si le système juridique n'autorisait pas la constitution d'une sûreté sur le produit en cas de disposition des biens grevés, il ne protégerait pas suffisamment le créancier garanti contre la défaillance du débiteur et, partant, la valeur des biens grevés en tant que moyen d'obtention d'un financement diminuerait. Ce résultat, qui aurait un impact négatif sur l'offre de crédit et le coût de celui-ci, serait identique même si la sûreté devait survivre à la disposition des biens initialement grevés en

faveur d'un tiers. Cela tient au fait qu'un transfert des biens grevés risque de rendre plus difficile leur localisation et leur prise de possession, d'accroître le coût de réalisation et de réduire leur valeur.

iii. Circonstances dans lesquelles peuvent naître des droits sur le produit

36. Un droit sur le produit naît généralement lorsque le débiteur cède les biens grevés, le produit remplaçant alors les biens grevés initiaux en tant que biens du débiteur. Dans les systèmes qui considèrent les fruits civils ou naturels comme un produit, un droit peut naître sur celui-ci même si les biens grevés ne font l'objet d'aucune opération (dans le cas, par exemple, de dividendes provenant d'actions), car cela va dans le sens de ce qu'attendent les parties.

iv. Droit personnel ou droit de propriété sur le produit

37. Si le créancier garanti bénéficie d'un droit de propriété sur le produit, il ne subira pas de perte en raison d'une opération ou d'un autre événement, puisqu'un tel droit est opposable aux tiers. D'un autre côté, l'octroi à ce créancier d'un tel droit pourrait contrarier les attentes légitimes de parties ayant obtenu une sûreté réelle mobilière sur le produit en tant que bien initialement grevé. Toutefois, dans les systèmes juridiques qui font une distinction entre la constitution et la priorité, une telle situation ne se produirait que si le créancier bénéficiant d'un droit de propriété sur le produit avait la priorité sur les créanciers titulaires d'un droit sur ce même produit en tant que bien initialement grevé et que cette priorité était déterminée en fonction de la date de l'inscription sur un registre public d'un avis relatif à l'opération. Ainsi, dans ces systèmes, les prêteurs potentiels sont avertis de l'existence éventuelle d'une sûreté sur les biens de l'emprunteur potentiel (y compris sur le produit desdits biens) et peuvent prendre les mesures nécessaires pour identifier et localiser le produit et, lorsque cela est nécessaire, pour obtenir la conclusion d'accords de cession de rang entre créanciers.

v. Identification du produit

38. Lorsque le produit de biens grevés n'est pas conservé séparément des autres biens du débiteur, la question se pose de savoir si la sûreté réelle mobilière constituée sur ledit produit est préservée. La réponse dépend généralement du caractère identifiable ou non du produit en question. Le produit sous la forme de marchandises conservées avec d'autres biens du débiteur peut être identifié en tant que tel de toute manière suffisante pour établir que les marchandises constituent un produit. Lorsque ces marchandises sont mélangées à d'autres au point de perdre leur identité et de se fondre dans un bien fini ou une masse (par exemple dans un processus de fabrication ou de production, comme pour la farine qui entre dans la composition des produits de boulangerie), le système juridique peut prévoir le report de la sûreté grevant le produit sur ce bien fini ou cette masse.

39. Si le produit est un bien meuble incorporel (et non une marchandise), tel que des créances de somme d'argent ou le solde de comptes de dépôt, et s'il n'est pas conservé séparément d'autres biens similaires du débiteur, ce meuble incorporel sera considéré comme un produit s'il peut être rattaché aux biens initialement grevés suivant des règles de localisation, telles que: i) la méthode du "premier entré, premier sorti" ("PEPS"), qui repose sur l'hypothèse que le premier bien entrant dans une masse commune est le premier à en être retiré; ii) la méthode du "dernier entré,

premier sorti" ("DEPS"), qui part du principe que le dernier bien à entrer dans une masse commune est le premier à en être retiré; et iii) la "règle du solde intermédiaire le plus faible", qui suppose, dans la mesure du possible, que les retraits effectués sur la masse commune ne sont pas le produit de biens grevés (en ce qui concerne la priorité sur le produit, voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, par. 65 à 73).

vi. Fondement des droits sur le produit

40. Dans certains systèmes juridiques, la loi prévoit des règles supplétives qui étendent la sûreté réelle mobilière au produit et au produit du produit. Dans d'autres, un tel droit légal sur le produit n'existe pas, mais les parties peuvent constituer une sûreté sur tous types de biens: il leur est loisible, par exemple, de convenir de la création d'une sûreté sur la quasi-totalité des actifs du débiteur (encaisse, stocks, créances de somme d'argent, instruments négociables, valeurs mobilières et droits de propriété intellectuelle). Le produit lui-même devient ainsi un bien initialement grevé et entre dans l'assiette de la sûreté du créancier même si aucune règle juridique ne confère automatiquement de droit sur lui. Dans certains de ces systèmes, les parties peuvent étendre, par convention, certaines sûretés mobilières reposant sur la propriété (par exemple une réserve de propriété) au produit (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, par. 36; voir aussi par. 61 ci-dessous).

vii. Produit du produit

41. Si un droit est conféré sur le produit de biens grevés, il devrait l'être aussi sur le produit de ce produit. Si le créancier garanti perdait son droit sur le produit après la transformation de ce dernier, il serait exposé aux mêmes risques de crédit que s'il ne jouissait d'aucun droit sur le produit (voir par. 35).

3. Convention constitutive de sûreté

a) Fonctions

42. La convention constitutive de sûreté peut remplir plusieurs fonctions, en particulier: i) constituer le fondement juridique de l'octroi d'une sûreté; ii) établir le lien entre la sûreté et l'obligation garantie; iii) réglementer généralement la relation entre le débiteur ou autre constituant et le créancier garanti (pour les droits avant défaillance, voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4; pour les droits après défaillance, voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.5 et A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6); et iv) réduire au minimum le risque de litiges sur son contenu et de manipulation après défaillance. Si elle peut revêtir la forme d'un accord séparé, la convention constitutive est souvent contenue dans le contrat de financement sous-jacent ou autre contrat similaire (par exemple, un contrat de vente de marchandises à crédit) conclu entre le débiteur et le créancier.

b) Parties

43. Dans la plupart des cas, la convention constitutive de sûreté est conclue entre le débiteur en tant que constituant et le créancier en tant que partie garantie. Lorsqu'un tiers accorde la sûreté pour le compte du débiteur, c'est lui qui devient partie à la convention à la place ou en sus de ce dernier. Dans le cas de prêts importants consentis collectivement par plusieurs prêteurs (en particulier dans le cas de prêts consortiaux), un tiers, agissant en qualité de mandataire ou de fiduciaire des

prêteurs, peut détenir des sûretés pour le compte de tous les prêteurs. Les conventions constitutives peuvent être adaptées à chacune de ces situations. Si certains systèmes prévoient des restrictions (par exemple, seules les entreprises peuvent engager leurs actifs), d'autres autorisent les personnes physiques comme les personnes morales à devenir parties à une convention constitutive de sûreté.

c) Contenu minimum

44. Les conditions exigées pour qu'une convention constitutive de sûreté ait effet varient d'un système juridique à l'autre. Toutefois, cette convention doit généralement identifier les parties et décrire raisonnablement l'obligation devant être garantie et les biens devant être grevés. Que la législation mentionne ou non ces éléments comme formant le contenu minimum d'une convention constitutive de sûreté, leur omission dans cette dernière risque d'entraîner des litiges au sujet de l'assiette de la sûreté et de l'obligation garantie, sauf s'ils peuvent être établis par d'autres moyens.

45. Les parties peuvent préciser, dans la convention, d'autres points, par exemple imposer une obligation de diligence à la partie en possession des biens grevés et faire des observations à propos desdits biens. Dans le silence de la convention, des règles supplétives peuvent s'appliquer pour clarifier la relation entre les parties (pour les questions relatives aux droits et obligations des parties se posant avant la défaillance, voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4; pour les questions se posant après la défaillance, voir A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.9 et A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6).

d) Formalités

46. Les conventions constitutives de sûreté sont soumises à des conditions de forme et remplissent des fonctions différentes suivant les systèmes juridiques. En particulier, certains systèmes n'exigent aucun écrit, tandis que d'autres exigent un écrit simple, un écrit signé, un acte notarié, ou un document judiciaire ou autre équivalent (comme dans le cas du nantissement d'entreprise). En règle générale, l'écrit a pour fonction d'avertir les parties des conséquences juridiques de la convention constitutive conclue par elles, de prouver l'existence de cette dernière et, dans le cas d'actes authentiques, de protéger les tiers contre son antidatage frauduleux. La forme écrite peut également être exigée comme condition d'efficacité entre les parties ou d'opposabilité aux tiers ou encore pour établir l'ordre de priorité entre réclamants concurrents. Elle peut également constituer une condition pour obtenir la possession des biens grevés ou pour invoquer la convention constitutive en cas de réalisation, de saisie-vente ou d'insolvabilité.

47. Dans certains systèmes juridiques, la certification de la date par une autorité publique est requise pour les sûretés réelles mobilières avec dépossession, sauf pour les prêts de petites sommes, où la preuve même testimoniale est admise. Si une telle certification peut être un moyen de prévenir l'antidatage frauduleux, elle risque par contre d'accroître le temps et le coût nécessaires à la réalisation d'une opération. Dans d'autres systèmes juridiques, une date certifiée ou l'authentification de la convention constitutive est requise pour divers types de sûretés réelles mobilières sans dépossession (voir, par exemple, les articles 65, 70, 94 et 101 de l'Acte de l'OHADA). Dans certains de ces systèmes, cette certification est exigée en lieu et place de la publicité par inscription. Toutefois, lorsque l'inscription est nécessaire, la date de la convention n'a pas à être certifiée.

48. Pour des considérations de temps et de coût, les conditions de forme impératives doivent être limitées au minimum. Un écrit simple (y compris, par exemple, des conditions générales ou une facture) peut suffire pour autant qu'il indique clairement l'intention du constituant d'octroyer une sûreté. Il pourrait revêtir la forme d'un message de données électronique (à savoir "l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie", voir art. 2 a) de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique), lequel comprend aussi les données qui ont été créées et enregistrées mais qui n'ont pas été communiquées (voir par. 30 du Guide pour l'incorporation de la Loi type dans le droit interne). La question peut aussi être régie par le droit général des obligations ou réglée par les parties à la convention constitutive de sûreté.

49. Pour les sûretés grevant la totalité des biens du débiteur ou lorsque la convention constitutive de sûreté suffit pour la saisie-vente (voir par. 46), un document plus formel peut être nécessaire, mais il se peut également qu'aucun écrit ne soit exigé, auquel cas il incombera au créancier garanti d'établir le contenu et la date de la convention.

e) Effets

50. Dans certains pays, où seuls des droits réels peuvent être opposés *erga omnes*, une sûreté réelle mobilière ne prend pleinement effet qu'après conclusion de la convention constitutive et accomplissement d'une formalité supplémentaire (remise de la possession, notification, inscription ou contrôle; voir par. 57).

51. D'autres pays font une distinction entre les effets entre les parties à la convention constitutive et les effets à l'égard des tiers. Dans ce cas, la sûreté produit ses effets dès la conclusion de la convention constitutive, mais uniquement entre les parties contractantes. Un acte supplémentaire est requis pour qu'elle devienne opposable aux tiers et sert de base pour déterminer la priorité. Le principal avantage est qu'en introduisant la notion de priorités, ce système permet aux débiteurs d'offrir en garantie les mêmes biens à plusieurs créanciers (et de tirer ainsi pleinement parti de leur valeur) et rend possible le classement de ces créanciers (voir A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, par. 8, et A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, par. 7 à 14).

4. Dispositions relatives à la propriété

a) Droit de propriété, droit réel limité, droit de disposition

52. Dans la plupart des systèmes juridiques, le constituant (normalement le débiteur, mais il peut aussi s'agir d'un tiers) doit être propriétaire des biens à grever ou bénéficier d'un droit démembré sur ces biens (voir par. 14). Dans d'autres, il suffit qu'il ait la faculté d'en disposer (sans en être propriétaire). Pour les biens futurs, il suffit que le constituant en devienne propriétaire ou obtienne la faculté d'en disposer à une date future (voir par. 16 à 18).

53. Lorsque le constituant n'est pas propriétaire des biens ou n'a pas la faculté d'en disposer, la question se pose de savoir si le créancier garanti peut néanmoins acquérir la sûreté de bonne foi. Certains systèmes juridiques admettent cette

possibilité si la conviction du créancier garanti que le constituant est titulaire d'un droit de propriété, d'un droit réel limité ou d'un droit de disposition est étayée par des critères objectifs (par exemple, le fait que le constituant est inscrit comme propriétaire des biens à grever ou les détient et en transfère la possession au créancier). Dans d'autres pays, un élément supplémentaire est le fait que le créancier a accordé ou est sur le point d'accorder un crédit au débiteur.

b) Restrictions contractuelles du droit de disposition

54. Dans certains pays, il est donné effet aux restrictions contractuelles des actes de disposition pour protéger les intérêts de la partie en faveur de laquelle ces restrictions sont convenues. D'autres pays refusent de donner effet, ou ne donnent qu'un effet limité, à ces restrictions afin de préserver la liberté de disposition du constituant, en particulier si l'acquéreur d'un droit sur un bien n'a pas connaissance de la restriction contractuelle.

55. La Convention des Nations Unies sur la cession adopte une approche similaire pour favoriser la transférabilité des créances de somme d'argent dans l'intérêt de l'économie dans son ensemble. En vertu du paragraphe 1 de son article 9, une cession a effet nonobstant toute limitation contractuelle convenue entre le cédant (le "débiteur" dans la terminologie du Guide) et le débiteur (le "débiteur du compte" dans la terminologie du Guide). L'effet de cette disposition est cependant limité de deux façons. Premièrement, son application est circonscrite aux créances commerciales au sens large (voir art. 9-3). Deuxièmement, si une telle limitation contractuelle est valable en vertu de la loi applicable en dehors de la Convention, l'article 9 ne l'invalide pas entre le cédant et le débiteur (voir art. 9-2). Le débiteur est libre de réclamer des dommages-intérêts au cédant pour contravention au contrat, si la loi applicable en dehors de la Convention lui en donne la possibilité, mais ne peut se retourner contre le cessionnaire en invoquant un droit à compensation (voir art. 18-3). En outre, la seule connaissance de l'existence de la limitation de la part du cessionnaire (le "créancier garanti" dans la terminologie du Guide) ne suffit pas pour résoudre le contrat dont découle la créance cédée (voir art. 9-2).

56. Cette approche encourage les opérations de financement par cession de créances de somme d'argent, car elle dispense le cessionnaire (à savoir le créancier garanti) d'avoir à examiner les contrats qui sont à l'origine des créances cédées pour savoir si le transfert de ces dernières a été interdit ou soumis à conditions. Autrement, les prêteurs devraient procéder à l'examen d'un nombre potentiellement élevé de contrats, ce qui pourrait être coûteux, voire impossible (par exemple dans le cas de créances futures).

c) Transfert de possession, contrôle, notification, inscription

57. Dans certains pays, une autre formalité est exigée en sus de la convention constitutive de sûreté, pour la création d'une sûreté réelle mobilière (transfert de possession, contrôle, notification et inscription). Dans d'autres, la convention constitutive suffit pour créer la sûreté entre le constituant et le créancier garanti, mais une formalité supplémentaire est requise pour rendre cette sûreté opposable aux tiers. Cette formalité diffère d'un pays à l'autre mais aussi à l'intérieur d'un même pays, selon le type de sûreté concernée (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2 et 3).

5. Sûretés réelles mobilières reposant sur la propriété

58. Certaines conventions relatives à la propriété peuvent servir à garantir une obligation, à savoir la réserve de propriété, le transfert de propriété à titre de sûreté, la cession à titre de sûreté, ainsi que la vente et la revente, la cession-bail, la location-vente et le bail financier.

59. Dans les systèmes juridiques ayant une législation globale sur les opérations garanties, les sûretés reposant sur la propriété sont généralement créées de la même façon que toute autre sûreté réelle mobilière (soit elles sont remplacées par une sûreté réelle mobilière uniforme soit elles conservent leurs diverses dénominations mais leur création et leurs effets sont soumis aux règles applicables aux sûretés réelles mobilières). Dans certains de ces systèmes, en raison de l'importance des fournisseurs de marchandises et de matériel pour l'économie, il a été décidé de leur accorder un droit de priorité spécial (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, par. 22). Toute personne qui finance l'acquisition de marchandises peut obtenir un tel droit, qu'il s'agisse d'un fournisseur ou d'un organisme de financement. Cette approche tient à la nécessité de promouvoir la concurrence entre les fournisseurs vendant à crédit et les organismes de financement en raison de l'effet bénéfique de cette concurrence sur l'offre de crédit et le coût du crédit (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, par. 29).

60. Dans d'autres systèmes juridiques, les sûretés reposant sur la propriété sont, pour l'essentiel, les seules ou les principales sûretés réelles mobilières sans dépossession et elles sont soumises à diverses règles légales et jurisprudentielles. Ces systèmes diffèrent sensiblement à plusieurs égards. Dans certains, seule la réserve de propriété est soumise à un régime particulier, tandis que le transfert de la propriété de marchandises et la cession de créances de somme d'argent à titre de sûreté sont régis par les règles gouvernant la création des sûretés réelles mobilières.

a) Réserve de propriété

61. Les systèmes juridiques qui ne traitent pas la propriété comme une sûreté soumettent la réserve de propriété à des règles de création très différentes et lui attribuent une importance économique très variable. Dans certains, la réserve de propriété s'utilise couramment et est opposable à toutes les parties, tandis que dans d'autres elle n'a guère d'importance et n'a généralement pas d'effet ou, du moins, n'est pas opposable à l'administrateur de l'insolvabilité de l'acheteur. Un point commun entre de nombreux systèmes juridiques est que la réserve de propriété simple est traitée comme une véritable modalité du transfert de propriété, tandis que les clauses de réserve de propriété élargies à "toutes les sommes", dues au produit et à la production sont traitées comme de véritables sûretés (pour les différents types de clauses de réserve de propriété, voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, par. 36 et 37). Un autre point commun à de nombreux systèmes qui traitent la réserve de propriété comme une véritable modalité du transfert de propriété est que seul le vendeur peut être réservataire, alors qu'un autre prêteur ne peut le devenir que si le solde impayé du prix d'achat lui est cédé. Les pays qui adoptent cette approche souhaitent protéger les fournisseurs de marchandises à crédit face aux organismes finançant l'acquisition de marchandises en raison de l'importance de ces fournisseurs (fabricants et distributeurs) pour l'économie et de la position dominante de ces organismes sur les marchés du crédit.

62. Dans certains systèmes juridiques, la réserve de propriété découle d'une clause figurant dans la convention de vente, qui peut être conclue même verbalement ou par référence à des conditions générales imprimées. Dans d'autres, un écrit, une date certaine voire une inscription peuvent être exigés. Dans certains systèmes, si des marchandises réservées sont mélangées à d'autres, la réserve de propriété s'éteint, tandis que dans quelques systèmes, elle est préservée à condition que des marchandises identiques ou équivalentes se trouvent entre les mains de l'acheteur. Dans certains systèmes, la réserve de propriété subsiste même si les marchandises sont transformées en de nouveaux articles ou si le produit est mêlé à d'autres biens, alors que, dans d'autres, elle ne peut être étendue à ces articles ou à ce produit. Dans certains systèmes, un nouvel acheteur peut devenir propriétaire des marchandises si l'acheteur initial a le droit de revendre celles-ci, alors que dans d'autres il peut devenir propriétaire même si l'acheteur initial ne bénéficie pas d'un tel droit à condition toutefois qu'il ignore effectivement qu'une réserve de propriété a été octroyée au vendeur initial. Dans quelques systèmes, les tribunaux ont reconnu à l'acheteur un droit de propriété éventuel, qui est considéré comme équivalant à la propriété. L'acheteur est donc autorisé à revendre les marchandises ou à les grever (ce droit éventuel entre dans la masse de l'insolvabilité de l'acheteur).

b) Transfert de propriété et cession de créances de somme d'argent à titre de sûreté

63. La terminologie employée et les règles appliquées en ce qui concerne la création et les effets des transferts fiduciaires de propriété à titre de sûreté varient d'un système juridique à l'autre. Dans certains systèmes, un transfert de propriété à titre de sûreté est inopposable aux tiers voire sans effet entre l'auteur et le bénéficiaire. Dans d'autres, il a effet mais n'est pas fréquemment utilisé en raison de l'existence d'autres sûretés réelles mobilières sans dépossession. Dans la plupart des systèmes juridiques qui admettent ce type de transfert, sa création et ses effets, du moins les plus importants, sont soumis aux règles applicables aux opérations garanties en général ou du moins en cas d'insolvabilité de l'auteur du transfert. Dans certains de ces systèmes, le transfert doit être enregistré pour avoir effet en général ou du moins être opposable aux tiers.

64. La cession de créances de somme d'argent, couramment utilisée, est, quant à elle, de plus en plus soumise aux mêmes dispositions, qu'elle revête la forme d'un transfert pur et simple, d'un transfert pur et simple remplissant la fonction d'une sûreté ou d'un transfert à titre de sûreté. Cette tendance est prise en compte dans la Convention des Nations Unies sur la cession (voir art. 2). Les conditions à remplir pour qu'une cession soit efficace varient néanmoins d'un système juridique à l'autre. Certains systèmes exigent un écrit ou une notification, du débiteur du compte. D'autres exigent un écrit pour que la cession ait effet entre le cédant et le cessionnaire et un enregistrement pour qu'elle soit opposable aux tiers. Les règles diffèrent aussi d'un système à l'autre en ce qui concerne l'efficacité des cessions de créances futures et de créances non identifiées précisément, ainsi que des cessions effectuées en dépit de clauses d'incessibilité figurant dans les contrats d'où découlent les créances cédées. La Convention des Nations Unies sur la cession valide toutes ces cessions (voir art. 8 à 10).

c) Arrangements contractuels conclus à titre de sûreté

65. La vente et la revente, la cession-bail, la location-vente et le bail financier font souvent office de sûreté. Dans certains systèmes juridiques, ils sont traités comme

des sûretés et dans d'autres, comme des arrangements contractuels créant des droits personnels. Dans les systèmes juridiques qui ne considèrent pas ces arrangements comme des sûretés, les règles concernant leur création et leurs effets varient considérablement.

B. Résumé et recommandations

66. Il devrait être possible de garantir tous les types d'obligations, y compris les obligations futures et les obligations dont le montant fluctue. Il devrait également être possible de constituer une sûreté sur tous les types de biens, y compris les immeubles par destination et les accessoires, ainsi que sur les biens dont le débiteur n'est pas propriétaire ou n'a pas la faculté de disposer ou qui n'existent pas au moment de la création de la sûreté et sur le produit des biens grevés. Les exceptions à ces règles devraient être limitées et clairement énoncées dans la législation sur les opérations garanties.

67. Une convention constitutive d'une sûreté réelle mobilière sans dépossession devrait être conclue par écrit. L'écrit pourrait revêtir la forme d'un message de données et devrait indiquer clairement l'intention du constituant d'octroyer une sûreté. Il devrait identifier les parties et décrire raisonnablement l'obligation garantie et les biens grevés (sans qu'il ait toutefois à décrire précisément chaque bien). Aucun écrit ne devrait être exigé pour les sûretés réelles mobilières avec dépossession. Lorsque aucune formalité n'est requise, il devrait incomber au créancier garanti de prouver les conditions de la convention et la date de constitution de la sûreté.

68. Une convention entre le créancier garanti et le constituant et le transfert de possession du bien grevé au créancier garanti ou à un tiers convenu sont nécessaires à la création d'une sûreté réelle mobilière avec dépossession.

69. Une convention devrait suffire à la création d'une sûreté réelle mobilière sans dépossession entre le constituant et le créancier garanti. Une formalité supplémentaire peut être requise pour que la sûreté devienne opposable aux tiers.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la possibilité de formuler des recommandations à propos des sûretés reposant sur la propriété.*]

VI. Travaux futurs envisageables

Travaux futurs envisageables dans le domaine des marchés publics (point 9 de l'ordre du jour provisoire)

(A/CN.9/553) [Original: Anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-7
II.	Historique et objectifs de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services	8-9
III.	Utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la passation de marchés	10-16
	A. Publication d'offres de marché	17-20
	B. Publication des lois et règlements régissant les marchés	21
	C. Publication du dossier de sollicitation et des renseignements connexes	22
	D. Publication des avis d'attribution de marché	23
	E. Utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés	24-29
	F. Enchères électroniques (inversées)	30-38
	G. Catalogues électroniques	39
	H. Conclusions et recommandations concernant l'utilisation de communications électroniques dans la passation de marchés	40
IV.	Points supplémentaires que l'on pourrait examiner dans la Loi type de la CNUDCI	41-44
	A. Listes de fournisseurs	45-56
	B. Passation de marchés de services	57-60
	C. Autres méthodes de passation de marchés	61-62
	D. Participation des usagers à la passation de marchés	63-67
	E. Accords-cadres	68-75
	F. Évaluation et comparaison des offres	76-79
	G. Recours et exécution	80-82
V.	Autres points à examiner	83-84
VI.	Conclusions et recommandations	85-86

I. Introduction

1. En 1981, à sa quatorzième session, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) avait décidé que, pour consolider encore son rôle de coordination, il convenait que le secrétariat choisisse, à des intervalles appropriés, un sujet qu'elle pourrait examiner et lui présenter un rapport portant notamment sur les travaux déjà entrepris sur ce sujet, en indiquant des thèmes se prêtant à une harmonisation et à une modernisation juridiques[1].

2. Le secrétariat a choisi la législation sur les marchés de biens, de travaux et de services en vue d'un tel examen. Il a donc présenté à la Commission, à sa trente-sixième session tenue à Vienne du 30 juin au 11 juillet 2003, deux notes sur la question des marchés publics (documents A/CN.9/539 et A/CN.9/539 Add.1). Ces notes exposaient les activités actuelles d'autres organisations dans ce domaine et présentaient 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. Elles étaient conçues comme un point de départ pour la formulation de propositions sur la manière d'aborder les questions soulevées, afin que celles-ci 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.

3. Dans son rapport sur les travaux de sa trente-sixième session, la Commission s'est déclarée très favorable à l'examen d'une loi sur les marchés publics dans son programme de travail, notamment pour permettre l'étude de nouvelles questions et pratiques apparues depuis l'adoption en 1994 de la Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services[2].

4. Partant, la Commission a prié le secrétariat de préparer des études détaillées sur les questions relatives aux marchés publics qui ont été identifiées dans les notes lui ayant été présentées[3].

5. La Commission a également noté que ses travaux pourraient s'étendre aussi à la formulation de meilleures pratiques, de clauses contractuelles types et d'autres formes de conseils pratiques, en plus ou à la place d'orientations dans le domaine législatif. Elle a en outre noté que les études et propositions du secrétariat devraient tenir 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[4].

6. Les travaux ultérieurs du secrétariat ont été menés en étroite coopération avec des organisations ayant de l'expérience et de l'expertise dans ce domaine, comme la Banque mondiale, et ont tiré parti de consultations avec des spécialistes. Comme l'a demandé la Commission, les études sur les questions relatives aux marchés publics ont aussi tenu compte des négociations engagées sous les auspices de l'Organisation mondiale du commerce et d'autres organisations internationales et régionales.

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quatorzième session,* Supplément n° 17 (A/36/17), par. 100.

[2] *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-sixième session,* Supplément n° 17 (A/58/17), par. 229.

[3] Ibid., par. 230.

[4] Ibid.

7. La présente note, qui donne un résumé des études menées, fait suite aux notes A/CN.9/539 et A/CN.9/539/Add.1 et vise à aider la Commission à examiner la manière d'aborder les questions soulevées dans ce domaine.

II. Historique et objectifs de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services

8. Comme il est indiqué au paragraphe 2 de la note du secrétariat A/CN.9/539, la Loi type de la CNUDCI et le Guide pour son incorporation[5] dans le droit interne qui l'accompagne, ont pour objet de servir de modèle aux États pour évaluer et moderniser leurs lois et leurs pratiques en matière de passation de marchés ou pour mettre en place une législation dans ce domaine lorsqu'il n'en existe pas. La Loi type expose aussi des procédures visant à garantir la concurrence, la transparence, l'équité, l'économie et l'efficacité du processus de passation des marchés et elle est devenue une importante référence internationale en matière de réforme de la législation sur les marchés. Des législations fondées sur cette loi type ou largement inspirées par elle ont été adoptées par plus de 30 États ou autres entités de différentes parties du monde, et son utilisation a entraîné une harmonisation considérable des règles et procédures relatives aux marchés publics.

9. Toutefois, comme il a été indiqué dans les rapports précédents soumis à la Commission, les réformes des législations fondées sur la Loi type, ainsi que les nouvelles questions et pratiques qui ont surgi lors de sa mise en œuvre, peuvent justifier un effort de réexamen de certaines des questions qui y sont abordées. En particulier, l'utilisation croissante du commerce électronique pour la passation des marchés publics, notamment les méthodes reposant sur Internet, sont de nature à faciliter encore plus la réalisation des objectifs de la législation sur les marchés publics. Par ailleurs, les activités de certaines organisations internationales et régionales dans le domaine des marchés publics traduisent l'importance croissante des législations relatives aux marchés pour le développement des économies nationales, et l'intégration régionale et interrégionale. Elles mettent également en évidence la nécessité de modèles harmonisés et modernes, et d'une coordination des efforts déployés par les organismes internationaux qui ont des activités dans le domaine des marchés.

III. Utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la passation de marchés

10. Ces dix dernières années, deux avancées technologiques majeures ont changé les modalités de passation de marchés: d'abord, l'utilisation des moyens de communication électroniques, qui a pris une ampleur considérable, puis, le fait que des États effectuent désormais certaines de leurs opérations de passation de marchés par voie électronique (les appels d'offres ou autres modes d'attribution de marchés se font en ligne, selon un système exclusif ou sur Internet). La passation des marchés par voie électronique se développe rapidement et est envisagée par les

[5] Le Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, des travaux et de services (document A/CN.9/403).

législations nationales ainsi que par l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et l'Union européenne.

11. Toutefois, si les documents récents d'organismes internationaux de prêt traitant des critères d'évaluation des systèmes nationaux de passation des marchés encouragent l'utilisation de moyens électroniques, ils ne donnent pas de principes directeurs en ce qui concerne leur réglementation. Des observations et des suggestions concrètes ont été faites au secrétariat concernant les moyens d'adapter la Loi type à la passation des marchés par voie électronique. En conséquence, la Commission pourrait considérer non seulement qu'il faudrait traiter un certain nombre de questions de base relatives à ce mode de passation des marchés, mais qu'il pourrait aussi être utile de donner des conseils concernant les méthodes à employer.

12. Le secrétariat examine les questions soulevées en tenant compte de la manière dont elles peuvent être traitées dans les dispositions actuelles de la Loi type ou, s'il y a lieu de prévoir d'autres dispositions, des objectifs et des dispositions actuelles de cette loi. L'interprétation des lois et règles existantes permet d'étendre celles-ci à de nombreuses pratiques de passation des marchés par voie électronique, mais des obstacles indésirables à l'utilisation du commerce électronique peuvent subsister[6].

13. Les entités adjudicatrices utilisent les moyens de communication électroniques pour communiquer avec les fournisseurs, le public et d'autres organismes publics, ainsi que dans le cadre interne des procédures administratives publiques. Ces moyens peuvent être utilisés à toutes les étapes du cycle de passation des marchés: planification, processus proprement dit de passation des marchés (publicité et transmission de documents et d'informations comme les spécifications et les appels d'offres) et appel d'offres proprement dit. Ils sont également utilisés dans l'exécution du marché, de la passation des commandes au paiement, en passant par la facturation.

14. Parmi les avantages que peut présenter l'utilisation du commerce électronique, on citera une rentabilité accrue résultant de la pression à la baisse sur les prix due au plus grand nombre de fournisseurs potentiels pouvant être touchés, et dans certains cas grâce à la promotion de la normalisation. Le recours au commerce électronique peut également améliorer l'efficacité des opérations, grâce aux économies réalisées sur le coût des transactions (notamment les coûts du traitement des documents), aux économies induites par des communications plus rapides et un accès plus facile aux informations sur les fournisseurs et les contrats, ainsi qu'une meilleure application des règles et politiques, y compris la capacité d'exercer un suivi plus efficace.

15. La mesure dans laquelle différents États peuvent tirer avantage de la passation des marchés par voie électronique dépendra de divers facteurs, notamment l'accès et le recours à un réseau électrique et de télécommunications fiable et bon marché, un matériel informatique et des logiciels adaptés, une adéquation du droit général sur le commerce électronique, l'ampleur de la normalisation et l'existence de ressources

---

[6] Certains de ces obstacles sont liés aux procédures de passation des marchés par voie électronique et ne seraient peut-être pas entièrement levés par une législation uniforme, en particulier les lois types de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996) et sur les signatures électroniques (2001) (document A/56/17 et Corr.3, annexe II; voir aussi la résolution 56/80 de l'Assemblée générale, annexe), qui reposent sur le principe de l'équivalence fonctionnelle des messages électroniques et des messages sur papier.

humaines. En rappelant que la passation des marchés publics ne relève pas toujours de la législation, mais de directives internes des ministères et organismes publics, la Commission peut souhaiter déterminer si des dispositions plus détaillées sont nécessaires pour l'application du droit interne des États afin d'assurer le niveau approprié de réglementation, et s'il faudrait expliquer les principes pertinents dans le Guide qui accompagne la Loi type.

16. Le secrétariat examine ci-après certaines des questions soulevées par l'utilisation croissante des communications électroniques dans le processus de passation des marchés.

A. Publication d'offres de marché

17. La meilleure façon d'atteindre les objectifs de la Loi type est de faire en sorte que les offres soient publiées le plus largement possible à un coût raisonnable, et la question se pose donc de savoir si on peut promouvoir ces objectifs en exigeant la publication électronique des offres en complément ou en remplacement des moyens plus traditionnels.

18. Il a également été déclaré au secrétariat que c'est lorsqu'elles ont un caractère obligatoire que les publications électroniques sont les plus efficaces (c'est-à-dire lorsque l'on n'autorise pas de publications sur support papier en complément). Toutefois, les avantages peuvent être appréciables même lorsque les moyens électroniques sont facultatifs. En outre, tout avantage complémentaire qu'offriraient des moyens électroniques obligatoires pourrait être effacé par une augmentation des coûts, notamment au cours des phases initiales de l'application des systèmes électroniques. La Commission pourrait donc souhaiter examiner (compte tenu du contexte actuel dans divers pays) s'il est nécessaire de prévoir des règles législatives traitant l'utilisation obligatoire ou facultative d'une publication électronique (et, question connexe, quand l'établissement de ces règles se justifie, si celles-ci risquent de limiter l'accessibilité des informations pertinentes).

19. Aux termes de l'article 24 de la Loi type, la participation à une passation de marché doit faire l'objet d'une annonce dans une publication spécifiée par l'État adoptant lors de l'application de la Loi type, et (pour les passations de marchés à l'échelle internationale) dans un "journal de grande diffusion internationale" ou "dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle de grande diffusion internationale". Cette disposition suppose une publication sur support papier. D'autres régimes de passation de marchés prévoient d'autres modalités de publication: un organisme régional, par exemple, publie des informations sur les offres uniquement sous forme électronique, tandis que d'autres permettent tout moyen satisfaisant aux exigences d'accessibilité.

20. La publication électronique pourrait aussi être exigée lorsque cela est possible dans l'État concerné, ne fût-ce que comme supplément au support papier, si on considère qu'elle assure une plus large diffusion à moindre coût. De même, on pourrait fournir beaucoup plus d'informations par voie électronique, les coûts induits devant être inférieurs à ceux occasionnés lorsque l'on utilise les procédés traditionnels sur support papier. La Commission pourrait souhaiter examiner la nécessité de donner, soit dans la Loi type ou dans le Guide pour son incorporation dans le droit interne, des orientations dans le domaine législatif, qui portent, entre

autres, sur des questions comme la flexibilité, qui doit décider du moyen de publication, la justification du recours aux seuls moyens électroniques, le fondement des décisions en la matière et les responsabilités en cas d'omission.

B. Publication des lois et règlements régissant les marchés

21. Aux termes de l'article 5 de la Loi type, le texte des règlements en matière de passation des marchés et de toutes les décisions et directives administratives d'application générale relatives à la passation des marchés, "est promptement mis à la disposition du public et systématiquement tenu à jour". Cet article est d'une portée suffisamment large pour englober toute forme de publication – électronique ou autre, mais une disposition autorisant ou exigeant expressément la publication électronique peut être considérée comme souhaitable. En outre, la Commission pourrait souhaiter s'interroger sur la nécessité d'une règle législative dans ce domaine, eu égard au faible coût de la publication d'informations par voie électronique, ou déterminer si les renseignements pertinents utiles pour les fournisseurs potentiels (politiques ou orientations internes, par exemple) dont la publication n'est pas actuellement exigée, devraient être publiés par voie électronique ou tout moyen disponible. Les questions exposées au paragraphe précédent s'appliquent aussi à celle de la publication des règles et règlements visés.

C. Publication du dossier de sollicitation et des renseignements connexes

22. L'article 27 de la Loi type porte sur les renseignements à inclure dans le dossier de sollicitation. Il n'y est nullement fait mention de renseignements sur l'utilisation de moyens électroniques, mais aux termes de son alinéa z), l'entité adjudicatrice peut inclure toutes autres règles arrêtées par elle en matière de passation des marchés, et les renseignements sur l'utilisation de moyens électroniques de communication et d'appel d'offres pourraient donc y être intégrés. Il est dit dans le Guide pour l'incorporation que les États peuvent souhaiter édicter d'autres règlements sur ces questions.

D. Publication des avis d'attribution de marché

23. L'article 14 de la Loi type exige que l'entité adjudicatrice publie les avis d'attribution des marchés d'une valeur dépassant un seuil spécifié par l'État adoptant. Il prévoit en outre que les règlements peuvent indiquer les modalités de publication. Une fois encore, l'article est d'une portée suffisamment large pour englober toute forme de publication – électronique ou autre, mais une disposition autorisant ou exigeant expressément la publication électronique peut être considérée comme souhaitable, eu égard aux questions soulevées au paragraphe 20 ci-dessus.

E. Utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés

24. Les communications électroniques peuvent être utilisées tout au long de la procédure de passation des marchés, pour la diffusion du dossier d'appel d'offres et des invitations à participer, notamment la soumission de la documentation de présélection, des offres et propositions. Les avantages comprennent des coûts de traitement réduits, des communications plus rapides, des possibilités de réduire la corruption et les abus (les fonctionnaires et les fournisseurs ayant moins de contacts directs, et les offres étant plus anonymes), ainsi qu'une communication plus fiable pour les fournisseurs non locaux, dans les États où la distribution du courrier n'est pas fiable. Ces avantages peuvent déboucher sur une concurrence accrue, notamment s'ils suscitent une participation plus large des entreprises non locales.

25. Aux termes de l'alinéa 1 de l'article 9 de la Loi type, les communications doivent être présentées sous une forme qui atteste leur teneur (ou, alternative possible pour la plupart des communications, une confirmation de la communication doit être donnée sous une forme attestant la teneur de ladite confirmation), et de ce fait, les moyens de communication électroniques ne sont pas exclus.

26. La possibilité de procéder à des appels d'offres par voie électronique n'est pas non plus exclue par la Loi type étant donné que, aux termes de l'article 30-5 b), "les offres peuvent [...] être soumises sous toute [...] forme, spécifiée dans le dossier de sollicitation, qui en atteste la teneur et qui assure au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité et de confidentialité". En dehors des règles concernant l'exigence de l'attestation de la teneur énoncée à l'alinéa 1 de l'article 9, la Loi type ne prévoit aucun contrôle explicite sur l'utilisation de moyens électroniques, sauf lorsque de tels moyens sont utilisés pour soumettre des offres dans le cadre d'appels d'offres formels. Par exemple, il n'y a aucune obligation de garantir que la confidentialité des informations contenues dans les documents soumis par les fournisseurs soit maintenue à un niveau équivalent à celui qui est possible pour les documents papier. En conséquence, il peut être utile, voire nécessaire, qu'une disposition telle que l'article 30 soit assortie de dispositions détaillées concernant l'authenticité, la sécurité et la confidentialité, de sorte que les fournisseurs et le public aient le même degré de confiance dans les procédures électroniques que dans celles qui reposent sur des documents papier et afin de garantir, par exemple, la confidentialité des offres au cours de la procédure d'appel d'offres.

27. D'autres questions connexes à examiner comprennent les moyens et mécanismes de communication utilisés qui préserveront l'intégrité des données, permettront aux entités de fixer le moment de la réception des documents, si un tel moment est déterminant dans l'application des règles du processus de passation des marchés, et garantiront que l'entité adjudicatrice ou d'autres personnes n'auront pas accès aux offres et autres documents importants avant les délais appropriés.

28. La Loi type ne permet pas à l'heure actuelle aux entités adjudicatrices d'exiger des fournisseurs qu'ils utilisent des moyens électroniques (art. 9 et 30). L'une des principales questions à examiner est le caractère obligatoire ou facultatif de l'utilisation des moyens électroniques; en d'autres termes il faudrait déterminer si l'entité adjudicatrice et/ou les fournisseurs existants ou potentiels peuvent insister sur l'utilisation de moyens de communication électroniques, voire du support

papier. La Commission souhaitera suivre, pour l'examen de cette question, le principe selon lequel les moyens de communication imposés ne devraient pas constituer un obstacle déraisonnable à l'accès.

29. Il conviendra peut-être d'examiner à cet égard d'autres questions soulevées au paragraphe 18 ci-dessus concernant les avantages et les inconvénients d'un régime électronique obligatoire. Il est à noter que les dispositions concernant l'authenticité, la sécurité et la confidentialité (par exemple, si des signatures numériques sont exigées) peuvent entraîner des coûts importants pour les parties. En outre, le fait que le cadre juridique général d'un État offre ou non un appui adéquat pour l'utilisation de moyens électroniques sera un aspect important à prendre en considération. Par exemple, les règles sur la recevabilité des moyens de preuve ou les formalités (telles que les signatures) pour certains types de contrat peuvent ne faire référence qu'aux documents non électroniques, ou bien les textes de loi sur des questions telles que le moment et le lieu de l'offre et de l'acceptation d'un contrat par voie électronique peuvent ne pas être clairs. La Loi type sur le commerce électronique et la Loi type sur les signatures électroniques de la CNUDCI abordent certaines de ces questions.

F. Enchères électroniques (inversées)

30. Les "enchères électroniques inversées" sont une procédure d'appel d'offres de plus en plus répandue. Pour la passation de marchés de biens, de travaux ou de services, c'est une procédure dans laquelle les soumissionnaires, disposant d'informations sur les autres offres, peuvent en permanence modifier les leurs en conséquence, généralement sans connaître l'identité des autres fournisseurs. Lors d'enchères électroniques inversées, les soumissionnaires soumettent par voie électronique sur un site spécialisé, généralement par Internet (dont l'utilisation a largement supplanté les systèmes exclusifs), utilisant les informations dont ils disposent sur les classements ou les montants requis pour l'emporter sur les autres fournisseurs. Ils peuvent suivre par voie électronique l'évolution des offres à mesure que les enchères progressent et modifier les leurs en conséquence. Les enchères peuvent durer un temps donné ou jusqu'à ce qu'un certain temps s'écoule sans qu'intervienne une nouvelle offre.

31. Les enchères inversées sont le plus souvent utilisées pour des produits et services standard pour lesquels le prix est l'unique – ou du moins le principal – critère d'attribution puisque c'est le seul généralement mentionné pendant la procédure. D'autres critères, cependant, peuvent s'y intégrer ou être évalués dans le cadre d'une phase distincte de la procédure.

32. La prise de conscience du recours réel ou potentiel à ces enchères et de leur effet positif sur la concurrence a conduit certains États et organisations internationales à réglementer ou superviser cette méthode, l'abordant de façon explicite. Dans de nombreux autres États, cependant, il n'existe aucune disposition équivalente.

33. On a noté que la transparence serait accrue si l'on communiquait aux participants des informations à la fois sur les offres des autres soumissionnaires et sur les résultats de la procédure (voir, également, la section intitulée "Publication des avis d'attribution de marché" au paragraphe 23 ci-dessus).

34. La Loi type de la CNUDCI ne prévoit pas expressément l'utilisation d'enchères électroniques inversées. Certains aspects de la procédure sont parfois englobés dans les dispositions existantes, mais d'autres ne le sont pas. En conséquence, lorsque des critères autres que le prix – la qualité, par exemple – sont évalués séparément avant la mise aux enchères, les critères de prix et autres sont combinés au moyen d'un logiciel spécialisé avec les informations fournies au cours des enchères afin d'indiquer à tout moment la place de chaque fournisseur dans le classement d'ensemble. Ainsi, la procédure d'ensemble comprend "deux étapes", qui consistent à évaluer d'abord les facteurs pertinents autres que le prix avant de passer à la phase de mise aux enchères, au cours de laquelle le prix et les autres facteurs sont combinés afin d'obtenir un classement d'ensemble.

35. On a noté que la principale procédure d'appel d'offres prévue par la Loi type ("appel d'offres ouvert") ne prévoyait qu'une phase d'appel d'offres unique, ce qui était incompatible avec la procédure décrite plus haut. On a également noté que la pratique consistant à soumettre les offres par écrit dans des enveloppes scellées n'était pas compatible avec une procédure de mise aux enchères. S'agissant de l'évaluation et de la comparaison des offres, l'article 34-1 a) interdisait de modifier les prix après la soumission des offres et l'article 34-8 interdisait de divulguer des informations relatives aux offres, ce qui, dans les deux cas, constituait un obstacle au recours aux enchères électroniques inversées.

36. La Commission voudra peut-être, par conséquent, s'interroger sur le fait de savoir si, aux fins de la réglementation, il faudrait inclure les enchères électroniques parmi les méthodes classiques de passation des marchés, ou bien s'il faudrait les considérer comme une méthode distincte. On a souligné que pour traiter ces enchères comme des appels d'offres classiques, il faudrait adopter des règles supplémentaires qui tiennent compte de leurs caractéristiques particulières pour ce qui est de la confidentialité des offres et de leur évaluation en deux étapes, mais que cela serait peut-être plus simple que de les traiter comme une méthode distincte exigeant des nouvelles dispositions spécifiques.

37. La Commission voudra peut-être également s'interroger sur le fait de savoir s'il serait souhaitable d'aborder les questions ci-dessus dans la Loi type et ailleurs. Par exemple, et vu que des enchères électroniques pourraient ne pas convenir, pour des raisons techniques ou autres, à tous les États (comme c'est le cas de certaines autres dispositions, y compris les différentes méthodes d'évaluation pour la passation de marchés de services), on pourrait envisager de les présenter comme une procédure facultative.

38. La Loi type repose sur l'acceptation générale du fait que le recours aux appels d'offres ouverts, aux appels d'offres restreints et à la sollicitation de prix correspond à la meilleure pratique pour ce qui est de réglementer les marchés publics internes. La Commission voudra peut-être examiner la question de savoir s'il serait souhaitable de donner, dans la Loi type, des indications concernant une procédure d'enchères s'inspirant de ces méthodes, mais adaptée pour inclure une phase de mise aux enchères, et néanmoins compatible avec les principes et objectifs de la Loi type.

G. Catalogues électroniques

39. Les catalogues électroniques, qui peuvent être des versions électroniques de catalogues imprimés classiques ou comprendre des fonctions de commande électroniques, sont de plus en plus utilisés. Dans la pratique, une entité adjudicatrice peut utiliser, pour recenser les fournisseurs dont elle sollicitera des prix (ou des offres permanentes), un catalogue électronique qui, de fait, aura le même effet qu'une liste obligatoire de fournisseurs ou un accord-cadre multifournisseurs. On trouvera par conséquent de plus amples commentaires sur les catalogues électroniques dans les sections relatives à ces questions (voir les paragraphes 48 à 56 et 73 à 75 ci-après).

H. Conclusions et recommandations concernant l'utilisation de communications électroniques dans la passation de marchés

40. La Commission aura noté qu'il existe, en matière de passation de marchés par voie électronique, deux tendances: la communication par des moyens électroniques et l'utilisation de l'Internet pour mener à bien une procédure de passation de marché proprement dite. Elle voudra peut-être, par conséquent, examiner la question de savoir s'il serait souhaitable, vu que la technologie utilisée progresse rapidement, de prévoir dans la Loi type des règles législatives applicables aux principes qui régissent les méthodes électroniques de passation de marchés et de communication, plutôt que d'y aborder cette technologie de façon explicite. En outre, elle voudra peut-être examiner la question de savoir si l'on pourrait prévoir, dans la loi ou ailleurs, s'agissant de l'adoption et de l'utilisation de ces méthodes, des indications complémentaires qui pourraient aider les États disposant de techniques moins avancées ou n'ayant pas (encore) accès à la technologie requise.

IV. Points supplémentaires que l'on pourrait examiner dans la Loi type de la CNUDCI

41. Les activités et l'expérience des organisations internationales et des organismes de prêt dans le domaine des marchés publics sont décrites dans les notes du secrétariat parues sous les cotes A/CN.9/539 et A/CN.9/539 Add.1; dans ces notes, on observe que certains organismes réexaminent actuellement les règles qu'ils appliquent dans le domaine des marchés publics.

42. Ces activités et réexamens reflètent le rôle croissant que jouent les régimes de passation de marchés comme instrument de développement des économies nationales et comme moyen de coopération et d'intégration régionales et interrégionales. Les points qu'il va falloir examiner sont notamment les divers stades de développement économique et technologique des pays concernés et la façon de faire valoir les objectifs d'économie, d'efficacité et de transparence.

43. L'objectif d'harmonisation visé par la Commission semble confirmer l'intérêt de veiller à ce que, dans la mesure possible et dans le respect de ses principes, la Loi type soit en accord avec d'autres régimes internationaux et régionaux relatifs aux marchés publics appliqués actuellement, ce qui devrait accroître son utilisation.

44. Le secrétariat aborde, ci-après, des points supplémentaires que l'on pourrait examiner en rapport avec ces questions.

A. Listes de fournisseurs

45. Les listes de fournisseurs (également appelées listes de qualification, systèmes de qualification ou listes approuvées) recensent des fournisseurs dans l'optique de futurs marchés et peuvent être obligatoires ou facultatives. Lorsqu'elles sont obligatoires, le fournisseur ne peut participer à la procédure de passation du marché que s'il y figure; lorsqu'elles sont facultatives, le fait que le fournisseur s'est inscrit ne préjuge pas de son droit à participer à la procédure. Pour être admis sur une liste, un fournisseur peut avoir à se soumettre à une évaluation complète ou partielle de son aptitude à briguer certains contrats. Il peut aussi n'être soumis à aucune évaluation. En principe, cependant, un fournisseur ne sera inscrit qu'après une première évaluation de certaines de ses qualifications, les autres étant évaluées lorsqu'il est envisagé de faire appel à lui pour un marché précis.

46. Les listes de fournisseurs ont principalement pour but de rationaliser la procédure de passation de marchés, ce qui permet de réaliser des économies, d'élargir la concurrence et de gérer plus efficacement les informations, ce qui profite aussi bien aux acheteurs qu'aux fournisseurs.

47. Les listes facultatives réduisent les coûts en supprimant le besoin de fournir et d'évaluer des informations de qualification distinctes pour chaque marché, évitent d'avoir à rechercher des informations en cas d'urgence, réduisent les dépenses engagées par les fournisseurs pour rechercher des informations sur le marché (celles-ci peuvent être fournies automatiquement aux fournisseurs inscrits) et élargissent potentiellement la concurrence si la réduction de ces dépenses permet à un nombre accru de fournisseurs de se manifester. Ces listes permettent aussi de gagner du temps en supprimant ou en réduisant les périodes de publicité, d'attente des manifestations d'intérêt et d'évaluation des qualifications (ce qui revêt une importance particulière dans le cas de procédures qui ne sont pas soumises à publicité et à mise en concurrence, comme les procédures d'urgence, qui sont souvent engagées d'une façon impromptue qui favorise les fournisseurs connus de l'entité adjudicatrice).

48. Dans certains pays, les listes renforcent la cohérence et l'efficacité de la passation de marchés en encourageant l'adoption de questionnaires et de méthodes de qualification standard. Ces avantages se multiplient lorsque plusieurs acheteurs utilisent une liste commune; des listes communes, en outre, permettent à des entités de regrouper des informations relatives à certains fournisseurs – par exemple sur leur éthique ou leur fiabilité.

49. Les listes obligatoires peuvent accroître les avantages ci-dessus (surtout ceux qui profitent aux entités adjudicatrices), mais présentent aussi d'importants risques: en excluant des fournisseurs de certains marchés (y compris de marchés qui seraient autrement soumis à un appel d'offres concurrentiel faisant suite à une publicité) et en limitant par conséquent la concurrence, elles risquent de compromettre, en réduisant la transparence et en favorisant l'établissement de liens étroits entre des fournisseurs et des entités adjudicatrices, la confiance du public dans les marchés publics. Il peut aussi s'ensuivre d'importants coûts administratifs.

50. Ces listes, par conséquent, risquent de présenter plus d'inconvénients que d'avantages. Quoi qu'il en soit, elles sont utilisées dans de nombreux États et dans le cadre de régimes internationaux couvrant des marchés plus importants. Dans ce dernier cas, cependant, leur utilisation est réglementée: premièrement, en limitant parfois les entités qui peuvent les utiliser; deuxièmement, en veillant à ce qu'elles soient utilisées de manière raisonnable et transparente.

51. On a noté que la Loi type n'abordait pas le sujet des listes de fournisseurs, mais qu'elle n'empêchait pas des entités adjudicatrices d'utiliser des listes facultatives pour choisir les participants à certaines procédures de passation de marchés qui n'exigent pas de publicité, comme l'appel d'offres restreint, la négociation avec appel à la concurrence, la sollicitation de propositions ou de prix et la sollicitation d'une source unique. Dans la pratique, ces listes pouvaient entraîner l'exclusion des fournisseurs non inscrits, comme en cas de recours à la procédure relativement informelle de sollicitation de prix, et fonctionner de fait comme des listes obligatoires.

52. Lors de l'adoption de la Loi type, on jugeait indésirable et réducteur de recourir à des listes de fournisseurs. Avec le développement des communications électroniques, cependant, l'utilisation (et l'intérêt) des listes a augmenté et leur coût a diminué. De surcroît, on a fait observer qu'avec l'utilisation accrue de catalogues électroniques, on passait davantage de marchés en se fondant de fait sur des listes de fournisseurs.

53. L'utilisation de listes de fournisseurs pourrait permettre de sélectionner de manière plus transparente et non discriminatoire des fournisseurs dans le cadre de procédures d'appel d'offres restreint pour lesquelles la Loi type ne prévoyait aucun contrôle de la sélection des fournisseurs. Ces contrôles auraient pour but de garantir un accès plus équitable et plus transparent aux listes de fournisseurs et pourraient par exemple consister en une obligation de divulguer, à l'avenir, dans le cadre des exigences de publication, l'existence de toute liste.

54. Il a aussi été noté que la Loi type n'autorisait pas les entités adjudicatrices à limiter l'accès aux marchés uniquement aux fournisseurs inscrits sur des listes (c'est-à-dire des listes obligatoires), l'article 6-3 interdisant à des entités d'imposer quelque "critère, condition ou procédure" autre que ceux prévus dans ledit article, celui-ci ne mentionnant pas l'inscription sur une liste.

55. De nombreux organismes de prêt internationaux n'approuvent pas l'utilisation de listes obligatoires dans le cas d'appels d'offres ouverts. Certains États continuant cependant d'utiliser des listes obligatoires, la Commission voudra peut-être, par conséquent, s'interroger sur le fait de savoir s'il serait nécessaire d'inclure, dans la Loi type ou dans le Guide pour l'incorporation, des orientations législatives concernant leur fonctionnement.

56. On pourrait aussi soutenir que des listes obligatoires publiées et réglementées garantiraient aux fournisseurs un accès plus équitable et plus transparent à certains types de procédures de passation de marchés, comme cela est noté plus haut à propos des listes facultatives. Le fait d'autoriser les États à recourir à des listes obligatoires pourrait, dans ces circonstances, améliorer la concurrence et la transparence.

B. Passation de marchés de services

57. L'actuelle "méthode principale pour la passation de marchés de services", qui fait l'objet du chapitre IV de la Loi type, est souple en ceci qu'elle permet de recourir, pour sélectionner un soumissionnaire, à des méthodes souples telles que la négociation.

58. La Loi type prévoit également que pour la passation de marchés de services, l'appel d'offres doit être utilisé lorsqu'il est possible de formuler des spécifications détaillées et lorsque l'appel d'offres est jugé "approprié". On peut aussi recourir aux méthodes utilisées pour la passation de marchés de biens et de travaux si celles-ci sont plus appropriées et si les conditions à remplir pour l'utilisation de ces méthodes sont satisfaites (art. 18-3).

59. La Loi type part du principe que pour la passation de marchés de services, on doit utiliser des méthodes différentes de celles utilisées pour la passation de marchés de biens et de travaux. On a noté, cependant, que la méthode souple d'évaluation (emploi de méthodes qualitatives et négociées) n'était, dans la pratique, utilisée que pour certains types de marchés de services. Un exemple notable était la sélection de services intellectuels (services dont les produits ne sont pas quantifiables, tels les services de consultants et autres services spécialisés). On a également dit que pour les marchés portant sur des services dont les produits étaient quantifiables, on pourrait recourir aux méthodes de sélection rigoureuses et objectives appliquées à la passation de marchés de biens et de travaux. De plus amples détails concernant les propositions faites à cet égard sont donnés au paragraphe 9 de la note du secrétariat parue sous la cote A/CN.9/539/Add.1.

60. La Commission voudra peut-être, par conséquent, s'interroger sur le fait de savoir s'il serait nécessaire de modifier certaines dispositions de la Loi type de façon à prévoir un régime plus rigoureux pour la passation de marchés de nombreux services et à accorder une plus grande souplesse pour la passation de marchés de services intellectuels.

C. Autres méthodes de passation de marchés

61. Au moins un organisme de prêt multilatéral a estimé qu'il pourrait être utile de réexaminer la nécessité et les conditions d'application de certaines des "autres méthodes de passation de marchés" énoncées au chapitre V de la Loi type. De plus amples détails concernant les propositions faites à cet égard sont donnés au paragraphe 11 de la note du secrétariat parue sous la cote A/CN.9/539/Add.1.

62. La Commission voudra peut-être noter, cependant, que ces questions ont été longuement examinées lors de l'élaboration de la Loi type. Elle voudra peut-être, par conséquent, s'interroger sur le fait de savoir s'il serait souhaitable de les examiner plus avant.

D. Participation des usagers à la passation de marchés

63. La Loi type n'aborde pas, dans un projet de passation de marchés, la phase d'exécution du marché. L'un des aspects de cette exécution qui a été porté à

l'attention du secrétariat est la notion de participation des usagers (les usagers participant à l'exécution d'un projet). Un organisme de prêt international a noté que la participation des usagers était le moyen le plus efficace d'exécuter un projet, les usagers ayant tout intérêt à assurer la qualité d'exécution de travaux qui les concernaient directement.

64. La participation des usagers est prévue par plusieurs systèmes modernes de passation des marchés dans lesquels cette méthode de sélection est utilisée pour assurer la réalisation d'objectifs sociaux et la fourniture durable de services dans des secteurs dépourvus d'intérêt pour les grandes entreprises tels la santé, les services de vulgarisation agricole et l'éducation informelle.

65. Certains règlements nationaux relatifs à la passation de marchés prévoient parfois une telle participation. Dans ce cas, la méthode ou les critères de passation des marchés peuvent inclure une éventuelle participation des usagers ou imposer cette participation comme condition de l'adjudication finale du ou des marchés. Le secrétariat croit savoir que la participation des usagers à la passation de marchés peut prendre différentes formes: elle peut consister, par exemple, à recourir davantage au savoir-faire et à des matériaux locaux ou à utiliser des techniques à forte intensité de main-d'œuvre.

66. La Loi type n'aborde pas spécifiquement la question de la participation des usagers, mais ses dispositions sont suffisamment souples pour permettre la mise en œuvre de la plupart des arrangements énoncés ci-dessus. La Commission voudra peut-être, cependant, s'interroger sur le fait de savoir s'il serait souhaitable d'expressément prévoir la participation des usagers dans la sélection d'une méthode de passation ou de critères d'attribution d'un marché.

67. Le secrétariat croit également savoir que certaines méthodes autorisant la participation des usagers à des marchés obligent à subdiviser ces marchés ou à attribuer de petits marchés en recourant souvent à des sources uniques. Ces méthodes ne seraient pas autorisées par la Loi type telle qu'elle est actuellement rédigée. La Commission voudra peut-être, en conséquence, examiner la question de savoir s'il serait souhaitable d'adopter dans la Loi type une disposition relative à ces procédures, s'il serait souhaitable de commenter son adoption dans le Guide pour l'incorporation, et s'il serait souhaitable de donner aux États adoptants la possibilité d'inclure, dans leur législation interne, des dispositions d'exception appropriées.

E. Accords-cadres

68. Les "accords-cadres" se définissent comme des accords portant sur la fourniture réitérée d'un produit ou d'un service particulier pendant une durée déterminée; ils comprennent un appel d'offres initial fixant certaines conditions, la sélection d'un ou de plusieurs fournisseurs sur la base des offres soumises, et la passation ultérieure de commandes périodiques auprès d'un ou plusieurs fournisseurs choisis en fonction de besoins particuliers. Ils sont donc principalement utilisés lorsque des entités adjudicatrices ont besoin de produits ou de services particuliers pendant une durée déterminée, mais ne connaissent pas les quantités exactes qui seront nécessaires.

69. Des observateurs ont noté que de nombreuses lois internes relatives à la passation de marchés contiennent des dispositions sur les accords-cadres ou des procédures équivalentes fonctionnant selon des schémas différents. Le principal avantage de ce type d'arrangement, par rapport au fait d'engager une nouvelle procédure d'attribution à chaque besoin, est qu'il permet de réduire les coûts de procédure. En particulier, il évite d'avoir à publier et à évaluer les qualifications des fournisseurs à chaque commande, cette phase de la procédure n'intervenant qu'une seule fois au stade initial décrit plus haut.

70. La Loi type ne contient aucune disposition spécifique concernant les accords-cadres.

71. Ces accords sont largement utilisés dans de nombreux États et sont parfois réglementés par le droit interne (et, parfois, soumis aux règles d'organismes régionaux ou d'organismes de prêt internationaux). Les méthodes de passation de marchés dans le cadre desquelles on peut mettre en œuvre des accords-cadres dépendent souvent des règles générales relatives aux seuils financiers (seuils en dessous desquels on peut recourir à des appels d'offres non ouverts) et de la mesure dans laquelle ces règles sont adaptées, le cas échéant, aux accords-cadres. Ces seuils peuvent dépendre simplement de la valeur de chaque marché ou comporter un certain degré d'agrégation.

72. Des accords-cadres peuvent être conclus avec un ou plusieurs fournisseurs. Les accords conclus avec un fournisseur unique peuvent contraindre l'entité adjudicatrice à acheter, contraindre le fournisseur à fournir, contraindre les deux parties ou n'en lier aucune, mais fixer les conditions des marchés qui seront attribués ultérieurement, un engagement juridique n'intervenant que lorsqu'une commande est signée.

73. Les accords conclus avec plusieurs fournisseurs font intervenir un appel de concurrence initial destiné à sélectionner plusieurs fournisseurs capables de fournir des produits ou services aux conditions énoncées par l'entité adjudicatrice (première phase d'attribution). Lorsqu'un besoin survient s'agissant d'un produit ou d'un service, l'entité adjudicatrice choisit, parmi ces fournisseurs, celui qui sera chargé d'exécuter cette commande (deuxième phase d'attribution) [7]. Les méthodes appliquées pour sélectionner le ou les fournisseurs lors de la deuxième phase d'attribution varient largement d'un État à l'autre, notamment en fonction du degré de concurrence. Ces variations s'expliquent par les différents équilibres qui s'opèrent entre les objectifs de mise en concurrence (pour améliorer le rapport qualité/prix), d'ouverture et de transparence des méthodes retenues, d'une part, et le coût de mise en œuvre de ces méthodes, d'autre part.

74. Les principaux avantages des accords conclus avec plusieurs fournisseurs plutôt qu'avec un fournisseur unique sont les suivants: souplesse du choix d'un fournisseur pour une commande donnée, économie d'une procédure entièrement nouvelle, sécurité d'approvisionnement, avantages d'achats centralisés et accès

[7] La distinction entre un accord-cadre conclu avec plusieurs fournisseurs et une liste de fournisseurs ou un catalogue électronique est que dans le cas d'un accord-cadre, une partie plus importante de la procédure s'effectue pendant la première phase. À ce moment-là, la plupart ou la totalité des conditions sont généralement convenues, il s'effectue une évaluation complète des qualifications des fournisseurs, et il s'opère une sélection initiale entre les fournisseurs intéressés sur la base d'offres types.

accru des petits fournisseurs aux marchés publics. Ces accords peuvent aussi améliorer le rapport qualité/prix et faciliter la réalisation d'autres objectifs commerciaux en instituant une procédure plus transparente, telle celle applicable par ailleurs aux petits achats. En particulier, l'agrégation des montants en vertu d'un accord-cadre peut justifier des dépenses de publicité, et les signataires d'un accord-cadre regroupant plusieurs fournisseurs ont intérêt à surveiller le déroulement des achats (contrairement au fournisseur signataire d'un accord-cadre n'engageant que lui).

75. Bien que la Loi type n'aborde pas explicitement la question des accords-cadres, certains accords conclus avec des fournisseurs uniques, voire certains autres conclus avec plusieurs fournisseurs pourraient être mis en œuvre en vertu des procédures existantes. Compte tenu de leur utilisation croissante et notant que d'autres institutions régionales (dont l'Union européenne) en tiennent effectivement compte, la Commission voudra peut-être examiner la question de savoir s'il serait souhaitable d'inclure dans la Loi type une disposition correspondante.

F. Évaluation et comparaison des offres

76. Les critères d'évaluation des offres sont énoncés à l'article 34-4 de la Loi type; il y est stipulé que parmi les critères de détermination de l'offre la plus basse peut figurer l'utilisation de la passation de marchés aux fins d'objectifs industriels, sociaux ou environnementaux. L'un de ces objectifs peut être la promotion du développement industriel national (par l'exclusion d'un fournisseur, l'octroi d'une marge de préférence ou le recours, dans certains cas limités, à la sollicitation d'une source unique). La situation en matière de taux de change peut également être un critère d'attribution. Des mécanismes de contrôle sont expressément prévus pour veiller à ce que les critères d'attribution restent objectifs, quantifiables et révélés à l'avance aux fournisseurs.

77. On a observé, de manière générale, que la Loi type devrait tenir compte, afin d'en accroître la transparence et de mieux en contrôler les effets, du rôle joué par l'utilisation de la passation de marchés dans la réalisation d'objectifs industriels, sociaux ou environnementaux. On pourrait, qui plus est, s'interroger sur la notion d'objectifs régionaux et nationaux de ce type.

78. Pour résumer, on a suggéré au secrétariat que certaines dispositions de l'article 34-4 pourraient être révisées dans cette optique, et que la transparence serait également améliorée si des critères explicites d'évaluation des offres étaient énoncés à l'alinéa b) en termes pécuniaires ou sous la forme d'exigences que le fournisseur doit satisfaire pour que sa soumission soit jugée recevable aux fins de l'évaluation. De plus amples détails concernant les propositions faites sont donnés aux paragraphes 25 à 30 de la note du secrétariat parue sous la cote A/CN.9/539/Add.1.

79. La Commission voudra peut-être examiner la question de savoir s'il serait approprié de réviser ces dispositions, peut-être dans la Loi type elle-même, ou s'il serait approprié de fournir des indications ailleurs, comme dans le Guide pour l'incorporation.

G. Recours et exécution

80. Il est généralement admis qu'un système efficace de surveillance et d'application de règles de fond est un élément important d'un système transparent de passation de marchés. Le consensus est moindre, cependant, pour ce qui est de la portée de la procédure de recours, des règles applicables et de la question de savoir si le recours devrait être porté devant un organe administratif ou judiciaire.

81. Les dispositions correspondantes de la Loi type figurent aux articles 52 à 57, mais il est noté que dans le Guide pour l'incorporation, les États adoptants peuvent n'incorporer que certains des articles ou aucun. En outre, on ne dispose, pour l'examen administratif, que de normes relativement limitées, même en l'absence d'examen judiciaire. Ces notes montrent à quel point ces dispositions étaient sensibles lors de leur adoption. On a porté à l'attention du secrétariat, cependant, que la formation d'objections et de recours en matière de passation de marchés était devenue plus acceptable et répandue grâce, notamment, aux régimes commerciaux internationaux (qui imposent maintenant des obligations d'examen à un nombre de pays bien plus important qu'auparavant) et aux politiques des divers organismes de prêt internationaux.

82. La Commission voudra peut-être, par conséquent, s'interroger sur le fait de savoir s'il serait souhaitable que la Loi type approuve clairement la nécessité de mettre en place un système d'examen adéquat et donne des indications plus détaillées sur la façon d'y parvenir. De plus amples détails de certaines suggestions qui ont été faites concernant des dispositions qui pourraient être jugées appropriées sont donnés aux paragraphes 33 à 37 de la note du secrétariat parue sous la cote A/CN.9/539/ Add.1.

V. Autres points à examiner

83. De plus amples détails de certaines suggestions qui ont été faites concernant des dispositions qui pourraient être jugées appropriées sont donnés aux paragraphes 38 à 42 de la note du secrétariat parue sous la cote A/CN.9/539/ Add.1. Il s'agit notamment de la qualification des fournisseurs, des règles concernant les pièces produites par les fournisseurs, les incitations proposées par des fournisseurs ou des entrepreneurs, le contenu du dossier de sollicitations et une indication de la mesure dans laquelle la Loi type satisfait aux exigences de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics, ce qui pourrait faciliter et encourager les adhésions à cet accord.

84. Lorsqu'elle étudiera les questions énoncées dans la présente note, la Commission voudra peut-être examiner la question de savoir s'il serait souhaitable d'apporter quelques révisions importantes au texte de la Loi type. Étant donné les différents stades de développement des États qui utiliseront la Loi type, et la possible inclusion de dispositions de substitution ou facultatives, il pourrait aussi être utile de simplifier certaines dispositions.

VI. Conclusions et recommandations

85. La présente note énonce des aspects de la passation de marchés publics qui, de l'avis de la Commission, mériteraient d'être examinés au stade actuel. Certains pourraient donner lieu à la formulation de meilleures pratiques, de clauses contractuelles types et d'autres formes de conseil pratique, en complément ou en remplacement d'orientations législatives. L'idée qu'un tel réexamen puisse être entrepris ne devrait pas être interprétée comme une suggestion tendant à revenir sur des questions qui avaient déjà été traitées de façon exhaustive lors des débats qui avaient conduit à l'adoption de la Loi type. Il s'agirait plutôt d'étudier la possibilité d'adapter cette loi afin de tenir compte des développements récents et des nouvelles pratiques (notamment la passation des marchés par voie électronique) ou de traiter des questions qui n'avaient pas été examinées lors de ces débats.

86. S'agissant des ressources nécessaires, la Commission voudra peut-être tenir compte du fait que le Groupe de travail I, qui a achevé ses travaux sur les projets d'infrastructures à financement privé, pourrait être chargé d'examiner ces questions au troisième trimestre de 2004, si la Commission en décidait ainsi à sa trente-septième session. Les dates possibles de la prochaine réunion du Groupe de travail figurent à la section 17 de l'ordre du jour provisoire (A/CN.9/541). Elle pourrait également demander au Groupe de travail I de coopérer étroitement avec le Groupe de travail IV (Commerce électronique) sur les aspects de la législation relative à la passation des marchés qui ont trait au commerce électronique.

VII. RECUEIL DE JURISPRUDENCE CONCERNANT LES TEXTES DE LA CNUDCI

Le secrétariat de la CNUDCI continue de publier des décisions de tribunaux et des sentences arbitrales en rapport avec l'interprétation ou l'application d'un texte résultant des travaux de la CNUDCI. Pour une description du Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, voir le Guide de l'utilisateur (A/CN.9/SER.C/ GUIDE/1) publié en 1993.

Les compilations de sommaires de jurisprudence (A/CN.9/SER.C/ ABSTRACTS) peuvent être obtenues auprès du secrétariat de la CNUDCI à l'adresse suivante:

Secrétariat de la CNUDCI
B.P. 500
Centre international de Vienne
A-1400 Vienne
Autriche

Téléphone: (43-1) 26060-4060 ou 4061
Télex: 135612 uno a
Télécopie: (43-1) 26060-5813
Courrier électronique: *uncitral@uncitral.org*

Ces compilations sont également disponibles sur le site Internet de la CNUDCI *www.uncitral.org*.

Le texte intégral des décisions des tribunaux et des sentences arbitrales mentionnées dans le Recueil de jurisprudence peut être obtenu dans la langue originale sur demande adressée au secrétariat de la CNUDCI

VIII. FORMATION ET ASSISTANCE

Note du Secrétariat sur la formation et l'assistance technique

(A/CN.9/560) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-2
II.	De nouveaux moyens pour le secrétariat de la CNUDCI	3-5
III.	Financement extrabudgétaire	6-11
IV.	Importance des textes de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international	12
V.	Assistance technique pour l'élaboration et l'application de lois	13-16
VI.	Séminaires et missions d'information	17-19
VII.	Participation à d'autres activités	20-23
VIII.	Programme de stages	24-25

I. Introduction

1. Conformément à une décision que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a prise à sa vingtième session[1], tenue en 1987, les activités de formation et d'assistance figurent parmi les grandes priorités de la CNUDCI. Le programme de formation et d'assistance technique exécuté par le secrétariat dans le cadre du mandat que lui a confié la Commission, en particulier dans les pays en développement et les pays à économie en transition, comprend deux principaux volets: a) les séminaires et les missions d'information visant à faire connaître les conventions, les lois types et d'autres textes juridiques portant sur le droit commercial international; et b) la fourniture d'une assistance aux États membres pour leur permettre de réformer leur droit commercial et d'adopter les textes de la CNUDCI. L'adoption des textes de la CNUDCI étant leur but ultime, ces activités font partie intégrante des travaux législatifs de la Commission.

2. La présente note énumère les activités que le secrétariat a réalisées depuis la publication de la précédente note, dont la Commission avait été saisie à sa trente-sixième session, tenue en 2003 (document A/CN.9/536, daté du 14 mai 2003). Elle indique aussi les activités de formation et d'assistance technique susceptibles d'être menées en fonction de la demande. Elle présente enfin, en matière d'assistance

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/42/17), par. 335.

technique, des propositions visant à donner effet à la décision prise de développer les moyens du secrétariat (voir par. 3 à 5).

II. De nouveaux moyens pour le secrétariat de la CNUDCI

3. La Commission se souviendra peut-être qu'à sa trente-sixième session, elle a pris note des remarques que le Bureau des services de contrôle interne avait faites, dans son rapport sur l'évaluation approfondie du programme relatif aux affaires juridiques (E/AC.51/2002/5, par. 64), en ce qui concerne l'efficacité de la formation et de l'assistance fournies par le secrétariat et la crainte que, en l'absence de mesures de suivi et d'une coopération et d'une coordination efficaces entre le secrétariat et les organismes d'aide au développement fournissant ou finançant une assistance technique, l'assistance internationale conduise à l'adoption de lois internes qui ne correspondent pas aux normes internationalement convenues. À cet égard, la Commission a pris note avec satisfaction des premières mesures prises pour donner suite à la demande faite par l'Assemblée générale que le Secrétaire général accroisse substantiellement à la fois les moyens humains et financiers dont dispose le secrétariat, dont une partie servirait à assurer la mise en œuvre effective du programme d'assistance technique de la Commission et la publication et la diffusion en temps voulu de ses travaux[2].

4. La Commission voudra peut-être noter qu'en décembre 2003, l'Assemblée générale a approuvé l'attribution de moyens humains supplémentaires au secrétariat de la CNUDCI (trois administrateurs) pour permettre à celui-ci de s'acquitter de fonctions d'assistance technique et de diffusion de l'information sur l'évolution du droit commercial international, et de coordonner efficacement et en temps voulu l'action menée par les organisations internationales spécialisées dans le commerce international. L'un de ces postes supplémentaires a déjà été pourvu par transfert latéral de New York et les deux autres postes sont publiés actuellement en vue d'achever la procédure de recrutement le plus rapidement possible.

5. Une fois ce recrutement achevé, le secrétariat propose de concevoir un plan pour étudier les façons dont les fonctions décrites ci-dessus pourraient être développées, et un calendrier de mise en œuvre. En consultation avec les missions permanentes de Vienne et de New York, par exemple, le secrétariat pourra tenter de déterminer les besoins en matière de réforme juridique et les besoins connexes en assistance dans le domaine du droit commercial international et, en consultation avec les organisations internationales, régionales et nationales pertinentes, étudier les possibilités d'élaborer des programmes conjoints, ou les possibilités, pour la CNUDCI, de participer à des programmes existants d'assistance technique à la réforme juridique dans le domaine du droit commercial international. On prévoit que d'autres initiatives incluront l'élaboration de documents sur la CNUDCI et de textes de la CNUDCI destinés à faciliter la dispensation d'une assistance technique, ainsi que des stratégies visant à améliorer la coordination et la coopération d'autres organisations spécialisées dans le droit commercial international. La Commission

---

[2] Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 251; voir également par. 256 à 261.

voudra peut-être examiner l'évolution de ces travaux pour fournir des orientations au secrétariat sur les questions et priorités de politique générale.

III. Financement extrabudgétaire

6. Étant donné l'importance des ressources extrabudgétaires pour financer la mise en œuvre du volet formation et assistance technique du programme de travail de la CNUDCI, la Commission voudra peut-être renouveler son appel à tous les États, organisations internationales et autres entités intéressées pour qu'ils envisagent de contribuer au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI, si possible sous forme de quotes-parts pluriannuelles, afin de faciliter la planification et de permettre au secrétariat de faire face à la demande croissante de formation et d'assistance législative émanant de pays en développement et de pays à économie en transition. Tous renseignements sur les modalités de versement des contributions peuvent être obtenus auprès du secrétariat.

7. Pendant la période considérée, la France, la Grèce, le Mexique et la Suisse ont versé des contributions. La Commission voudra peut-être exprimer sa gratitude aux États et aux organisations qui ont contribué au programme de formation et d'assistance de la Commission par des apports de fonds ou de personnel ou en accueillant des séminaires.

8. À cet égard, la Commission voudra peut-être rappeler que, conformément à la résolution 48/32 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1993, le Secrétaire général a été prié de créer un fonds d'affectation spéciale pour permettre d'octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement qui sont membres de la CNUDCI. Le Fonds d'affectation spéciale ainsi créé est ouvert aux contributions volontaires des États, des organisations intergouvernementales, des organisations d'intégration économique régionale, des institutions nationales et des organisations non gouvernementales, ainsi que des personnes physiques et morales.

9. Depuis la création de ce fonds d'affectation spéciale, des contributions ont été versées par l'Autriche, le Cambodge, Chypre, le Kenya et le Mexique.

10. Il est rappelé que, dans sa résolution 51/161 du 16 décembre 1996, l'Assemblée générale a décidé d'inscrire les fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI et pour l'octroi d'une aide au titre des frais de voyage sur la liste des fonds et des programmes dont s'occupe la Conférence des Nations Unies pour les annonces de contributions aux activités de développement.

11. Afin de permettre à tous les États Membres de participer pleinement aux sessions de la CNUDCI et de ses groupes de travail, la Commission souhaitera peut-être de nouveau appeler les organismes des Nations Unies, les organisations et les institutions concernés, ainsi que les particuliers à verser des contributions volontaires au fonds d'affectation spéciale créé pour aider les pays en développement qui sont membres de la Commission à financer leurs frais de voyage.

IV. Importance des textes de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

12. Les États, les organisations internationales, en particulier les organismes d'aide multilatérale et bilatérale, et le secteur privé accordent de plus en plus d'importance à l'amélioration du cadre juridique du commerce et des investissements internationaux. La CNUDCI a un rôle important à jouer à cet égard, puisqu'elle a élaboré des instruments juridiques, dont elle encourage l'utilisation, dans un certain nombre de domaines clefs du droit commercial. Ces instruments, qui constituent des normes et des solutions convenues à l'échelle internationale et acceptables dans différents systèmes juridiques, sont notamment les suivants:

a) Dans le domaine des ventes, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises [3] et la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises[4];

b) Dans le domaine du règlement des différends, la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères[5] (convention des Nations Unies qui a été adoptée avant la création de la Commission, mais dont cette dernière encourage activement l'utilisation), le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI[6], le Règlement de conciliation de la CNUDCI[7], la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international [8], l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales [9] et la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale[10];

c) Dans le domaine de la passation des marchés publics, la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services[11] et le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé[12];

d) Dans le domaine des opérations bancaires, des paiements et de l'insolvabilité, la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (résolution 56/81 de l'Assemblée générale, annexe), la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (résolution 50/48 de l'Assemblée générale, annexe), la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux[13], la Convention des Nations Unies sur

---

[3] *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.82.V.5), première partie.

[4] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la prescription en matière de vente internationale d'objets mobiliers corporels, New York, 20 mai-14 juin 1974* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.74.V.8), première partie.

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

[6] *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17* (A/31/17), par. 57.

[7] Ibid., *trente-cinquième session, Supplément n° 17* (A/35/17), par. 106.

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

[9] Ibid., *cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), chap. II.

[10] Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), annexe I.

[11] Ibid., *quarante-neuvième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/49/17 et Corr.1), annexe I.

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

[13] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 17*

les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (résolution 43/165, annexe) et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale[14];

e) Dans le domaine des transports, la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg)[15] et la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international[16]; et

f) Dans le domaine du commerce électronique et des échanges de données informatisées, la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[17] et la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques[18].

V. Assistance technique pour l'élaboration et l'application de lois

13. Une assistance technique est fournie aux États qui préparent des lois fondées sur des textes de la CNUDCI. Cette assistance revêt diverses formes: examen d'avant-projets de lois sous l'angle des textes de la CNUDCI, services consultatifs techniques et aide à l'établissement de lois fondées sur des textes de la CNUDCI, élaboration de règlements pour l'application de ces lois, commentaires sur les rapports des commissions de réforme du droit et séances d'information à l'intention des législateurs, des juges, des arbitres, des responsables de la passation des marchés et d'autres utilisateurs des textes de la CNUDCI incorporés dans la législation interne. Le secrétariat fournit aussi une assistance technique sous forme de conseils sur la mise en place de mécanismes institutionnels pour l'arbitrage commercial international, notamment par le biais de séminaires de formation dans ce domaine à l'intention des arbitres, des juges et des praticiens. La formation et l'assistance technique font mieux connaître les textes juridiques issus des travaux de la Commission et encouragent leur adoption par un plus grand nombre de pays; elles sont particulièrement utiles aux pays en développement qui manquent de connaissances spécialisées dans les domaines du commerce et du droit commercial couverts par les travaux de la CNUDCI. La réforme du droit commercial, qui se fonde sur des instruments internationaux harmonisés, a une incidence évidente sur l'aptitude des entrepreneurs de tous les pays à participer au commerce international. Ce commerce, important facteur de développement durable et de stabilité sociale, contribue grandement à accroître le bien-être de leurs populations. Les activités de formation et d'assistance technique du secrétariat pourraient donc jouer un rôle important dans les efforts d'intégration économique engagés par de nombreux pays.

(A/47/17), annexe I.

[14] Ibid., *cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/52/17), annexe I.

[15] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, Hambourg, 6-31 mars 1978* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.80.VIII.1), document A/CONF.89/13, annexe I.

[16] A/CONF.152/13, annexe.

[17] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), annexe I.

[18] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n°17* (A/56/17), annexe II.

14. Dans sa résolution 58/75 du 8 janvier 2004, l'Assemblée générale a réaffirmé l'importance, en particulier pour les pays en développement, de l'œuvre que la Commission accomplit en matière de formation et d'assistance technique dans le domaine du droit commercial international. Elle a de nouveau engagé 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.

15. Dans cette même résolution, elle a souligné qu'il importe, pour l'unification et l'harmonisation du droit commercial international au niveau mondial, que les conventions issues des travaux de la Commission entrent en vigueur, et, à cette fin, a invité instamment les États qui ne l'ont pas encore fait à envisager de signer et de ratifier ces conventions ou d'y adhérer.

16. Le secrétariat de la CNUDCI est disposé à fournir une assistance technique et des conseils aux États qui envisagent de signer et de ratifier les conventions de la CNUDCI ou d'y adhérer, ainsi qu'aux États qui ont entrepris de réformer leur législation commerciale.

VI. Séminaires et missions d'information

17. Les activités de la CNUDCI prennent traditionnellement la forme de séminaires et de missions d'information destinés à des fonctionnaires des ministères concernés (commerce, affaires étrangères, justice et transports par exemple), des juges, des arbitres, des praticiens du droit, des hommes d'affaires, des universitaires et d'autres personnes intéressées. Ces séminaires et missions d'information ont pour but d'expliquer les principales caractéristiques et l'intérêt des instruments de droit commercial international mis au point par la CNUDCI. Des informations sont également fournies sur certains textes juridiques importants d'autres organisations comme, par exemple, les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires et les Incoterms de la Chambre de commerce internationale.

18. Lors des séminaires, les exposés sont en général présentés par un ou deux membres du secrétariat de la CNUDCI, par des experts des pays hôtes et, parfois, par des consultants externes. Après les séminaires, le secrétariat reste en contact avec les participants afin d'aider le plus possible les pays hôtes pendant le processus devant aboutir à l'adoption et à l'utilisation des textes de la Commission.

19. Depuis la dernière session, le secrétariat de la Commission a organisé, dans un certain nombre d'États, des séminaires comprenant généralement des missions d'information. Les séminaires énumérés ci-après ont été financés à l'aide du Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI (les nombres de participants ne sont qu'approximatifs):

a) Lima (19-21 mai 2003), séminaire organisé en collaboration avec la Fédération interaméricaine des avocats (120 participants);

b) Oulan-Bator (26-28 mai 2003), séminaire organisé en collaboration avec le Gouvernement mongol et la Chambre de commerce de Mongolie (60 participants);

c) Belgrade (6 et 7 juin 2003), séminaire organisé en collaboration avec le Centre européen pour la paix et le développement de l'Université de la paix (15 participants);

d) Auckland (Nouvelle-Zélande) (10-12 juin 2003), séminaire organisé en collaboration avec le Ministère des affaires étrangères et du commerce pour les petits États du Pacifique (20 participants);

e) Gaborone (9 et 10 septembre 2003), séminaire organisé en collaboration avec le Gouvernement botswanais et le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) au Botswana (80 participants);

f) Séoul (24-26 septembre 2003), séminaire organisé en collaboration avec le Ministère de la justice (70 participants);

g) Vladivostok (Fédération de Russie) (29 septembre-1er octobre 2003), séminaire organisé en collaboration avec la Chambre de commerce et d'industrie de la Fédération de Russie (50 participants);

h) La Havane (29 septembre-3octobre 2003), séminaire organisé en collaboration avec la Société cubaine de droit et d'informatique de l'Union nationale des juristes cubains (250 participants);

i) Caracas (19-21 novembre 2003), séminaire organisé en collaboration avec le Gouvernement vénézuélien (120 participants);

j) Bogota (25-28 novembre 2003), séminaire organisé en collaboration avec le Gouvernement colombien (300 participants);

k) Khartoum (26-29 janvier 2004), séminaire organisé en collaboration avec le Gouvernement soudanais (60 participants);

l) Belgrade (5-7 février 2004), séminaire organisé en collaboration avec le Centre européen pour la paix et le développement de l'Université de la paix (10 participants);

m) Sanaa (8-10 mars 2004), séminaire organisé en collaboration avec le Ministère de la justice et le Centre d'arbitrage du Yémen (110 participants).

VII. Participation à d'autres activités

20. Des membres du secrétariat de la CNUDCI ont participé en tant qu'orateurs à divers séminaires, conférences et cours à l'occasion desquels des textes de la CNUDCI ont été présentés pour être examinés et, éventuellement, adoptés ou utilisés. La participation de membres du secrétariat aux séminaires, conférences et cours énumérés ci-après a été financée soit par l'institution qui les a organisés ou par une autre organisation, soit, en tout ou en partie, sur le budget ordinaire de l'ONU alloué aux voyages:

a) Colloque de la London Court of International Arbitration (LCIA) et du Conseil européen (mesures provisoires ou conservatoires en arbitrage) (Londres, 5-9 mai 2003);

b) Forum de la Cour permanente d'arbitrage et de l'International Centre for Dispute Resolution (mesures provisoires ou conservatoires en arbitrage) (Bruxelles, 28 mai 2003);

c) Colloque sur l'arbitrage commercial international et les États africains (Londres, 4 et 5 juin 2003);

d) Colloque du Comité Maritime International (CMI) (Bordeaux, France, 11-13 juin 2003);

e) Groupe de travail juridique du CEFACT-ONU (Genève, 16 et 17 juin 2003);

f) Session d'information sur les marchés publics à l'intention des membres de l'OMC (Genève, 19 juin 2003);

g) Conférence régionale africaine de haut niveau de la CNUCED sur les stratégies de commerce électronique pour le développement (Tunis, 19-21 juin 2003);

h) Conférence sur des solutions non traditionnelles de règlement des différends: moyens non traditionnels de résolution des différends civils et commerciaux dans l'environnement commercial international (Rome, 3 juillet 2003);

i) Université d'été pour étudiants de premier cycle parrainée par la Faculté d'économie et de droit de Hambourg et l'Institut universitaire de technologie de Sydney (Hambourg, 21 et 22 juillet 2003);

j) Atelier sur le droit commercial actuel relatif au commerce électronique parrainé par l'Université de Pretoria (Pretoria, 28 août 2003);

k) Conférence annuelle de l'Association internationale du barreau (San Francisco, Californie, États-Unis d'Amérique, 18 et 19 septembre 2003);

l) Colloque judiciaire multinational relatif aux aspects transnationaux de l'insolvabilité parrainé par la CNUDCI et Conférence régionale annuelle de l'International Federation of Insolvency Professionals (INSOL) (Las Vegas, Nevada, États-Unis d'Amérique, 20-23 septembre 2003);

m) Conférences de troisième cycle sur le droit commercial international parrainées par l'Université fédérale de Rio Grande do Sul (Porto Alegre, Brésil, 29 septembre-2 octobre 2003);

n) Colloque sur l'insolvabilité 2003 parrainé par la Banque centrale européenne (Francfort, Allemagne, 30 septembre-1er octobre 2003);

o) Conférence régionale de haut niveau CNUCED-CEE à l'intention des pays en transition "Technologies de l'information et de la communication et commerce électronique: stratégies pour le développement" (Genève, 20 et 21 octobre 2003);

p) Programme de l'Association du barreau de l'État de New York sur les créances, les équipements mobiles et les garanties, parrainé par l'Association du barreau de l'État de New York, l'Association internationale du barreau et l'Union internationale des avocats (Amsterdam, 24 octobre 2003);

q) Conférence du Projet de règlement des différends commerciaux de l'Agency for International Development des États-Unis (USAID) sur la médiation dans les pays d'Europe du Sud-Est (Ljubljana, 27-29 octobre 2003);

r) Conférence internationale sur les opérations garanties parrainée par l'École de droit de l'Université de Manchester (Manchester, Royaume-Uni, 29 et 30 octobre 2003);

s) Séminaire sur le commerce électronique parrainé par l'École de hautes études commerciales du Nord (EDHEC) (Nice, France, 6 et 7 novembre 2003);

t) Forum de l'OCDE sur la réforme des faillites en Asie (Séoul, 10 et 11 novembre 2003);

u) Groupe d'étude Unidroit S78 et Colloque sur l'élaboration de règles harmonisées sur les sûretés sur des titres détenus auprès d'intermédiaires (Rome, 12-14 novembre 2003);

v) Sous-Comité international sur le droit des transports du Comité maritime international (CMI) (Londres, 17 novembre 2003);

w) Colloque sur le règlement des différends commerciaux parrainé par l'USAID (Moscou, 19-21 novembre 2003);

x) Conférence sur la garantie internationale du crédit parrainée par l'Académie de droit européen (Trèves, Allemagne, 4 et 5 décembre 2003);

y) Conférence sur la médiation et l'arbitrage commerciaux en Croatie et dans la région des Balkans, parrainée par la Chambre de commerce croate (Zagreb, 4 décembre 2003);

z) Conférence sur les droits et obligations contractuels en Europe centrale, en Europe du Sud-Est et dans la communauté des États indépendants, parrainée par la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) (Londres, 5 décembre 2003);

aa) Conférence internationale de la Commission de techniques et pratiques bancaires de la Chambre de commerce internationale (CCI) sur les banques et le financement des échanges (New Delhi, 9-11 décembre 2003);

bb) Conférence et Colloque juridique sur le commerce électronique parrainés par le Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international (Le Caire, 17-19 janvier 2004);

cc) Conférence sur "les nouvelles règles suisses d'arbitrage international" parrainée par l'Association suisse de l'arbitrage (Zurich, Suisse, 23 janvier 2003);

dd) Conférence sur l'équilibrage du recouvrement, de la restructuration et de la liquidation – nouveaux défis en Asie, parrainée par l'INSOL Inde et par des professionnels du recouvrement et de l'insolvabilité de Sri Lanka (Colombo, 13-15 février 2004);

ee) Table ronde CMI/CNUDCI sur la liberté contractuelle (Londres, 20 et 21 février 2004);

ff) Séminaire-débat organisé par le Ministère marocain de la justice sur son projet de loi sur l'arbitrage (Casablanca, Maroc, 3 et 4 mars 2004);

gg) Congrès sur la gestion des conflits – nouvelles perspectives et méthodes de conciliation (Turin, 5 mars 2004);

hh) Réunion de planification régionale de l'Union européenne sur la bonne gestion des affaires publiques (Vienne, 5 mars 2004);

ii) Conférence sur les signatures électroniques – promouvoir le commerce électronique en Égypte, organisée sous l'égide du Ministère égyptien de la communication et des technologies de l'information et parrainée par le Département du commerce des États-Unis et l'USAID (Le Caire, 27et 28 mars 2004);

jj) Cours de troisième cycle sur le droit commercial international, parrainé par le Centre international de formation de l'Organisation internationale du Travail (OIT) et l'Institut universitaire d'études européennes (Turin, Italie, 2 avril 2004);

kk) Conférence commune "Travaux actuels et futurs de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international – Partenaires en Europe: l'arbitrage dans les pays d'Europe centrale et orientale", parrainée par la CNUDCI et le Centre arbitral international de la Chambre de commerce fédérale autrichienne (Vienne, 1er et 2 avril 2004).

21. Pour le restant de l'année 2004, des séminaires et des missions d'information visant à fournir une assistance juridique sont prévus en Afrique, en Asie et dans les pays d'Europe orientale. Étant donné que les frais de voyage découlant des activités de formation et d'assistance technique ne sont pas couverts par le budget ordinaire, le secrétariat ne pourra réaliser ces projets que s'il reçoit des crédits suffisants sous forme de contributions au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI.

22. Comme les années précédentes, le secrétariat a accepté de coparrainer le prochain cours de troisième cycle de droit commercial international, d'une durée de trois mois, qu'organiseront à Turin l'Institut universitaire d'études européennes et le Centre international de formation de l'OIT. En général, la moitié environ des participants sont originaires d'Italie, la plupart des autres venant de pays en développement. Pour ce prochain cours, le secrétariat de la CNUDCI mettra l'accent sur les questions d'harmonisation des lois relatives au commerce international du point de vue de la CNUDCI, notamment de ses travaux passés et actuels. On espère qu'au moins un étudiant du cours participera au programme de stages des Nations Unies auprès de la CNUDCI. Ce programme est décrit aux paragraphes 24 et 25.

23. En outre, comme il l'avait fait les sept dernières années pour cette manifestation, le secrétariat a coparrainé le dixième concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis, qui a eu lieu à Vienne du 2 au 8 avril 2004. Ce concours est principalement organisé par l'Institut de droit commercial international de la Faculté de droit de l'Université de la paix. Suscitant une forte participation internationale – 136 équipes originaires de 42 pays ont concouru en 2004 –, il est considéré comme un excellent moyen de diffuser des informations sur les textes de lois uniformes et d'enseigner le droit commercial international. Comme

par le passé, le secrétariat a organisé une série d'exposés à l'intention des personnes participant au concours.

VIII. Programme de stages

24. Le programme de stages vise à donner à de jeunes juristes l'occasion de se familiariser avec les travaux de la CNUDCI et d'améliorer leurs connaissances dans des domaines spécifiques du droit commercial international. Au cours de l'année écoulée, le secrétariat a reçu neuf stagiaires originaires des pays suivants: Argentine, Mexique, Suède, Trinité-et-Tobago, Tunisie et Venezuela. Les stagiaires se voient assigner différentes tâches – recherche fondamentale ou spécialisée, collecte et classement d'informations et de documents, participation à l'élaboration de documents d'information. Ce programme de stages a donné des résultats satisfaisants. Toutefois, comme le secrétariat ne dispose pas de fonds pour aider les stagiaires à couvrir leurs frais de voyage ou autres, ceux-ci doivent être parrainés par une organisation, une université ou un organisme public, ou bien prendre leurs frais à leur charge, d'où le faible nombre de stagiaires originaires de pays en développement. À cet égard, la Commission voudra peut-être inviter les États membres, les universités et d'autres organisations, en plus de ceux qui le font déjà, à envisager de parrainer la participation de jeunes juristes, notamment originaires de pays en développement, au programme de stages de la CNUDCI.

25. En outre, le secrétariat satisfait occasionnellement aux demandes formulées par des universitaires et des praticiens du droit qui souhaitent réaliser des recherches, pour une durée limitée, à la bibliothèque de droit de la CNUDCI.

IX. ÉTAT DES TEXTES DE LA CNUDCI

État des conventions et des lois types (A/CN.9/561) [Original: anglais]

Non reproduit. La liste à jour peut être demandée au Secrétariat de la CNUDCI ou consultée sur Internet à partir de la page d'accueil de la CNUDCI à l'adresse *www.uncitral.org.*

X. COORDINATION ET COOPÉRATION

A. Note du Secrétariat sur la coordination des travaux: activités des organisations internationales dans le domaine des sûretés réelles

(A/CN.9/565) [Original: Anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-2

II. Activités actuelles d'organisations internationales et régionales dans le domaine des sûretés réelles 3-32

A. CNUDCI 3-5

1. Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international 3

2. Projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties 4-5

B. Unidroit 6-9

1. Convention d'Unidroit sur l'affacturage international 6

2. Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles 7-8

3. Projet de règles relatives aux titres détenus de façon indirecte 9

C. Conférence de La Haye de droit international privé 10

D. Banque européenne pour la reconstruction et le développement 11

E. Banque asiatique de développement 12

F. Organisation des États américains 13

G. Banque mondiale 14

H. Union européenne 15-32

1. Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles 15-19

2. Livre vert de la Commission européenne sur la transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation 20-25

3. Conclusions 26-32

I. Introduction

1. À sa quatorzième session, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) avait décidé que, pour consolider encore son rôle de coordination, le secrétariat devrait choisir, à des intervalles appropriés, un domaine particulier qu'elle pourrait examiner et lui présenter un rapport sur les travaux entrepris par d'autres organisations dans ce domaine[1]. L'an passé, le secrétariat avait choisi la législation sur les marchés de biens, de travaux et de services en vue d'un tel examen (voir A/CN.9/539 et Add.1). Cette année, son choix s'est porté sur les sûretés réelles.

2. La présente note vise à donner et à diffuser des informations sur les activités que diverses organisations internationales mènent actuellement dans le domaine des sûretés réelles en vue de faciliter la coordination de ces activités et de préciser les relations entre les textes élaborés.

II. Activités actuelles d'organisations internationales et régionales dans le domaine des sûretés réelles

A. CNUDCI

1. Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international

3. En 2001, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (dénommée ci-après la "Convention des Nations Unies sur la cession"), qui supprime les obstacles juridiques à la cession de créances, énonce un ensemble de règles uniformes relatives aux droits du débiteur et comporte un ensemble de règles de conflit uniformes concernant la loi applicable à l'efficacité d'une cession à l'égard des tiers et aux conflits de priorité.

2. Projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties

4. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission a décidé de charger un groupe de travail d'élaborer "un régime juridique efficace pour les sûretés ..."[2]. Le Groupe de travail VI a entrepris sa tâche en partant du principe que les sûretés sur les créances commerciales seraient traitées dans le guide législatif en cours d'élaboration. Se pose donc la question de la relation entre la Convention et le guide.

5. Lorsque la Convention traite une question, les recommandations contenues dans le guide législatif se fonderont sur les principes qu'elle codifie. Lorsqu'elle ne traite pas une question, les recommandations la complèteront. Lorsqu'elle traite une question uniquement par des règles de conflit de lois, les recommandations faciliteront son application en énonçant les règles juridiques de fond auxquelles elle

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-sixième session, Supplément n° 17* (A/36/17), par. 100.

[2] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), par. 351.

renvoie. En particulier, s'agissant de la loi applicable aux mesures nécessaires pour qu'une cession ait effet à l'égard des tiers et à la priorité de cette cession, que la Convention soumet à la loi de l'État dans lequel est situé le cédant (voir l'article 22), les recommandations seront rédigées de sorte à énoncer les règles de fond applicables en matière de priorité. Cependant, les États qui adoptent une législation interne fondée sur les recommandations du guide législatif auront également besoin d'adopter la Convention, car celle-ci assure une plus grande uniformité.

B. Unidroit

1. Convention d'Unidroit sur l'affacturage international

6. En 1988, l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) a achevé d'élaborer la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international (dénommée ci-après la "Convention d'Unidroit sur l'affacturage"). Bien que la Convention des Nations Unies sur la cession s'inspire de la Convention d'Unidroit sur l'affacturage, ces deux instruments ont des champs d'application différents et traitent de questions différentes. Ils peuvent toutefois s'appliquer au même contrat d'affacturage et aboutir à des résultats divergents. C'est pourquoi l'article 38-2 de la Convention des Nations Unies sur la cession prévoit expressément que, dans ce type de conflit, les dispositions de cette dernière prévalent sur la Convention d'Unidroit sur l'affacturage. Afin qu'aucun doute ne subsiste, il énonce en outre une évidence, à savoir que dans la mesure où la Convention des Nations Unies ne s'applique pas aux droits et obligations d'un débiteur (parce que celui-ci n'est pas situé dans un État partie à la Convention ou parce que la loi régissant le contrat dont naissent les créances cédées n'est pas celle d'un État partie à la Convention), elle n'exclut pas l'application de la Convention d'Unidroit.

2. Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles

7. En 2001, Unidroit et l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) ont achevé d'élaborer la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (ci-après la "Convention relative aux matériels d'équipement mobiles") et le Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (ci-après le "Protocole aéronautique"). Ladite Convention et son Protocole peuvent s'appliquer à la cession de droits accessoires, notamment de créances qui sont garanties par des matériels d'équipement entrant dans leur champ d'application ou qui y sont liées (voir les articles 1 c) et 31). La Convention des Nations Unies sur la cession et les deux instruments précités peuvent donc s'appliquer à la même opération et aboutir à des résultats différents. C'est pourquoi l'article 38-1 de la Convention des Nations Unies dispose que celle-ci "ne prévaut sur aucun accord international déjà conclu ou à conclure, régissant spécifiquement une opération qui serait sinon couverte par la présente convention". Pour la même raison, l'article 45 *bis* de la Convention relative aux matériels d'équipement mobiles prévoit que cette convention l'emporte sur la Convention des Nations Unies sur la cession "dans la mesure où celle-ci s'applique à la cession de créances qui constituent des droits

accessoires se rapportant à des garanties internationales portant sur des biens aéronautiques, du matériel roulant ferroviaire et des biens spatiaux”[3].

8. La relation qui existe entre, d’une part, la Convention relative aux matériels d’équipement mobiles et le Protocole aéronautique, et de l’autre, la législation interne adoptée sur la base des recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties est la même que celle qui existe entre ces textes et n’importe quelle loi interne sur les opérations garanties. Si la Convention et le Protocole n’excluent pas la création de sûretés conformément à la législation nationale, la garantie internationale qu’ils créent donnera généralement au créancier des droits plus forts qu’une sûreté de droit purement interne[4].

3. Projet de règles relatives aux titres détenus de façon indirecte

9. En 2001, Unidroit a constitué un comité d’étude chargé d’établir des règles harmonisées de droit matériel relatives aux titres détenus de façon indirecte. À sa quatrième session, tenue en mars 2004, ce Comité a examiné un projet de convention. Le texte qui résultera des travaux d’Unidroit ne sera pas en conflit avec la Convention des Nations Unies sur la cession, car celle-ci ne s’applique pas à la cession de créances nées du transfert de sûretés sur des valeurs mobilières (voir l’article 4-2 e)). De même, il ne devrait pas y avoir conflit avec les recommandations qui seront contenues dans le guide législatif sur les opérations garanties qu’élabore actuellement la CNUDCI, car les sûretés portant sur des valeurs mobilières sont exclues du champ d’application de ce guide. Le traitement du produit sous une forme autre que des titres reste à examiner dans le cadre du texte d’Unidroit. De même, le traitement des valeurs mobilières constituant un produit (ou entrant dans l’assiette d’une sûreté créée sur l’ensemble des biens d’un débiteur) doit être discuté dans le contexte du Guide législatif de la CNUDCI.

C. Conférence de La Haye de droit international privé

10. En 2002, la Conférence de La Haye de droit international privé a achevé d’élaborer la Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d’un intermédiaire. Il ne peut y avoir conflit entre cet instrument et la Convention des Nations Unies sur la cession car cette dernière exclut de son champ d’application la cession de créances nées du transfert de sûretés sur des valeurs mobilières (voir l’article 4-2 e)). Pour la même raison, il ne peut y avoir conflit entre cet instrument et le guide législatif qu’élabore actuellement la CNUDCI (en ce qui concerne la question des valeurs mobilières constituant un produit ou entrant dans l’assiette d’une sûreté portant sur l’ensemble des biens d’un débiteur, voir par. 9 *in fine*).

---

[3] Voir http://www.unidroit.org.

[4] Voir publication intitulée “Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d’équipement mobiles et Protocole y relatif portant sur les questions spécifiques aux matériels d’équipement aéronautiques, commentaire officiel par Sir Roy Goode, C.B.E., Q.C., Rome, septembre 2002”, par. 22.

D. Banque européenne pour la reconstruction et le développement

11. En 1994, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) a élaboré une Loi-modèle sur les sûretés[5]. En 1997, elle a établi un ensemble de dix Principes fondamentaux d'un droit moderne des sûretés[6]. Ces principes servent de base pour évaluer la législation d'un pays relative aux opérations garanties et pour déterminer si des réformes sont nécessaires. La BERD examine actuellement un ensemble de principes directeurs relatifs aux registres de sûretés. Elle apporte également une assistance technique à des pays de sa région d'intervention en vue de réformes juridiques et institutionnelles dans le domaine des opérations garanties. Le futur guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties devrait tenir compte de la Loi modèle de la BERD, de ses Principes et de son guide sur les registres de sûretés et les compléter.

E. Banque asiatique de développement

12. En 2000, la Banque asiatique de développement a publié un guide sur la réforme du droit des opérations garanties en Asie[7]. En 2002, elle a publié un guide sur les registres de biens meubles[8]. Le futur guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties devrait tenir compte de ces publications et les compléter.

F. Organisation des États américains

13. En 2002, l'Organisation des États américains a élaboré la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières[9]. Le futur guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties devrait tenir compte de cette Loi type et la compléter.

G. Banque mondiale

14. La Banque mondiale élabore actuellement un document intitulé "Principes et directives régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers". Ce document traite des questions d'insolvabilité et d'opérations garanties. Il devrait, avec le guide de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité et le guide de la CNUDCI sur les opérations garanties, une fois ceux-ci achevés, constituer une norme unifiée en matière d'insolvabilité et de droits des créanciers.

H. Union européenne

1. Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles

15. La Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980 (dénommée ci après la "Convention de Rome"), porte

---

[5] Voir http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/modellaw/model.pdf.
[6] Voir http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/prin/french/main.htm.
[7] Voir http://www.adb.org/Documents/Others/Law_ADB/lpr_2000_2.asp?p=lawdevt.
[8] Voir http://www.adb.org/documents/reports/movables_registries/default.asp.
[9] Voir http://www.oas.org/consejo/fr/capj/documentos/ce00231f07.doc.

également sur la loi applicable aux cessions. Aux termes de l'article 12-1, la loi qui, en vertu de la Convention de Rome, s'applique au contrat entre le cédant et le cessionnaire régit "les obligations entre le cédant et le cessionnaire d'une créance". Cette loi est la loi choisie par les parties ou, à défaut de choix, la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits (par exemple, dans le cas d'une cession pure et simple, le pays du cédant, et dans le cas d'une cession à titre de garantie, le pays du cessionnaire; voir les articles 3, 4-2 et 4-5 de la Convention de Rome).

16. L'article 12-2 dispose que la loi qui régit la créance cédée "détermine le caractère cessible de celle-ci, les rapports entre cessionnaire et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur". Cette loi est la loi qui régit le contrat dont naît le droit cédé (c'est-à-dire le contrat entre le cédant et le débiteur), à savoir la loi choisie par le cédant et le débiteur ou, à défaut de choix, la loi du pays avec lequel ce contrat présente les liens les plus étroits (par exemple, dans le cas d'un contrat de vente, la loi du pays du vendeur/cédant).

17. Les articles 28 et 29 de la Convention des Nations Unies sur la cession sont presque identiques à l'article 12 de la Convention de Rome. Les articles 22 et 30 de la Convention des Nations Unies traitent de la loi applicable aux mesures nécessaires pour qu'une cession ait effet à l'égard des tiers et aux conflits de priorité entre réclamants ayant des droits concurrents sur les créances cédées. Ces articles peuvent s'écarter de l'article 12 de la Convention de Rome, dans la mesure où cette dernière traite des effets des cessions à l'égard des tiers. Cette question n'est pas tranchée, car les opinions divergent, dans la littérature et dans la pratique, sur le point de savoir si l'article 12 de la Convention de Rome s'applique ou non aux effets à l'égard des tiers. Selon l'opinion dominante, l'article 12 ne porte pas sur ces questions. Selon une minorité, il traite également des effets des cessions à l'égard des tiers, les avis étant toutefois partagés quant à la question de savoir quelle loi devrait s'appliquer, la loi régissant le contrat de cession (article 12-1) ou la loi régissant le contrat dont naît le droit cédé (article 12-2).

18. Les États peuvent décider de ne pas appliquer les articles 28 à 30 ainsi que les autres règles de conflit de lois figurant au chapitre V de la Convention des Nations Unies sur la cession. De ce fait, les États parties à la Convention de Rome qui souhaitent ratifier la Convention des Nations Unies ou y adhérer peuvent déclarer qu'ils ne seront pas liés par les articles en question. L'article 22 de la Convention des Nations Unies ne peut en revanche faire l'objet d'une telle déclaration car il énonce l'un des principes les plus importants de la Convention (à savoir, que la priorité est régie par la loi du lieu où le cédant exerce son administration centrale ou a sa résidence habituelle).

19. Si l'article 12 de la Convention de Rome est considéré comme traitant la question de la loi applicable aux effets à l'égard des tiers et s'applique à une opération visée par la Convention des Nations Unies sur la cession, un conflit naîtra car les deux instruments soumettront les questions de priorité à des lois différentes. L'article 38-1 de la Convention des Nations Unies règle ce type de conflits donnant préséance à toute convention "régissant spécifiquement une opération qui serait sinon couverte par la présente Convention". La Convention de Rome ne devrait donc pas l'emporter sur la Convention des Nations Unies dans la mesure où l'on considère qu'elle traite des obligations contractuelles en général et non spécifiquement des cessions. Cependant, la Convention de Rome (article 21)

contient une disposition analogue, ce qui risque de susciter des doutes quant à la convention qui prévaut en cas de conflit.

2. Livre vert de la Commission européenne sur la transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation

20. La Commission européenne envisage actuellement de réviser la Convention de Rome par voie de règlement ou de directive. Afin de recueillir les vues des États membres de l'Union européenne (UE), des milieux intéressés et des praticiens, elle a publié un Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation (COM(2002) 654 final) du 14 janvier 2003 (dénommé ci-après le "Livre vert"), qu'elle a mis en ligne sur son site Web[10].

21. La question 18 du Livre vert est la suivante: "Pensez-vous qu'il est opportun de préciser dans un futur instrument quelle est la loi applicable à l'opposabilité de la cession de créance? Dans l'affirmative, quelle règle de conflit préconisez-vous?"[11]

22. Les commentaires figurant à la section intitulée "Solutions envisageables" (3.2.13.3, point iv)) du Livre vert, indiquent ce qui suit: "Application de la loi du domicile du cédant: il s'agit de la solution la mieux à même de satisfaire le critère de prévisibilité des tiers. Aussi cette solution a-t-elle été retenue par la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international [note 89]"[12].

23. L'article 22 de la Convention des Nations Unies sur la cession a opté pour la loi du lieu de situation du cédant car c'est la seule approche qui (avec la règle de localisation appropriée) aboutira le plus vraisemblablement à une seule et même loi, qui dans la plupart des cas est facile à déterminer par toutes les parties et qui est celle du lieu où s'ouvrira très probablement la procédure d'insolvabilité principale visant le cédant (comme le prévoit également le Règlement (CE) nº 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité). Toutes ces considérations ont été jugées essentielles pour favoriser l'offre de crédit à un coût plus abordable, objectif qui a peu de chances d'être atteint en l'absence de certitude quant à la loi applicable. À cet égard, le risque d'insolvabilité du cédant a été l'un des éléments les plus importants pris en compte par la Commission. Dans une opération classique de financement par cession de créances, dans laquelle plusieurs dettes sont dues par plusieurs débiteurs, le principal risque pour le cessionnaire n'est pas que l'un des nombreux débiteurs fasse défaut mais plutôt qu'un créancier du cédant, et en particulier l'administrateur de l'insolvabilité du cédant, réclame et obtienne la totalité des créances cédées.

24. La Convention des Nations Unies sur la cession dispose que le cédant est situé dans l'État où il a son établissement. Celui-ci est une seule et même personne et son établissement devrait être facilement vérifiable par toutes les parties. Si le cédant n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu. S'il a des établissements dans plus d'un État, il est réputé situé là où s'exerce son administration centrale (article 5 h) de la Convention des Nations Unies). Le lieu de l'administration centrale est facile à déterminer dans la grande majorité des cas. La

---

[10] Voir http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/gpr/2002/com2002_0654fr01.pdf.
[11] Ibid.
[12] Ibid.

Commission avait envisagé une approche fondée sur l'établissement du cédant ayant le lien le plus étroit avec l'opération considérée (voir article 4-2 de la Convention de Rome) mais elle a écarté cette solution car celle-ci n'apportait pas suffisamment de certitude (dans le cas des cessions de créances futures) ou pouvait aboutir à plus d'une loi applicable (dans le cas des cessions d'un ensemble de créances) et, risquait de ce fait d'avoir des incidences négatives sur l'offre et le coût du crédit. Elle n'a pas non plus retenu l'approche fondée sur le siège statutaire du cédant car, dans certains cas, le cédant n'avait pas de réelle présence dans ce lieu.

25. En outre, la Commission avait conscience que l'approche qu'elle avait adoptée risquait de ne pas aboutir à une seule et même loi si le cédant procédait à une cession, puis transférait son administration centrale dans un autre pays et cédait à nouveau les mêmes créances à un autre cessionnaire. Une disposition visant à résoudre ce problème a été examinée mais finalement jugée inutile, car le transfert de l'administration centrale exige beaucoup de temps, ce qui permet aux cessionnaires concernés de prendre les précautions nécessaires; il a également été noté qu'il était peu probable que les cédants procèdent à de tels transferts uniquement pour frauder les cessionnaires en procédant à une deuxième cession des mêmes créances.

3. Conclusions

26. La Commission voudra peut-être recommander que tout soit fait pour que l'article 12 révisé de la Convention de Rome qui figurera éventuellement dans un futur instrument communautaire n'adopte pas une approche différente de celle de l'article 22 de la Convention des Nations Unies sur la cession.

27. La règle de l'article 22 de la Convention des Nations Unies est la plus susceptible d'accroître l'offre et de réduire le coût du crédit au sein de l'Union européenne elle-même Si cette dernière retient une règle différente de celle de l'article 22, pour laquelle d'autres pays ont opté ou vont opter, que ce soit en l'incorporant dans leur propre législation ou en adoptant la Convention des Nations Unies sur la cession, elle réduira l'offre de crédit et en augmentera le coût non seulement dans ses pays membres, mais aussi pour les opérations internationales réalisées avec ses partenaires commerciaux dont les lois ont adopté cet article 22 ou sont d'une autre manière compatibles avec lui.

28. Ainsi, si l'Union européenne et ses principaux partenaires commerciaux ont des règles différentes en ce qui concerne la loi régissant les effets des cessions à l'égard des tiers, dans un conflit de priorité entre un cessionnaire américain et un vendeur allemand bénéficiaire d'une réserve de propriété étendue au produit de la revente des biens, des lois différentes s'appliqueraient au même conflit de priorité selon que celui-ci sera porté devant un tribunal américain ou un tribunal allemand. Cette incertitude pourrait empêcher la réalisation de certaines opérations de financement par cession de créances ou du moins en augmenter le coût.

29. En outre, si l'Union européenne adopte une règle différente uniquement pour les parties situées dans ses États membres, une loi s'appliquerait aux conflits de priorité entre ces parties et une autre aux conflits entre ces parties et les parties situées en dehors de l'UE, ce qui pourrait entraîner d'énormes difficultés pratiques et des coûts considérables.

30. On risque d'obtenir le même résultat même si l'article 12 révisé devait adopter, à l'instar de l'article 22 de la Convention des Nations Unies sur la cession, une approche fondée sur la loi du lieu du cédant. En effet, si l'on applique l'article 4-2 de la Convention de Rome, la règle du lien le plus étroit peut aboutir à une autre loi que celle du lieu de la résidence habituelle ou de l'administration centrale du cédant. Ainsi, sauf s'il était fait référence directement à la loi du lieu de la résidence habituelle ou de l'administration centrale du cédant (voir par. 24), un conflit de priorité entre une banque française et une banque américaine recevant une créance d'une filiale française d'un cédant américain pourrait, en vertu de l'article 12 révisé de la Convention de Rome, être soumis à la loi française (loi ayant le lien le plus étroit avec la cession), alors qu'en vertu de l'article 22, il serait soumis à la loi américaine (loi du lieu de l'administration centrale de la société américaine).

31. Dans ce contexte, le Gouvernement allemand a noté, dans ses commentaires sur le Livre vert, qu'il valait la peine de se demander si une nouvelle législation européenne sur la loi applicable aux effets des cessions à l'égard des tiers devrait être alignée sur la Convention des Nations Unies sur la cession[13]. L'Institut Max Planck de droit privé étranger et international et le Groupe de Hambourg de droit international privé, allant plus loin, ont recommandé dans leurs commentaires l'adoption d'une approche fondée sur la résidence habituelle du cédant ou, si celui-ci est une personne morale, sur son administration centrale[14].

32. Dans ses commentaires sur le Livre vert, la Chambre de commerce internationale (CCI) a indiqué qu'elle préfèrerait que cette question soit traitée dans le cadre de la directive sur la faillite ou de la Convention des Nations Unies sur la cession. Elle a estimé que la meilleure solution serait que la Commission européenne soit mandatée pour ratifier collectivement la Convention des Nations Unies sur la cession au nom de tous les pays de l'UE et que l'actuel article 12 soit supprimé de la Convention de Rome, si celle-ci est révisée[15]. Cette solution a l'avantage de ne pas exiger une révision des articles 12 et 4-2 de la Convention de Rome, de régler la question sur le fond de la manière la plus appropriée et d'éviter que les États membres de l'UE et d'autres États ne tardent à tirer profit de la ratification de la Convention des Nations Unies sur la cession[16].

---

13 Voir http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/rome_i/doc/bundesrepublik_deutschland_de.pdf.

14 Voir *Rabels Zeitschrift*, 67 (2003) 1, 45 et 51 et http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/rome_i/doc/max_planck_institute_foreign_private_international_law_en.pdf.

15 Voir http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/rome_i/doc/international_chamber_commerce_en.pdf.

16 À ce jour, les États-Unis d'Amérique, le Luxembourg et Madagascar ont signé la Convention. Voir http://www.uncitral.org [État des ratifications].

B. Rapport du Colloque de la CNUDCI sur la fraude commerciale internationale

(A/CN.9/555) [Original: Anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-5
II.	La fraude commerciale dans certains domaines du droit privé	6-61
	A. Observations générales et travaux réalisés par d'autres organisations internationales	6-8
	B. Fraude bancaire et commerciale	9-13
	C. Enquêtes	14-19
	D. La cyberfraude	20-24
	E. Prévention	25-29
	F. Transports	30-35
	G. Les assurances	36-39
	H. Recouvrement	40-42
	I. Blanchiment de capitaux	43-47
	J. Insolvabilité	48-49
	K. Poursuites	50-53
	L. Passation de marchés	54-56
	M. Rôle des professionnels	57-58
	N. Valeurs mobilières	59-61
III.	Conclusions et travaux futurs proposés	62-71

I. Introduction

1. À sa trente-cinquième session, en 2002, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) avait prié le secrétariat d'établir une étude sur les pratiques financières et commerciales frauduleuses dans divers secteurs du commerce et des finances, pour examen à une session ultérieure de la Commission[1]. La Commission avait fait observer que ces pratiques frauduleuses

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 279 à 290.

avaient souvent un caractère international, des conséquences économiques graves, pour le commerce mondial et des effets négatifs sur les instruments légitimes du commerce mondial, et qu'elles étaient de plus en plus fréquentes, en particulier depuis l'avènement d'Internet, qui offrait de nouvelles possibilités de fraude. En conséquence, le secrétariat avait organisé, du 2 au 4 décembre 2002 à Vienne (Autriche), au siège du secrétariat de la Commission, une réunion d'experts chargée d'examiner cette question et de contribuer à la rédaction d'une note sur d'éventuels travaux ultérieurs pour la session suivante de la Commission (A/CN.9/540).

2. À sa trente-sixième session, en 2003, la Commission avait été saisie d'une note du secrétariat concernant d'éventuels travaux futurs sur la fraude commerciale (A/CN.9/540). La Commission avait fermement soutenu la recommandation du secrétariat (A/CN.9/540, par. 65 à 67) relative à l'organisation d'un colloque international, qui permettrait un examen des divers aspects du problème de la fraude commerciale sur le plan du droit privé et un échange de vues entre les différentes parties intéressées, notamment des représentants de gouvernements, d'organisations intergouvernementales et d'organisations privées ayant intérêt à participer à la lutte contre la fraude commerciale et possédant des compétences en la matière. Ce colloque devait également être l'occasion de procéder à un échange de vues avec des représentants du secteur du droit pénal et d'organismes de réglementation qui luttaient contre la fraude commerciale, et de recenser des questions qui pourraient faire l'objet d'une coordination ou d'une harmonisation. En outre, ayant été informé que la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale pourrait, par l'intermédiaire du Centre pour la prévention internationale du crime de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC), réaliser une étude sur certains aspects de la fraude commerciale en consultation avec la CNUDCI, la Commission, qui avait fait observer que ses ressources étaient entièrement engagées dans l'élaboration de règles de droit privé et des activités connexes, avait demandé que la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale prête son concours pour la réalisation d'une telle étude.

3. Le Colloque a été organisé à Vienne, du 14 au 16 avril 2004, avec le coparrainage et l'aide de l'Institute of International Banking Law and Practice et de la George Mason University, et en coopération avec l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), l'Organisation des États américains et la Conférence de La Haye de droit international privé (Conférence de La Haye).

4. Les quelques 120 participants de 30 pays étaient des experts des différents domaines examinés et représentaient un éventail aussi large que possible des méthodes de lutte contre la fraude commerciale. Ils comprenaient des juristes, des comptables, des banquiers, des universitaires, des experts de la sécurité, des fonctionnaires des services de détection et de répression, des représentants d'organismes de réglementation et des experts du recouvrement de fonds, ainsi que des représentants de gouvernements et d'organisations internationales telles que la Conférence de La Haye de droit international privé, le Fonds de l'OPEP pour le développement international, la Ligue arabe, le Fonds monétaire international, la Banque mondiale, la Chambre de commerce internationale et la North American Securities Administrators Association.

5. La présente note résume les travaux du Colloque, présente les principales questions abordées et contient des recommandations destinées à la Commission en vue d'éventuels travaux futurs dans ce domaine.

II. La fraude commerciale dans certains domaines du droit privé

A. Observations générales et travaux réalisés par d'autres organisations internationales

6. Les participants se sont accordés à reconnaître que la fraude commerciale portait gravement atteinte au commerce international et nuisait aux systèmes et aux marchés bancaires et financiers. Ils ont constaté que la fraude commerciale touchait tout particulièrement les petits pays et les pays en développement, et engendrait de l'instabilité. En outre, la fraude était liée à la criminalité organisée et pouvait avoir des liens avec des activités terroristes. Il a été suggéré que l'objet du Colloque était de passer en revue les questions à étudier de façon plus approfondie, d'examiner la prévention de la fraude commerciale et d'envisager les possibilités de coopérer avec la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale dans le cadre des études concernant la fraude commerciale qui pourraient être entreprises.

7. Les participants ont discuté des travaux relatifs à la prévention de la fraude commerciale réalisés par d'autres organisations internationales. Un représentant de l'ONUDC a souligné que la fraude commerciale relevait dans une large mesure du droit pénal, a rappelé la compétence de l'Office en matière de droit pénal et de justice pénale et exposé les réalisations concernant le développement du droit international dans ce domaine. L'ONUDC, en particulier, assurait le secrétariat des négociations qui avaient débouché sur la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et les Protocoles s'y rapportant[2], et sur la Convention des Nations Unies contre la corruption[3], récemment ouverte à la signature. Les principaux aspects de ces deux instruments mondiaux ont été mis en relief, en particulier leur universalité, leur caractère très participatif (recherche du consensus et participation des praticiens à l'élaboration de ces instruments), l'équilibre entre la nécessité de mesures internes et les dispositions concernant le recouvrement d'avoirs. Le représentant de l'ONUDC a informé les participants de la tenue prochaine de la treizième session de la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale, du 11 au 20 mai 2004 à Vienne, et du onzième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et la justice pénale, du 18 au 25 avril 2005 à Bangkok. Il a signalé que les recommandations de la Réunion préparatoire régionale pour l'Afrique, tenue en mars 2004 à Addis-Abeba, et de la Réunion préparatoire régionale pour l'Asie et le Pacifique, tenue en mars 2004 à Bangkok, en vue du onzième Congrès avaient en particulier reconnu que de nouvelles formes de criminalité économique et financière étaient devenues d'importantes menaces pour les économies des États et avait recommandé que le onzième Congrès étudie la possibilité de négocier des instruments juridiques internationaux dans ces domaines. Ces réunions préparatoires avaient indiqué qu'il était manifestement de plus en plus nécessaire de mieux connaître la fréquence et les conséquences de la fraude

---

[2] New York, 15 novembre 2000, Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air, et Protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions.

[3] Adoptée et ouverte à la signature par la résolution 58/4 de l'Assemblée générale, en date du 31 octobre 2003.

commerciale. L'ONUDC trouvait un grand intérêt et apportait son soutien au Colloque, dont les conclusions et recommandations l'aideraient à élaborer son propre programme de travail pour l'avenir.

8. Un exposé sur les travaux connexes accomplis dans le cadre de la Conférence de La Haye a également été présenté. Il a porté principalement sur la Convention de 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers[4] qui, selon des études récentes, était largement utilisée pour éviter la falsification de signatures des actes publics. La Conférence de La Haye sur l'utilisation des apostilles préparait un manuel, qui serait disponible vers la fin 2004.

B. Fraude bancaire et commerciale

9. Dans le contexte d'exemples récents de fraudes commises dans les secteurs bancaire et commercial, les participants ont discuté d'un certain nombre de questions importantes communes à ces fraudes et, comme cela a été signalé, à de nombreuses fraudes en général. Cette discussion initiale a permis d'aborder un certain nombre de questions importantes, qui ont été soulevées à de nombreuses reprises au cours du Colloque.

10. Deux aspects essentiels se sont dégagés: d'une part, la volatilité de la marchandise en cause pouvait exacerber la fraude et, d'autre part, il importait que l'établissement financier connaisse bien tous les aspects de la transaction qu'il finançait. Par ailleurs, l'organisation et la structure de l'établissement ou de l'entité victime d'une fraude pouvaient être la source des problèmes et des rivalités internes, la rémunération reposant sur la commission et d'autres systèmes d'incitation pouvaient aggraver le risque de fraude couru par un établissement ou une organisation. D'autres points faibles ont été mentionnés: un établissement financier qui tenait beaucoup à se livrer à certaines activités ou transactions était particulièrement vulnérable car il risquait de se montrer moins vigilant; d'autre part, la plupart des organisations ayant une mémoire institutionnelle relativement courte, elles peuvent être tous les 10 à 12 ans, à nouveau victimes des mêmes fraudes. Des participants ont signalé que ce qui rendait la détection des fraudes plus difficile était la collusion qui pourrait exister entre l'acheteur et le vendeur d'une marchandise. Les fraudes bancaires et commerciales se caractérisaient souvent par l'utilisation initiale d'instruments financiers et de documents de transport légitimes, auxquels on substituait progressivement, lors des transactions ultérieures, des documents sans valeur et dépourvus de signification. Pour combattre de telles fraudes, il importait, a-t-on estimé, que les membres de conseils d'administration ou les banquiers aient le courage de reconnaître qu'ils ne comprenaient pas une transaction complexe, et de mettre en œuvre des programmes de vigilance ("due diligence") appropriés.

11. Les participants ont discuté des difficultés que posaient les poursuites relatives aux délits économiques et l'engagement d'actions civiles. Une certaine frustration a été exprimée à l'égard des sanctions infligées dans les affaires qui avaient débouché sur des condamnations, mais les participants se sont accordés à reconnaître qu'il y avait une prise de conscience croissante des conséquences très dommageables que pouvaient avoir les délits économiques. Ils se sont déclarés préoccupés par le fait

[4] Convention de La Haye du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers.

que les poursuites n'aboutissent souvent pas dans des affaires de fraude complexes, qui exigeaient un degré élevé de compétence technique de la part de tous les acteurs, en particulier des procureurs, des juges et des jurés. Il a été estimé que le succès de telles poursuites n'était pas nécessairement assez dissuasif et qu'il fallait peut-être s'efforcer d'envisager la prévention des fraudes en partant des motivations de leurs auteurs. La discussion a également porté sur l'étendue de la responsabilité des sociétés mères et de leurs dirigeants pour les actions frauduleuses commises par les filiales, sur leur obligation éventuelle de restitution et sur l'opportunité de créer une obligation de communication d'informations.

12. Les participants ont également examiné la situation courante dans laquelle l'enquête, l'action répressive et le recouvrement avaient lieu à la fois au niveau pénal et sur le plan privé, ainsi que les problèmes que cela pouvait créer. Par exemple, les services de détection et de répression étaient souvent incapables de communiquer des informations de nature à faciliter les enquêtes et les recouvrements privés. Le recouvrement des avoirs constituait la préoccupation primordiale des entités privées, mais tel n'était pas l'aspect principal des sanctions pénales. En outre, il a été généralement convenu qu'une meilleure coopération entre les parties publiques et privées aiderait souvent les entreprises à prévenir et enquêter, mais ces dernières redoutaient souvent de paraître vulnérables à la fraude. Il a également été déclaré qu'eu égard au manque de ressources, les services de détection et de répression préféraient parfois que les entités commerciales procèdent à leurs propres enquêtes. Cependant, des exemples de coopération entre les secteurs public et privé dans la lutte contre la fraude sont donnés aux paragraphes 17 et 25 à 28 ci-après en ce qui concerne les enquêtes et la prévention.

13. Des participants ont aussi soulevé le problème du manque de données fiables sur l'ampleur et les types de fraudes commises. D'autre part, il a été signalé à diverses reprises au cours du Colloque qu'il importait de rectifier l'idée selon laquelle la fraude commerciale constituait une infraction sans victime, et qu'il était en général difficile de prouver l'intention frauduleuse, surtout lorsque, par exemple, on présentait des documents falsifiés par un tiers.

C. Enquêtes

14. Au cours de la séance consacrée aux enquêtes sur les fraudes et aux questions qui se posaient lors d'une enquête, des participants ont indiqué qu'il importait, pour la plupart des victimes de fraudes, d'obtenir des preuves qui permettent de recouvrer leurs avoirs. À cet égard, l'informatique judiciaire revêtait une importance particulière, car elle permettait aux enquêteurs d'agir immédiatement pour préserver les avoirs et obtenir des éléments de preuve concernant d'autres fraudes qui venaient souvent au jour après la constatation initiale d'une infraction. Les enquêteurs pouvaient ainsi découvrir, préserver et analyser des données numériques, notamment concernant des escroqueries, des copies de documents, des profils de fraudeurs et les modes d'activités récurrents. Il a été indiqué qu'un audit traditionnel ne permettait probablement pas de détecter les fraudes de gestion, qui constituaient la source de la plupart des fraudes importantes.

15. On a présenté une étude de cas portant sur une fraude commise par un salarié pour illustrer certaines des techniques d'enquête susceptibles d'être utilisées pour

détecter des fraudes. Le cas étudié mettait en évidence l'importance de la coopération entre des enquêteurs privés et les services de détection et de répression, en particulier à un stade précoce de l'enquête. Il a été déclaré que les fraudes commises par les salariés et d'autres personnes faisant partie d'entreprises, agissant entre eux ou en coopération avec des personnes extérieures, portaient sur des montants considérables et qu'il convenait d'encourager les entreprises à sélectionner et à surveiller leurs salariés de façon plus efficace.

16. Il a été signalé que, récemment, des scandales retentissants mettant en cause des entreprises avaient porté atteinte à la confiance des investisseurs et des sociétés, et montré que les entreprises devaient se prémunir contre les fraudes de grande ampleur. Certains pays avaient réagi en adoptant des dispositions législatives précises, en renforçant la répression et en tenant mieux compte des méfaits considérables de la criminalité financière.

17. Les participants ont entendu un exposé sur un système mis au point pour faire face aux scandales de ce type dans un pays où il y avait des recouvrements d'avoirs au civil mais où aucune sanction pénale n'était infligée. Au lieu de se borner à élaborer des principes directeurs destinés aux entreprises, il avait été décidé qu'un renforcement des mesures répressives contre la criminalité des entreprises constituait le meilleur moyen de prévenir et de réprimer la fraude commerciale. Le gouvernement du pays en question avait créé des équipes intégrées d'application de la loi sur le marché dans quatre grands centres financiers du pays, afin de lutter contre les fraudes de grande ampleur commises par des sociétés cotées en Bourse. Ces équipes, dont la tâche consistait à anticiper et à prévenir certains types de fraudes avant qu'elles n'entraînent des faillites, comprenaient des représentants de services locaux et internationaux de détection et de répression, de commissions de réglementation des valeurs mobilières et d'entreprises privées. Elles associaient des procureurs locaux et des représentants du pouvoir judiciaire à leurs activités et devaient faire face sans retard aux menaces de fraude, intervenir rapidement en matière répressive et s'attaquer ensuite à un autre problème potentiel.

18. Les participants se sont accordés à reconnaître que les techniques mises en œuvre en amont des fraudes par les services de détection et de répression revêtaient une grande importance dans la prévention et la détection des fraudes, compte tenu notamment du retentissement public de telles opérations. On a également fait observer qu'il était très important d'entreprendre rapidement des enquêtes et des poursuites en cas de fraude, et en conséquence il était probablement souhaitable que les enquêteurs portent principalement leur attention sur certains aspects du phénomène de la fraude plutôt que sur tous les détails de ce dernier.

19. Beaucoup de fraudes portaient sur des effets bancaires de premier ordre fictifs ou des instruments à haut rendement, qui avaient permis à des escrocs de soustraire d'importantes sommes d'argent. Ce type de fraude se caractérisait par des transactions complexes, qui avaient souvent un élément international, et la promesse de rendements énormes et d'autres avantages pour les investisseurs, que l'on enjoignait d'observer le plus grand secret. On a signalé que les services nationaux de détection et de répression avaient mené avec succès des enquêtes de grande envergure sur les fraudes de ce type et qu'une coordination avec les services de détection et de répression du monde entier jouait souvent un rôle essentiel dans les enquêtes portant sur de telles fraudes.

D. La cyberfraude

20. La séance du Colloque consacrée à la cyberfraude a permis de donner aux participants des informations sur une initiative soutenue par un gouvernement, dont l'objet était de protéger les infrastructures essentielles dans le pays concerné et sur le plan international. Cette initiative visait à renforcer la sécurité des réseaux informatiques et des opérations économiques qui soutenaient des infrastructures essentielles du pays; en conséquence, elle avait notamment consisté à examiner la vulnérabilité des systèmes informatiques à l'égard des escrocs et des intrus informatiques. Des explications ont été données sur les relations entre la cybersécurité et la cyberfraude: les pouvoirs publics, les entreprises et les particuliers faisaient partie du réseau et devaient chacun jouer leur rôle dans la prévention des fraudes et de l'intrusion dans les réseaux.

21. Il a été signalé que les réseaux informatiques étaient particulièrement vulnérables aux malfaiteurs, en raison d'un accès plus large à Internet qui leur permettait d'attaquer des réseaux appartenant aux pouvoirs publics, à des entreprises et à des particuliers. Il a été indiqué que la meilleure façon de faire échec à de telles attaques consistait à sensibiliser les utilisateurs d'Internet aux possibilités d'utiliser frauduleusement leurs transactions.

22. La cybersécurité revêtait une importance particulière pour les entreprises, qui étaient tenues d'assurer la confidentialité des informations personnelles relatives à leurs clients. À cette fin, des experts avaient mis au point de nouvelles méthodes de protection des informations et d'utilisation de l'informatique judiciaire.

23. Les participants ont obtenu des informations sur une nouvelle technique de sécurité actuellement mise au point à des fins essentiellement militaires et de renseignement, mais qui pouvait aussi être utilisée pour permettre au système informatique d'une entreprise de faire croire à un malfaiteur potentiel qu'il réussissait à attaquer une entreprise, tout en donnant à celle-ci la possibilité de recueillir des informations sur lui et de parer à la menace.

24. En outre, il a été une nouvelle fois reconnu qu'Internet jouait un rôle important dans la croissance de la fraude commerciale, en permettant à des individus peu scrupuleux d'élargir leur domaine d'action et d'accroître leurs profits. En conséquence, la sécurité relative à l'Internet jouait un rôle important dans la prévention des fraudes.

E. Prévention

25. La séance du Colloque consacrée à la prévention des fraudes a permis de présenter aux participants une nouvelle méthode de prévention de la fraude commerciale au niveau régional. Un groupe de fonctionnaires de services de détection et de répression et de représentants des secteurs public et privé d'Angleterre du Nord avait créé le North East Fraud Forum (NEFF), dont l'objet était de lutter contre la fraude et la criminalité financière dans la région. Le NEFF établissait un lien entre les secteurs public et privé et les pouvoirs publics et les organisations internationales, et se réunissait en divers lieux plusieurs fois par an pour discuter de questions de prévention. Il organisait également une série d'ateliers et de cours pour informer les secteurs public et privé au sujet de la fraude

commerciale. Le NEFF reconnaissait que la fraude représentait un problème international, mais mettait l'accent sur les résultats positifs qu'il avait obtenus dans la lutte contre la fraude commerciale au niveau local.

26. Depuis sa création en 2003, le NEFF s'employait à offrir des solutions réalistes pour permettre la lutte contre la fraude commerciale, et à organiser une série de cours et d'ateliers pour former des professionnels dans ce domaine. Ses buts à long terme étaient notamment d'étudier et de mesurer la fraude, de la réduire dans la région et d'aider d'autres régions proches et situées dans le monde entier à adopter son modèle de coopération entre le secteur public et le secteur privé. Des organismes de ce type pourraient à terme être fédérés en un organisme international unique, ce qui permettrait à chaque région de s'attaquer à ses propres problèmes de fraude, tout en coopérant avec d'autres régions pour réduire les effets mondiaux de ce fléau.

27. Un représentant de la Chambre de commerce internationale (CCI) a donné des informations à jour concernant les effets estimés de la fraude commerciale sur l'économie mondiale. En Autriche, par exemple, on estimait que le préjudice dû aux activités frauduleuses s'élevait à environ 3 à 4 milliards d'euros, soit 5 à 10 % du produit intérieur brut de ce pays. Il a été affirmé qu'en fait les estimations relatives au préjudice subi étaient probablement inférieures à la réalité, étant donné que seuls 3 à 5 % des cas de fraude étaient signalés. On a également fait observer que la CCI, en particulier en Autriche, avait des liens très étroits avec les secteurs public et privé et qu'elle les utilisait pour prévenir la fraude commerciale. On a aussi indiqué que, pour prévenir la fraude commerciale, il serait également utile d'étudier de façon plus approfondie les causes systémiques qui la permettaient et l'encourageaient.

28. Un certain nombre de participants ont manifesté de l'intérêt pour le NEFF. Cependant, on s'est interrogé sur la mesure dans laquelle des informations pouvaient être échangées entre les secteurs public et privé. On a fait observer que la législation locale pouvait être utile à cet égard, de même que la conclusion de mémorandums d'accord entre les diverses organisations qui participaient au NEFF.

29. On s'est également demandé s'il était possible de définir la fraude commerciale et, dans l'affirmative, de quelle façon. Il a été signalé qu'en *common law*, les théories de la fraude selon le droit de la responsabilité délictuelle et le droit des contrats permettaient des mesures d'exécution et un recouvrement sans recours au système de droit pénal; cependant, comme la fraude commerciale avait généralement une dimension pénale et une dimension civile, il fallait tenir compte de l'une et de l'autre pour aider le secteur privé à protéger ou à défendre ses droits en cas de manquement grave aux règles applicables en matière commerciale. La difficulté de la définition de la fraude est également abordée plus loin, au paragraphe 64.

F. Transports

30. La séance du Colloque consacrée à la fraude en matière de transports a commencé par un examen de la fraude maritime. On a fait observer que les transports maritimes offraient un vaste champ d'action à des personnes peu scrupuleuses, en raison de la complexité des transactions et de l'utilisation de documents négociables. Il était possible d'exploiter frauduleusement des déficiences

relatives à quatre des conditions commerciales essentielles auxquelles les documents négociables devaient répondre, notamment quand le cadre juridique était incertain: la fiabilité du chargeur et du transporteur; la fiabilité du contenu du document (en particulier la description des marchandises); l'exclusivité du droit du porteur du document; et la disponibilité du document lorsqu'il était nécessaire au lieu de destination des marchandises.

31. Les participants ont obtenu des informations concernant un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] (le projet d'instrument), dont discutait le Groupe de travail III (Droit des transports) de la CNUDCI et qui portait spécifiquement sur chacune de ces déficiences potentielles.

32. Selon la version actuelle du projet d'instrument, le transporteur devait être bien identifié et localisable, faute de quoi le propriétaire du navire était considéré comme le transporteur; en outre, en raison de la responsabilité conjointe des transporteurs effectif et contractuel, il était possible d'exercer un recours portant sur les avoirs du transporteur effectif. Les obligations du transporteur seraient clarifiées et l'instrument prévoirait une responsabilité reposant sur la faute et un renversement de la charge de la preuve qui rendraient les recours contre le transporteur plus efficaces et plus prévisibles pour les vendeurs et les banques. Les chargeurs seraient également mieux identifiés et catégorisés, et leurs obligations et responsabilités seraient clarifiées, ce qui devrait réduire les possibilités de fausses déclarations frauduleuses.

33. Le projet d'instrument visait également à réglementer de façon détaillée le contenu des documents, afin de réduire autant que possible les incertitudes actuelles. Il abordait également la transférabilité des droits représentés par un document négociable, l'exercice de ces droits et les obligations liées à ces derniers. Les autres innovations incorporées dans le projet d'instrument étaient l'inclusion de dispositions sur le droit de contrôle, y compris le droit d'exiger la livraison des marchandises avant leur arrivée au lieu de destination et le droit de remplacer le destinataire par une autre personne, qui constituaient tous deux des droits importants pour la sauvegarde des intérêts d'un vendeur non payé ou d'une banque et qui pouvaient être applicables même lorsque aucun document n'avait été établi. En outre, le destinataire était tenu de retirer la marchandise s'il exerçait un droit quelconque en vertu du contrat de transport, et le porteur du connaissement avait le droit exclusif de prendre livraison des marchandises lors de leur arrivée au lieu de destination. Le projet d'instrument reconnaissait également que le porteur de bonne foi d'un connaissement devait bénéficier d'une protection, de façon à ce qu'il ne perde son droit de prendre livraison des marchandises que dans le cas où il aurait raisonnablement dû savoir que ces dernières avaient pu déjà être livrées. Cependant, il pouvait encore exister des droits autres que le droit de prendre livraison lié au document s'il résultait d'une série d'arrangements contractuels ou autres conclus avant la livraison. Enfin, le projet d'instrument prévoyait la possibilité de recourir à des documents de transport électroniques, y compris des documents négociables. Grâce à ces dispositions, notamment, le projet d'instrument tentait d'accroître la sécurité juridique pour éviter des incertitudes susceptibles de favoriser la fraude en matière de transport.

34. Outre les aspects complexes du transport maritime liés aux documents, la question de la fraude en matière de transport en général était rendue plus complexe

encore par le caractère international des transactions, le fait que le transport n'était qu'un aspect d'un contrat de vente et l'existence fréquente d'un certain nombre d'acheteurs et de vendeurs dans la chaîne.

35. Il a été signalé que le secteur du transport aérien à lui seul avait subi un préjudice détecté de plus de 300 millions de dollars des États-Unis en 2002, mais que le montant total estimé de la fraude au cours de cette année-là s'était en fait élevé à 1,5 milliard de dollars. Selon une définition proposée, une fraude touchant une compagnie aérienne était toute action qui privait celle-ci des recettes auxquelles elle avait droit, à l'insu de la compagnie ou sans son consentement. Le préjudice résultait généralement d'irrégularités et autres actes concernant l'émission de billets, les fraudes relatives aux programmes de fidélisation, les fraudes à la carte de crédit et les falsifications de billets. Le secteur des transports aériens illustrait lui aussi la difficulté de s'attaquer aux fraudes, parce que celles-ci avaient habituellement un caractère international et que le problème avait été aggravé par Internet et l'utilisation de méthodes de distribution électronique. Le représentant du secteur des transports aériens a indiqué que seule la coopération pouvait protéger les entreprises contre la fraude et que ce secteur était désireux de coopérer avec d'autres entités pour lutter contre la fraude.

G. Les assurances

36. Au cours de la séance consacrée à la fraude à l'assurance, les participants ont été informés que celle-ci pouvait prendre la forme de fausses déclarations de sinistre, de réclamations excessives ou d'une exploitation abusive d'un manque de preuves à l'occasion d'un sinistre authentique. Parmi les types plus complexes de fraude à l'assurance, il y avait le blanchiment d'argent par le biais des marchés légitimes d'assurance, lorsque des primes d'assurance étaient versées à la compagnie de réassurance du fraudeur par l'intermédiaire d'une chaîne de compagnies légitimes d'assurance et de réassurance. La lutte contre la fraude à l'assurance était très difficile étant donné que, eu égard aux définitions généralement utilisées dans les polices d'assurance, les compagnies d'assurance devaient prouver la fraude sans qu'aucun doute raisonnable puisse subsister, alors qu'elles ne disposaient pas des pouvoirs qui étaient ceux des services de détection et de répression. En outre, les aspects civils et pénaux de la fraude étaient particulièrement indissociables dans le domaine de la fraude à l'assurance et, comme indiqué plus haut au paragraphe 12, les échanges d'informations et la coopération entre les responsables de ces deux aspects pouvaient être limités et il existait souvent des priorités concurrentes entre la répression pénale et la restitution financière. Parmi les autres facteurs de complexité de la fraude à l'assurance, il fallait citer les questions de protection des données et des droits de l'homme, ainsi que la nécessité de maintenir de bonnes relations avec les clients, tout en évitant d'être victime de fraude.

37. On a également abordé la question de la façon dont les entreprises s'assuraient contre les préjudices dus à la fraude et aux infractions économiques. Il a été relevé que cette question dépendait de décisions relatives à la gestion des risques prises par chaque entreprise et que, en fonction des coûts économiques potentiels d'une fraude commerciale, il pouvait même être décidé de ne pas assurer ce risque.

38. Lorsqu'une compagnie d'assurance avait été victime d'une fraude, il lui était souvent difficile de prouver la fraude pour obtenir la réparation de son préjudice. Ici encore, on a indiqué que les compagnies avaient du mal à faire comprendre aux jurys le fonctionnement d'une police d'assurance et de leur expliquer les aspects d'une transaction donnée qui avaient un caractère frauduleux.

39. Il a été suggéré que d'autres services de détection et de répression des infractions et d'autres organismes de régulation pouvaient fournir une aide dans le cadre des enquêtes relatives aux fraudes à l'assurance. Par exemple, dans le cas de la revente de polices d'assurance-vie pour les malades en phase terminale, à laquelle participaient des intermédiaires ou des investisseurs, des organismes de régulation des transactions sur valeurs mobilières et des enquêteurs pouvaient intervenir. Il s'agissait d'un autre exemple dans lequel la coopération entre les secteurs public et privé pouvait se traduire par une action plus rapide et plus efficace contre les escrocs.

H. Recouvrement

40. Les participants au colloque ont également abordé l'importante question du recouvrement des avoirs une fois que la fraude a été découverte. Plusieurs solutions ont été proposées pour permettre aux entreprises de récupérer rapidement leurs biens avant que ceux-ci ne soient complètement dispersés et perdus. Ces solutions consistent notamment à agir rapidement, prendre des risques lors des enquêtes, travailler avec des experts reconnus, recourir à la technologie, maintenir et utiliser des réseaux de professionnels et s'appuyer simultanément sur le droit civil et le droit pénal.

41. Il a également été suggéré que les entreprises envisagent de recourir à des moyens non traditionnels de recouvrement, en plus des moyens traditionnels. Il a été dit par exemple qu'un choix rigoureux de l'action à mener permettrait à une entreprise de recouvrer plus efficacement ses avoirs, et qu'un type particulier d'action pourrait avoir plus de chances de succès dans un pays particulier. Étant donné qu'il peut y avoir des procédures précises à respecter, on a fait valoir que le maintien de relations avec des juristes de différents pays pouvait contribuer à faciliter le recouvrement. Par ailleurs, il pourrait être nécessaire de faire appel à des services privés de localisation et d'exécution, en particulier dans les pays où la coopération avec le pouvoir judiciaire est soit inadaptée, soit inefficace. Un autre moyen d'obtenir des informations et de recouvrer des avoirs est de poursuivre en justice les compagnies d'assurance et les personnes physiques ou morales qui ont organisé la structure mise en place pour disperser les avoirs. Une fois de plus, l'importance de l'informatique judiciaire a été soulignée pour ce qui est de la localisation des avoirs et de la découverte des fraudes.

42. Il a été noté que, comme les avoirs sont souvent transférés dans d'autres pays, le manque de réciprocité entre les diverses autorités nationales est un obstacle important à leur recouvrement. Alors que les traités d'entraide judiciaire sont utiles dans certaines circonstances, on a proposé d'encourager une généralisation de la coopération judiciaire pour permettre aux entreprises de recouvrer leurs avoirs de façon plus efficace, et la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale a été citée pour les

dispositions qu'elle comporte sur la coopération judiciaire. Il a une fois de plus été noté qu'une plus grande coopération entre le secteur public et le secteur privé apporterait aussi une aide considérable pour le recouvrement des avoirs. Un autre facteur qui complique encore ce recouvrement est le secret bancaire, excuse invoquée pour ne pas coopérer. Il a également été préconisé, pour mettre fin à la fraude, de ne plus tolérer la corruption ordinaire ni la corruption judiciaire. Il a aussi été noté que la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et la Convention des Nations Unies contre la corruption (voir par. 7 ci-dessus) comportent des dispositions relatives au recouvrement des avoirs.

I. Blanchiment de capitaux

43. Il a été noté lors de la séance sur le blanchiment de capitaux que les règles internationales en la matière étaient à l'origine prévues pour permettre le recouvrement du produit du trafic illicite de drogue. Les organisations internationales ont toutefois reconnu récemment que le blanchiment de capitaux était un problème en soi et qu'il devait faire l'objet d'une législation propre.

44. Le principal ensemble de règles instituées à l'intention des États en matière de blanchiment sont les quarante Recommandations du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux qui établissent un cadre complet de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Les recommandations offrent aux États membres une série de normes et de procédures à suivre pour établir et appliquer leurs propres règles en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Ces recommandations élargissent la définition des actes illégaux, dont le produit devrait faire l'objet de lois relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux. Elles créent par ailleurs un cadre pour l'entraide et la coopération internationales.

45. De plus, la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée a récemment défini le blanchiment d'argent en élargissant l'éventail des actes illégaux à toutes les infractions graves au-delà des simples affaires de drogue. Par ailleurs, ses dispositions couvrent aussi bien le blanchiment de biens que le blanchiment d'argent.

46. Il a été souligné qu'il était important que les banques connaissent leurs clients et surveillent leurs comptes. D'ordinaire, les services de contrôle interne des établissements bancaires peuvent surveiller des opérations particulières, mais les progrès techniques récents rendent possible le contrôle des opérations suspectes en général. Les entreprises doivent également surveiller leurs comptes et leurs opérations et rechercher celles qui semblent suspectes ou susceptibles de fraude. De plus, le devoir de vigilance étant un moyen de défense contre certaines actions, il est important que les banques ou les entreprises soient à même d'apporter la preuve qu'elles ont appliqué des procédures appropriées et établi des mécanismes de protection adéquats.

47. On a noté la jonction entre terrorisme, blanchiment d'argent et fraude. Les participants ont de plus été informés que le Fonds monétaire international avait récemment intégré le blanchiment de capitaux à son ensemble permanent de travaux et qu'il avait conçu une méthode pour évaluer la pertinence des procédures adoptées par un pays pour se protéger contre le blanchiment de capitaux.

J. Insolvabilité

48. Durant la séance consacrée à l'insolvabilité, il a été noté que l'ajout de la fraude dans une affaire d'insolvabilité compliquait encore cette dernière et qu'il y avait deux cas principaux dans lesquels la fraude et l'insolvabilité se recoupaient. Le premier est celui où la fraude est à l'origine de l'insolvabilité et le second celui où les mécanismes juridiques disponibles en cas d'insolvabilité pourraient faciliter la lutte contre la fraude commerciale et la localisation des fonds, comme, entre autres, les pouvoirs d'exécution et la capacité du liquidateur d'annuler certaines opérations. Il a toutefois été noté que le but des règles relatives à l'insolvabilité était de permettre aux créanciers de prendre, en toute connaissance de cause, des décisions quant à leur façon de procéder et que, d'une façon générale, il ne serait pas réaliste de créer des règles spécifiques à l'insolvabilité pour lutter contre la fraude.

49. On a évoqué le fait que certains États disposaient d'un cadre juridique permettant de s'attaquer à la fraude dans le domaine de l'insolvabilité, mais qu'il fallait améliorer son application ainsi que la mise à disposition de professionnels de l'insolvabilité vigilants et spécialisés, y compris de juges, et mieux contrôler l'usage abusif des mécanismes juridiques. Les participants ont une fois de plus souligné l'importance de la coordination et de la courtoisie internationales ainsi que de la coopération entre le secteur public et le secteur privé dans la lutte contre la fraude en matière d'insolvabilité. Il a été noté que dans ce domaine, la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale[5] était un outil précieux et fonctionnel. Elle encourage et prévoit expressément l'assistance, la reconnaissance et la coopération entre les pays dans le cas où une entité insolvable a des biens ou des dettes dans plus d'un État. Il a également été observé que la Loi type serait bien plus efficace si elle était adoptée à grande échelle.

K. Poursuites

50. Durant la séance consacrée aux poursuites en cas de fraude, il a une fois de plus été noté que l'un des principaux problèmes auxquels les enquêteurs et les procureurs sont la plupart du temps confrontés est la difficulté à prouver les fraudes, en raison à la fois d'un accès limité aux éléments de preuve et de la sophistication des stratégies mises en œuvre. De plus, la coopération avec les gouvernements et les organismes étrangers permettrait souvent au parquet d'avoir l'accès nécessaire aux éléments de preuve et aux informations au sujet de l'opération, mais cette coopération est souvent difficile à obtenir.

51. Pour ce qui est des fraudes relatives aux investissements à haut rendement, il a été noté que plusieurs facteurs étaient caractéristiques de ces opérations et qu'ils pouvaient être établis par voie d'expertise ou en comparant l'opération frauduleuse avec des opérations légitimes. Ainsi, des termes comme "fonds clairs et propres d'origine non criminelle", "investissement à haut rendement" ou encore "bons à moyen terme négociables" ou "les dix premières banques du monde" apparaissent

---

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

dans un grand nombre d'opérations frauduleuses. Ces systèmes s'appuient souvent sur la réputation d'organisations internationales ou d'instruments commerciaux légitimes, des locaux impressionnants ou une adresse à l'étranger pour produire une impression de crédibilité afin de persuader la victime de l'authenticité de la proposition qui lui est faite.

52. Il a été noté qu'un certain nombre d'organisations avaient créé des sites Web pour mettre en garde le public face à la nature frauduleuse de ces systèmes ou l'emploi à mauvais escient du nom de l'organisation ou de produits légitimes. C'est notamment le cas de la Banque mondiale, de la Chambre de commerce internationale et du United States Department of the Treasury Bureau of the Public Debt (Bureau de la dette publique du Département du trésor américain).

53. Enfin, malgré la réticence des victimes à reconnaître qu'elles ont été flouées, les enquêteurs et les procureurs ont fait part de plusieurs cas où ils avaient réussi à convaincre les victimes d'admettre leur infortune en leur faisant signifier par les services locaux de détection et de répression un document dans lequel il était affirmé qu'elles auraient pris part à un système frauduleux et que toute nouvelle activité de ce type donnerait lieu à des poursuites à leur encontre.

L. Passation de marchés

54. Durant la séance consacrée à la fraude lors des passations de marchés, il a été indiqué que l'on pouvait en général distinguer deux types de fraude: celle où la société à l'origine de la passation de marché est trompée par un fraudeur (*inward fraud*), et celle où une société est complice et accepte de faire partie du système frauduleux (*outward fraud*). Il a été noté que si la coopération entre le secteur public et le secteur privé était généralement bonne lorsqu'il s'agissait de prévenir et de mettre au jour les fraudes du premier type, il n'y avait que peu d'assistance ou d'incitation en matière de prévention et d'enquête s'agissant du deuxième type de fraude. De plus, il a été indiqué qu'un grand nombre de sociétés multinationales favorisaient en fait l'exportation de la fraude en pratiquant toute forme de corruption et des prix excessifs. On estime que seulement 20 % des fraudes lors des passations de marchés sont connues du public, que 20 % d'entre elles sont connues de quelques personnes et que 40 % sont ignorées de tous.

55. Certaines formes de fraudes caractéristiques des passations de marchés sont par exemple les suivantes: des services qui ne sont jamais exécutés, des manquements aux clauses du contrat, la participation de sociétés écrans pour détourner de l'argent, des biens qui n'existent pas ou qui sont surfacturés, l'inexécution des conditions du contrat et le vol caractérisé. On a étudié différentes stratégies propres à prévenir et identifier les fraudes et les fraudeurs, et souligné par exemple l'importance de la séparation des tâches entre diverses personnes au sein de l'entreprise. Un autre aspect de ce type de fraude est la logique du "doigt dans l'engrenage", qui débute par quelques cadeaux pour les clients et débouche progressivement sur toute forme de corruption.

56. Il a également été noté que l'idée maîtresse du corpus relativement important des travaux de la CNUDCI dans le domaine de la passation de marchés était d'assurer la transparence et l'équité de cette procédure, et donc au moins

implicitement de tenter de réduire ou d'éliminer la fraude. Il a de plus été préconisé de se pencher sur la question de la fraude lors de la privatisation de biens publics.

M. Rôle des professionnels

57. Durant la discussion sur le rôle des professionnels dans le cas de la fraude commerciale, les participants au Colloque ont été informés de l'exemple concret d'un ordre professionnel autonome qui a pris ses propres mesures de lutte contre la fraude et la malhonnêteté dans la profession. La Law Society of England and Wales a établi une cellule de renseignement sur la fraude dont les objectifs sont les suivants: tisser des liens avec les établissements financiers et les services de répression, obtenir et compiler des renseignements, enquêter et faire respecter les règles, créer un groupe d'enquêtes judiciaires et se donner les moyens d'utiliser préventivement les compétences légales. Un réseau de groupes des secteurs public et privé a été constitué aux fins de signalement des fraudes, de liaison et d'entraide. La Law Society s'intéresse tout particulièrement à la fraude hypothécaire, la fraude sur avances d'honoraires, la fraude à l'assistance judiciaire, la fraude relative aux investissements à haut rendement et aux activités de blanchiment de capitaux.

58. Les participants ont relevé que l'implication de professionnels, tels des juristes ou des comptables, a une influence considérable sur l'ampleur et la réussite de cas de fraude commerciale, et qu'en maints endroits les mécanismes de réglementation et de discipline n'ont pas été adaptés pour traiter le cas des professionnels qui se livrent systématiquement à la fraude commerciale. Il a également été noté que la participation de professionnels dans des affaires de fraude posait un problème particulier en ce qu'elle donnait une légitimité à la fraude et, par conséquent, la perpétuait. Il a été proposé que l'on encourage l'élaboration de lignes directrices types pour aider les ordres professionnels à faire face à de telles situations.

N. Valeurs mobilières

59. Durant la séance consacrée à la fraude boursière, il a été dit que si le délit d'initié était souvent perçu comme le principal problème dans ce domaine, l'un des actes les plus graves et les plus préjudiciables était en fait la diffusion d'informations financières fausses ou trompeuses. Rien que pour les États-Unis d'Amérique, la Securities and Exchange Commission avait engagé, entre 1997 et 2002, plus de 200 procédures de sanction contre plus de 150 entreprises et 700 personnes, lesquelles avaient abouti à plus de 500 actions disciplinaires pour contravention aux règles d'information financière. Il a été indiqué aux participants qu'en matière de présentation de l'information financière, la constatation des produits, la constatation des charges et la comptabilité relative aux regroupements d'entreprises étaient les opérations les plus exposées à la fraude, mais qu'il existait de nombreuses autres infractions mineures.

60. Les membres des conseils d'administration étaient souvent impliqués dans la fraude boursière, en manquant à leurs obligations fiduciaires, en adoptant des pratiques comptables agressives, en se trouvant dans des situations de conflit d'intérêts inacceptables, en réalisant de nombreuses opérations non comptabilisées et non dévoilées, en percevant des rémunérations excessives et en manquant

d'indépendance. Par ailleurs, les principales violations commises par les auditeurs étaient la fraude caractérisée, le manquement aux obligations d'information et le non-respect des règles de déontologie. On a de nouveau observé que l'implication de professionnels tels que les experts-comptables conférait de la crédibilité aux fraudeurs et leur permettait de poursuivre leurs agissements, et que l'autoréglementation des professions concernées était sans doute inefficace. Les procédures de sanction dans de tels cas revêtaient généralement la forme de procédures administratives fondées sur les règles des organismes de réglementation boursière et débouchaient souvent sur des poursuites au civil et au pénal.

61. Il a été également déclaré qu'un grand nombre de poursuites pour fraude avaient été engagées par ces mêmes organismes et qu'une coopération internationale existait entre eux mais devait être renforcée. Il a été estimé qu'en tout état de cause un accroissement des échanges d'informations, par exemple, en ce qui concerne les bases de données mises sur pied, faciliterait dans une large mesure la répression et la prévention de la fraude commerciale.

III. Conclusions et travaux futurs proposés

62. De l'avis d'une grande majorité de participants, la Commission avait bien fait de convoquer un colloque sur la fraude commerciale internationale et avait contribué à poser un premier jalon important dans la reconnaissance de ce problème. Il a été convenu que ce colloque avait dissipé tout doute subsistant quant à l'étendue de la fraude commerciale et à ses graves conséquences pour tous les pays, régions, économies et secteurs d'activité, quel que soit le niveau de développement économique ou le régime politique. Chacun des domaines examinés par les participants avait été gravement touché par la fraude commerciale.

63. Il a également été convenu que la sensibilisation et la formation jouaient un rôle de premier plan dans la prévention de la fraude et pouvaient contribuer à régler le problème du faible nombre de dénonciations. Les ressources du système de justice pénale étaient non seulement canalisées, dans de nombreux cas, vers d'autres domaines prioritaires de la répression mais étaient également inadaptées au lancement de campagnes de sensibilisation sans la coopération active du secteur privé. Il a également été admis que la prévention, qui était probablement l'outil le plus efficace contre la fraude commerciale, relevait essentiellement du droit commercial et de l'autoréglementation par les milieux d'affaires et passait par l'adoption de normes concernant notamment le gouvernement d'entreprise, la déontologie et les audits. On a estimé qu'il serait particulièrement utile d'identifier des signes communs précurseurs ou révélateurs de la fraude commerciale. Cette dernière posait par ailleurs le problème de la répartition des risques et des pertes, qui venait s'ajouter à celui du recouvrement du produit de la fraude, problèmes qui relevaient du droit commercial et qui, dans de nombreux cas, avaient une dimension internationale. Il a également été convenu que la fraude commerciale pouvait causer un préjudice disproportionné aux pays en développement et anéantir les effets bénéfiques de l'aide apportée au niveau international pour améliorer leur situation économique. Les participants ont exprimé l'espoir que la Commission continuerait à examiner le problème de la fraude commerciale d'une façon qui soit compatible avec son mandat et ses ressources.

64. Bien que, lors des travaux préparatoires qui avaient abouti à l'organisation du colloque, des progrès aient été accomplis dans l'élaboration d'une description de la fraude commerciale (voir A/CN.9/540, par. 12 à 26), l'ensemble des participants ont considéré que des travaux supplémentaires seraient nécessaires pour formuler une définition ou une description précise. Par exemple, si le blanchiment d'argent en tant que tel n'entrait probablement pas dans la définition de la fraude commerciale et si la corruption pouvait ou non y entrer selon la façon dont elle était définie, ces deux sujets revêtaient une importance considérable dans tous travaux sur la fraude commerciale. Le blanchiment d'argent découlait en outre souvent d'une fraude commerciale réussie voire pouvait être un moyen d'en faciliter la commission. La corruption, qu'elle fût ou non techniquement une forme de fraude commerciale, pouvait favoriser cette dernière.

65. Il fallait, a-t-on dit, envisager sérieusement de trouver un moyen de rassembler et de publier des statistiques et des informations sur la fraude commerciale. S'il a été admis que des problèmes d'atteinte à la vie privée pouvaient se poser s'agissant d'informations sur des personnes, il a aussi été convenu que certaines estimations et d'autres chiffres étaient accessibles au public sous diverses formes, telles que les statistiques des associations commerciales, qui n'étaient généralement connues que de groupes relativement restreints de professionnels. Il a été estimé que la collecte de ces chiffres contribuerait considérablement à la compréhension de la nature et de l'ampleur de la fraude commerciale ainsi qu'à l'analyse des coûts et avantages relatifs de sa prévention et de sa répression. On a en outre considéré que la communication au public de renseignements sur les types de fraude et leurs caractéristiques ainsi que de liens vers d'autres sources d'information serait considérablement utile pour lutter contre la fraude commerciale.

66. Les participants ont insisté sur le fait que la sensibilisation et la formation étaient particulièrement importantes et utiles dans la prévention de la fraude. Il a également été convenu que les efforts de coopération au niveau local entre la police et le secteur privé, comme dans l'exemple du NEFF, semblaient particulièrement efficaces et devaient être encouragés dans d'autres régions (voir, pour plus d'informations, par. 25 à 28 ci-dessus).

67. Il a été généralement admis que la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et la Convention des Nations Unies contre la corruption marquaient une étape importante dans le développement du droit international en contribuant à une plus grande prise de conscience et à une prévention plus efficace de la fraude commerciale et des activités l'accompagnant et en favorisant la coopération internationale dans ce domaine et en matière de recouvrement d'avoirs. La Commission souhaiterait peut-être faire siennes ces deux conventions importantes et encourager les États à les signer et à les ratifier.

68. Par ailleurs, à la lumière de l'exposé présenté par l'ONUDC (voir par. 6 ci-dessus) et compte tenu du manque de données solides sur la fraude commerciale, la Commission souhaiterait peut-être proposer à la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale qu'elle envisage de réaliser une étude sur cette forme de criminalité, par l'intermédiaire de l'ONUDC et en concertation avec elle, en vue du onzième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et la justice pénale. Cette étude permettrait d'examiner et de mieux connaître les aspects de droit pénal et de justice pénale de la fraude commerciale et leurs incidences sur les

aspects de droit commercial et vice versa ainsi que de définir la coopération internationale nécessaire pour remédier à ce problème.

69. Étant donné les progrès techniques réalisés et l'expérience acquise dans l'application de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services[6], il a été proposé que la Commission s'intéresse également au droit des marchés, en priant notamment le Groupe de travail I (Passation de marchés) de passer en revue certaines dispositions de la Loi type et de son guide pour l'incorporation dans le droit interne (A/CN.9/403). Il a été suggéré que, lors de sa prochaine session, le Groupe de travail examine tout particulièrement la question de la fraude commerciale sous l'angle de la gestion de l'intégrité et de la prévention de la corruption. Il a été dit, notamment, que le Groupe de travail pourrait tirer parti des exposés présentés sur ces questions, ainsi que de l'expérience des institutions financières internationales (telles que la Banque mondiale) et de la Fédération internationale des ingénieurs-conseils, avec qui la CNUDCI avait travaillé avec succès par le passé.

70. De même, le Groupe de travail III (Droit des transports) pourrait tirer profit d'un exposé comme celui présenté lors du Colloque, qui mettait en évidence les risques de fraude commerciale dans le domaine du commerce maritime et des connaissements. La question pourrait être particulièrement intéressante pour le Groupe de travail, étant donné qu'il s'employait, dans son projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] (A/CN.9/WG.III/WP.32), à mettre fin à différentes situations qui s'étaient avérées propices à la commission de fraudes commerciales.

71. Il a également été estimé que le risque de fraude commerciale dans le commerce électronique était un sujet que la Commission pourrait examiner en temps utile. Par exemple, elle pourrait analyser les textes législatifs et autres existant en matière de commerce électronique (tels que les contrats types et les modèles de protocoles) afin de déterminer s'ils étaient suffisamment solides pour contribuer à la prévention de la fraude. Il serait également possible d'envisager des règles de conduite dans les cas où, par exemple, un fraudeur utilisait un site Web pour escroquer ses victimes et où les services de répression voulaient que le fournisseur d'accès à Internet ferme ce site. L'expérience de ces services de répression dans des cas de fraude analogues, dans lesquels l'interaction entre répression pénale, d'une part, et droits, obligations et responsabilités contractuels commerciaux, d'autre part, a été prise en compte, peut également être instructive à cet égard.

---

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

XI. QUESTIONS DIVERSES

Note du Secrétariat sur les partenariats entre l'Organisation des Nations Unies et les acteurs non étatiques, en particulier le secteur privé: évolution récente dans le système des Nations Unies et incidences éventuelles sur les travaux de la Commission

(A/CN.9/564) [Original: Anglais]

1. La présente note a pour objet d'appeler l'attention de la Commission sur le rapport du Secrétaire général à la cinquante-huitième session de l'Assemblée générale (2003), intitulé "Renforcement de la coopération entre l'Organisation des Nations Unies et tous les partenaires concernés, en particulier le secteur privé" (A/58/227)[1] et sur les mesures prises par l'Assemblée générale à la suite de ce rapport.

2. Dans son rapport (A/58/227), le Secrétaire général a fait le point de l'évolution récente en ce qui concerne les partenariats entre l'Organisation des Nations Unies et les acteurs non étatiques[2]; il a conclu que les partenariats, revêtant des formes inédites et diverses, faisaient désormais partie intégrante du travail de bien des organismes du système des Nations Unies et offraient la possibilité de compléter les efforts déployés par l'Organisation pour atteindre ses objectifs, tout en contribuant dans le même temps à sa rénovation par les méthodes de travail neuves qu'ils y introduisent[3]; il a formulé des propositions sur la façon de tirer le meilleur parti des avantages que les partenariats peuvent procurer; et a souligné la nécessité pour les gouvernements et les organismes des Nations Unies de continuer à encourager et à soutenir les approches et les initiatives qui semblent promises au succès[4]. Le Secrétaire général envisage de créer un nouveau Bureau pour les partenariats qui veillerait à assurer une approche plus cohérente et plus systématique de la mise en place de partenariats entre l'ONU et les acteurs non étatiques, et ce dans l'ensemble du système des Nations Unies.

---

[1] Le rapport a été soumis au titre du point de l'ordre du jour intitulé "Vers des partenariats mondiaux", inscrit à l'ordre du jour de l'Assemblée générale depuis sa cinquante-cinquième session, en 2000. Pour les résolutions adoptées au titre de ce point de l'ordre du jour, voir les résolutions A/res/55/215, A/res/56/76 et A/res/58/129.

[2] L'impulsion pour la mise en place de partenariats entre l'ONU et les acteurs non étatiques vient de la Déclaration du Millénaire (résolution 55/2 de l'Assemblée générale), dans laquelle les chefs d'État et de gouvernement, dans l'optique d'une Organisation des Nations Unies plus efficace, se sont engagés à établir des partenariats entre l'ONU, les gouvernements et les acteurs non étatiques pour aider à atteindre les objectifs de l'Organisation (ibid., par. 30).

[3] Pour les rapports antérieurs du Secrétaire général qui examinent la question des partenariats dans le contexte de la réforme et de la rénovation de l'Organisation, voir le rapport du Secrétaire général "Reformer l'ONU: Un programme pour aller plus loin dans le changement" (A/51/950), Action 17; rapport du Secrétaire général "Nous, les peuples: le rôle des Nations Unies au XXIe siècle (A/54/2000), section VI.B; rapport du Secrétaire général "Coopération entre l'Organisation des Nations Unies et tous les partenaires concernés, en particulier le secteur privé" (A/56/323); rapport du Secrétaire général "Renforcer l'ONU: Un programme pour aller plus loin dans le changement " (A/57/387), section IV.C; ainsi que les rapports annuels du Secrétaire général à l'Assemblée générale sur l'activité de l'Organisation (A/56/1(Supp), A/57/1(Supp) et A/58/1(Supp)).

[4] A/58/227, résumé.

3. Dans sa résolution 58/129, adoptée après l'examen du rapport du Secrétaire général (A/58/227), l'Assemblée générale encourage les organes et organismes des Nations Unies et invite les institutions issues de Bretton Woods, ainsi que l'Organisation mondiale du commerce, à continuer d'envisager le recours éventuel aux partenariats pour mieux mettre en œuvre leurs objectifs et programmes. On trouvera également dans cette résolution des consignes pour ce qui est de l'élaboration des principes et démarches régissant ces partenariats [5]. Ceux-ci devraient notamment s'inspirer des finalités et principes des Nations Unies, tels qu'énoncés dans la Charte des Nations Unies; une approche commune systématique des partenariats devrait intégrer les principes suivants: i) vision commune; ii) transparence; iii) aucun avantage indu à l'un quelconque des partenaires de l'ONU; iv) réciprocité des avantages et respect de tous; v) responsabilité; vi) respect des modalités qui sont celles des Nations Unies; vii) équilibre de la représentation des partenaires de pays développés, de pays en développement et de pays à économie en transition; viii) équilibre sectoriel et géographique; et ix) conservation de l'indépendance et de la neutralité du système des Nations Unies en général et des organismes spécialisés en particulier. L'Assemblée générale souligne également que les partenariats se doivent d'être compatibles avec les lois et stratégies et plans de développement nationaux, ainsi qu'avec les priorités des pays dans lesquels des partenariats sont mis en place, et se doivent d'être conçus et mis en œuvre dans la transparence et la responsabilité. L'Assemblée générale en appelle à tous les organes du système des Nations Unies parties à un partenariat pour qu'ils veillent à l'intégrité et à l'indépendance de l'Organisation et qu'ils donnent une information sur les partenariats dans leurs rapports réguliers, selon qu'il convient, sur leurs sites Web mais aussi par d'autres moyens.

4. La Commission a une longue habitude des relations avec les acteurs non étatiques. D'une manière générale, ces relations ont été forgées dans le but de faire participer les acteurs non étatiques à l'élaboration des textes adoptés par la Commission, notamment en les invitant à assister aux sessions de la Commission et à ses groupes de travail intergouvernementaux, mais aussi en assurant une publicité aux textes adoptés par la CNUDCI et en offrant une assistance technique dans les domaines visés par ces textes. Il a été relevé à plusieurs reprises durant ce processus de consultation que la participation des organisations non gouvernementales internationales aux délibérations de la Commission et de ses groupes de travail était décisive pour la qualité des textes auxquels la Commission travaillait et pour l'acceptation de ces textes.

---

[5] Pour le Secrétaire général, la mise au point d'outils et de directives généraux sur les partenariats constitue l'un des défis à relever à l'avenir. Jusqu'à présent, les partenariats ont été, dans l'ensemble, régis par des directives internes des organes de l'ONU, lesquelles s'inspiraient de directives spécifiques sur la coopération entre l'ONU et le monde des entreprises, adoptées par le Secrétaire général en juillet 2000 (document A/56/323, annexe III). L'expérience concrète acquise depuis l'adoption de ces directives fait actuellement l'objet d'un bilan, et ce dans l'idée de mettre à jour les directives et, à terme, d'améliorer la dynamique des partenariats, tout en veillant à assurer la sécurité et l'indépendance de l'Organisation. Ce bilan est effectué par un groupe de personnalités que le Secrétaire général a nommées en février 2003. Ce groupe a été chargé de faire le bilan des pratiques actuelles et passées et d'élaborer un ensemble de recommandations concrètes sur la manière de donner un sens plus fort aux rapports entre la société civile et l'ONU.

5. Dans son rapport sur l'évaluation approfondie du programme relatif aux affaires juridiques, le Bureau des services de contrôle interne a insisté sur la nécessité d'une participation plus active des acteurs non étatiques à la mise en œuvre de différents volets du mandat de la Commission[6]. Le Bureau a recommandé que, dans le but de renforcer la coordination avec les organismes de droit commercial et assurer une approche concertée des questions communes, le Secrétariat de la Commission devrait organiser tous les ans une réunion avec les principales organisations travaillant sur les questions de droit commercial, et ce pour procéder à un échange d'information et de plans de travail[7]. Le Bureau a également recommandé que le Secrétariat de la Commission élabore une stratégie pour travailler de concert avec les organismes de financement soutenant les programmes à vocation commerciale afin d'accroître la diversité et le champ d'application de son assistance technique dans le domaine de la réforme du droit commercial visant à promouvoir l'appréciation des textes de la CNUDCI et le recours à ces derniers, que la Commission mette au point une stratégie pour attirer de nouvelles contributions au fonds d'affectation spéciale de la CNUDCI et qu'elle étudie la possibilité de s'assurer de nouvelles sources de financement de la part du secteur privé[8].

6. Comme il est indiqué dans la note du Secrétariat à la trente-septième session de la Commission (A/CN.9/560), les moyens dont dispose la CNUDCI ont depuis peu été renforcés, permettant à la CNUDCI d'assumer des fonctions dans les domaines de l'assistance technique en matière législative et de la diffusion d'une information sur l'évolution dans le domaine du droit commercial international et lui permettant aussi de coordonner les travaux des organisations internationales œuvrant dans le secteur du commerce international de manière efficace et en temps opportun.[9] Les partenariats avec les acteurs non étatiques, y compris le secteur privé, peuvent jouer dans l'exercice de ces fonctions, notamment quand il s'agit de mettre en place des activités conjointes et de trouver des sources de financement et d'assistance technique. Par ailleurs, forte de son autorité de convocatrice, de sa neutralité, de son intégrité, de son expertise et de sa capacité à motiver États et acteurs non étatiques, la Commission est a même de jouer un rôle actif en qualité de créateur de nouvelles structures et en qualité de facilitateur permettant de promouvoir les partenariats existants et de forger de nouveaux partenariats, notamment entre acteurs non étatiques des pays développés et de ceux des pays en développement, et de faire office d'interlocuteur privilégié dans le cadre de débats favorisant l'harmonisation et la modernisation du droit commercial international. D'autres partenariats qui peuvent exister dans le système des Nations Unies, en particulier ceux qui sont déjà en place et qui possèdent des réseaux dans différentes régions du monde, peuvent également présenter de l'intérêt pour les travaux de la Commission. Au nombre de ceux-ci, le Pacte mondial est en passe de devenir un cadre général de valeurs pour les partenariats conclus entre l'ONU et le monde des entreprises. Lancé en juillet 2000 et regroupant cinq des principaux organismes des Nations Unies (BIT, PNUE, Bureau du Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, PNUD et ONUDI, auxquels se sont associés d'autres organismes

[6] E/AC.51/2002/5.
[7] Ibid., recommandation 13.
[8] Ibid., recommandation 14.
[9] A/CN.9/560, par. 4.

des Nations Unies), des entreprises privées du monde entier, des centrales syndicales internationales, des organisations non gouvernementales et des établissements universitaires, le Pacte mondial cherche à promouvoir une conscience sociale chez les entreprises en intégrant dans la pratique des entreprises neuf des grands principes ayant recueilli l'adhésion universelle dans les domaines des droits de l'homme, du travail et de l'environnement, par le biais de tout un ensemble d'actions et de mécanismes d'engagement. Les principes retenus l'ont été dans un premier temps pour avoir été élaborés dans le cadre d'accords internationaux conclus entre gouvernements puis pour avoir une valeur opérationnelle et stratégique dans le cadre du secteur privé. En vertu des principes régissant les droits de l'homme, les entreprises sont tenues: i) de défendre et de respecter la protection des droits de l'homme institués au niveau international (*Principe 1*); et (ii) s'assurer qu'elles ne se rendent complices d'aucune violation des droits de l'homme (*Principe 2*). En vertu des principes régissant les normes de travail, les entreprises se doivent de défendre: i) la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective (*Principe 3*); ii) l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire (*Principe 4*); iii) l'abolition effective du travail des enfants (*Principe 5*); et iv) l'élimination de la discrimination dans l'emploi et les métiers (*Principe 6*). Les trois derniers principes retenus touchent au domaine de l'environnement et prévoient que les entreprises doivent i) favoriser le principe de précaution dans l'approche des défis environnementaux (*Principe 7*); ii) prendre des initiatives visant à encourager une plus grande responsabilité vis-à-vis de l'environnement (*Principe 8*); et iii) favoriser la mise au point et la diffusion de technologies respectueuses de l'environnement (*Principe 9*)[10].

7. La Commission souhaitera peut-être passer en revue ses méthodes de travail et celles de son Secrétariat dans le contexte de la présence des acteurs non étatiques en qualité d'observateurs aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail; à cet égard, la Commission voudra peut-être relever que l'utilité de cette participation a été largement reconnue et que cette participation a beaucoup contribué à la qualité des textes de la Commission et à l'acceptation de ces derniers. En outre, la Commission voudra peut-être envisager de forger des partenariats avec des acteurs non étatiques dans le cadre de la multiplication des activités d'assistance technique de la Commission dans le domaine législatif. Elle voudra peut-être également appeler l'attention des États Membres et des observateurs sur les initiatives prises dans l'ensemble du système des Nations Unies dans le but d'aider les entreprises privées à gérer leurs entreprises en tenant compte des intérêts de la collectivité. La Commission pourrait recommander que les États Membres et les observateurs fassent connaître ces initiatives dans leur propre pays et encouragent le débat sur la responsabilité sociale globale des entreprises, aux plans tant national qu'international.

[10] A/56/323, appendice I.

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

[Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10]

II. NOTE EXPLICATIVE RELATIVE À LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LA CESSION DE CRÉANCES DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL*

(A/CN.9/557) [Original: Anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-6
II. Champ d'application 7-20
A. Cession/cédant-cessionnaire-débiteur/créance 7-9
B. Pratiques visées 10
C. Exclusions et autres limitations 11-13
D. Définition d'"internationalité" 14-15
E. Facteurs de rattachement pour l'application de la Convention 16-18
F. Définition du lieu de situation 19-20
III. Dispositions générales 21-23
A. Définitions et règles d'interprétation 21
B. Autonomie des parties 22
C. Interprétation 23
IV. Effets de la cession 24-29
A. Validité quant à la forme et quant au fond 24-25
B. Limitations légales 26
C. Limitations contractuelles 27-28
D. Transfert de droits garantissant le paiement des créances cédées 29
V. Droits, obligations et exceptions 30-53
A. Cédant et cessionnaire 30-34
1. Autonomie des parties et pratiques 30
2. Garanties 31
3. Notification et instructions de paiement 32-33
4. Droits sur le produit 34

* La présente note a été établie pour information par le secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Il ne s'agit pas d'un commentaire officiel de la Convention.

B. Débiteur 35-46
1. Protection du débiteur 35-36
2. Paiement libératoire du débiteur 37-42
3. Exceptions et droits à compensation du débiteur 43
4. Renonciation aux exceptions 44
5. Modification du contrat initial 45
6. Recouvrement des paiements par le débiteur 46
C. Tiers 47-53
1. Loi applicable à la priorité sur des créances 47-49
2. Exceptions fondées sur la loi impérative et sur l'ordre public 50
3. Loi applicable à la priorité sur le produit 51
4. Règles de droit matériel sur la priorité 52
5. Accords de cession de rang 53
VI. Autres règles de conflit de lois 54-59
A. Champ d'application et objet 54-55
B. Loi applicable à la forme du contrat de cession 56
C. Loi applicable aux droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire . . . 57
D. Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur 58
E. Loi applicable à la priorité 59
VII. Clauses finales 60

I. Introduction

1. La Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international a été adoptée et ouverte à la signature par l'Assemblée générale dans sa résolution 56/81 du 12 décembre 2001[1]. Elle a été élaborée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international[2].

[1] De ses vingt-sixième à vingt-huitième sessions (1993-1995), la Commission a examiné trois rapports du Secrétaire général, publiés respectivement sous les cotes A/CN.9/378/Add.3 (*Annuaire de la CNUDCI, volume XXIV: 1993* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.16)), A/CN.9/397 (Annuaire de la CNUDCI, volume XXV: 1994 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.20)) et A/CN.9/412 (*Annuaire de la CNUDCI, volume XXVI: 1995* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.96.V.8)). On trouvera un compte rendu de cet examen dans ses rapports sur les travaux de ses vingt-sixième à vingt-huitième sessions (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17), par. 297 à 301 (*Annuaire de la CNUDCI, volume XXIV: 1993*) (op. cit.); ibid., *quarante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/49/17), par. 208 à 214 (*Annuaire de la*

2. La Convention a pour principal objectif de favoriser l'offre de capitaux et de crédit à des taux plus abordables au niveau international et de faciliter ainsi les échanges de marchandises et de services entre pays. Pour ce faire, elle réduit l'insécurité juridique créée par un certain nombre de questions qui se posent dans le cadre d'importantes opérations de financement par cession de créances, telles que les prêts adossés à des éléments d'actif, l'affacturage, l'escompte de factures, le forfaitage et la titrisation, ainsi que d'opérations dans lesquelles aucun financement n'est accordé.

3. La Convention énonce des principes et adopte des règles concernant la cession de créances. En particulier, elle supprime l'interdiction faite par la loi de céder des créances futures et des créances qui ne sont pas précisément identifiées (cession d'un ensemble de créances). Elle supprime également les limitations contractuelles à la cession de créances commerciales, convenues entre les parties au contrat donnant naissance aux créances cédées, et précise l'effet d'une cession sur les droits garantissant le paiement desdites créances. Elle reconnaît en outre l'autonomie des parties et prévoit un ensemble de règles facultatives applicables en l'absence de convention entre les parties à la cession. Elle traite aussi des obstacles juridiques au

---

CNUDCI, volume XXV: 1994) (op. cit.); et ibid., *cinquantième session, Supplément n° 17* (A/50/17), par. 374 à 381 (*Annuaire de la CNUDCI, volume XXVI: 1995*) (op. cit.)). À sa vingt-huitième session (1995), la Commission a décidé de charger le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux d'élaborer une législation uniforme sur le financement par cession de créances. Le projet de convention a été élaboré par le Groupe de travail de ses vingt-quatrième à trente et unième sessions (un autre groupe de travail, qui a été rebaptisé pour l'occasion, a également consacré sa vingt-troisième session à l'examen du projet). Pour les rapports de ces différentes sessions, voir les documents A/CN.9/420 (*Annuaire de la CNUDCI, volume XXVII: 1996* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.89.V.7)), A/CN.9/432 et A/CN.9/434 (*Annuaire de la CNUDCI, volume XXVIII: 1997* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.6)), A/CN.9/445 et A/CN.9/447 (*Annuaire de la CNUDCI, volume XXIX: 1998* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.12), A/CN.9/455 et A/CN.9/456 (*Annuaire de la CNUDCI, volume XXX: 1999* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.00.V.9)), A/CN.9/466 (*Annuaire de la CNUDCI, volume XXXI A: 2000* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.3)) et A/CN.9/486 (*Annuaire de la CNUDCI, volume XXXII: 2001* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.04.V.4)). En ce qui concerne les documents établis par le secrétariat et examinés par le Groupe de travail à ces sessions, voir A/CN.9/WG.II/WP.87 et A/CN.9/WG.II/WP.89 (*Annuaire de la CNUDCI, volume XXVIII: 1997*) (op. cit.); A/CN.9/WG.II/WP.93 et A/CN.9/WG.II/WP.96 (*Annuaire de la CNUDCI, volume XXIX: 1998*) (op. cit.); A/CN.9/WG.II/WP.98 et A/CN.9/WG.II/WP.102 (*Annuaire de la CNUDCI, volume XXX: 1999*) (op. cit.); et A/CN.9/WG.II/WP.104 (*Annuaire de la CNUDCI, volume XXXI A: 2000*) (op. cit.).

[2] Pour en savoir plus sur la CNUDCI et ses travaux, voir son site Web (www.uncitral.org). Il est rendu compte des délibérations de la CNUDCI sur le projet de convention dans les rapports sur les travaux de ses trente-troisième (2000) et trente-quatrième (2001) sessions (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 12 à 192 (*Annuaire de la CNUDCI, volume XXXI A: 2000*) (op. cit.) et *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, supplément n° 17 et rectificatif* (A/56/17 et Corr.1 et 3), par. 13 à 200 (*Annuaire de la CNUDCI, volume XXXII: 2001*) (op. cit.)). L'annexe I du rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa trente-troisième session (A/56/17 et Corr.1 et 3) contient le projet de convention que la Commission a présenté à l'Assemblée générale. À ses trente-troisième et trente-quatrième sessions, la Commission était saisie de plusieurs versions d'un commentaire analytique du projet de convention, élaboré par le secrétariat (A/CN.9/470 (*Annuaire de la CNUDCI, volume XXXI A: 2000*) (op. cit.) et A/CN.9/489 et Add.1 (*Annuaire de la CNUDCI, volume XXXII: 2001*) (op. cit.)).

recouvrement des créances auprès de débiteurs étrangers en énonçant des règles uniformes sur des questions ayant trait au débiteur, telles que la notification, le paiement libératoire, ainsi que les exceptions et droits à compensation de ce dernier.

4. La Convention met surtout fin à l'incertitude actuelle quant à la loi applicable aux conflits entre un cessionnaire et un réclamant concurrent – tel qu'un autre cessionnaire, un créancier du cédant ou l'administrateur de l'insolvabilité du cédant – faisant tous deux valoir un droit à paiement. Pour ce faire, elle soumet les conflits de priorité à une seule et même loi, qui est facile à déterminer et qui sera très probablement celle du lieu où s'ouvrira la procédure d'insolvabilité principale visant le cédant (autrement dit le lieu de l'établissement du cédant et, lorsque celui-ci possède des établissements dans plus d'un État, la loi de l'État où s'exerce son administration centrale). La Convention traite également de la non-reconnaissance des droits sur le produit dans de nombreux pays en énonçant une règle de priorité uniforme et limitée concernant le produit, qui vise à faciliter des pratiques telles que la titrisation et l'escompte de factures non divulgué. De plus, elle donne des orientations aux États qui souhaitent moderniser leurs règles de droit matériel en matière de priorité en énonçant des règles types dans ce domaine.

5. En outre, la Convention accroît l'uniformité de la loi applicable à la cession en prévoyant une série de règles de conflit, qui visent à combler les lacunes subsistant dans ses dispositions sur des questions qu'elle régit mais qu'elle ne règle pas expressément. Ces règles peuvent s'appliquer si l'État dans lequel survient un litige a adopté la Convention.

6. On trouvera ci-après un résumé des principales caractéristiques et dispositions de la Convention.

II. Champ d'application

A. Cession/cédant-cessionnaire-débiteur/créance

7. La "cession" est définie comme le transfert par convention d'un droit réel sur des créances (art. 2). La définition recouvre à la fois la création de sûretés sur des créances et le transfert d'un droit de propriété sur des créances à des fins ou non de garantie. La Convention ne précise toutefois pas ce qui constitue un transfert pur et simple ou un transfert à titre de garantie, laissant à la loi applicable en dehors de ses dispositions le soin de le faire. Une "cession" peut prendre la forme d'une subrogation contractuelle ou d'un nantissement. Sont exclus de la définition, en revanche les transferts de plein droit (par exemple, la subrogation légale) ou d'autres cessions non contractuelles.

8. Le "cédant" est le créancier dans le contrat initial d'où naît la créance cédée. Il est soit un emprunteur (ou un tiers) cédant des créances à titre de garantie, soit un vendeur de créances. Le "cessionnaire" est le nouveau créancier, prêteur ou acheteur des créances. Le "débiteur" est l'obligé dans le contrat donnant naissance aux créances cédées ("contrat initial").

9. La Convention définit une "créance" comme un "droit contractuel au paiement d'une somme d'argent", y compris les fractions et parts indivises de ce droit. Entrent dans la définition les créances nées de tout type de contrat. S'il appartient à la législation nationale de préciser le sens exact du terme "droit contractuel", la

définition recouvre clairement les créances nées de contrats de fourniture de biens meubles corporels, de travaux de construction et de services, que ces contrats soient conclus entre entreprises ou avec des consommateurs. Sont également visés les prêts, les redevances découlant de l'octroi de licences touchant la propriété intellectuelle, les recettes provenant de routes à péage et les dommages-intérêts pour contravention à un contrat, de même que les intérêts et les créances non monétaires convertibles en sommes d'argent. Sont exclus les droits à paiement non contractuels, tels que les créances indemnitaires ou les créances fiscales.

B. Pratiques visées

10. Les termes "cession" et "créance" étant définis de manière extensive, la Convention s'applique à un large éventail d'opérations. Elle régit en particulier la cession de créances commerciales (nées de la fourniture de biens meubles corporels, de travaux de construction ou de services entre entreprises), de créances nées de l'octroi de prêts (dans le cadre d'opérations de crédit), de créances sur consommateurs (nées d'opérations impliquant des consommateurs) et de créances souveraines (nées d'opérations avec une autorité ou un organisme public). Entrent donc dans le champ d'application de la Convention les opérations de financement reposant sur des éléments d'actif (par exemple le crédit permanent et le financement d'achat). Y entrent également l'affacturage et le forfaitage sous toutes leurs formes (par exemple escompte de factures, affacturage à échéance et affacturage international). La Convention couvre aussi des techniques de financement telles que la titrisation de créances contractuelles et le financement de projets sur la base des recettes escomptées.

C. Exclusions et autres limitations

11. La Convention exclut purement et simplement certains types de créance ou de cession ou s'y applique de manière limitée. Elle exclut certaines cessions pour lesquelles il n'existe pas de marché (art. 4, par. 1), par exemple les cessions à un consommateur, mais pas la cession de créances sur consommateurs. Elle exclut également la cession des types de créance qui font déjà l'objet d'une réglementation suffisante, ou pour lesquels certaines de ses dispositions ne conviennent peut-être pas, comme les créances nées de valeurs mobilières (détenues directement ou indirectement), de lettres de crédit, de garanties indépendantes, de dépôts bancaires, d'opérations sur des produits dérivés, d'opérations de change et de systèmes de paiement (art. 4, par. 2).

12. Outre l'exclusion pure et simple de certains types de cession ou de créance, la Convention prévoit deux types de limitation. D'une part, elle n'a pas d'incidences sur les cessions de créances sous la forme d'instruments négociables, de créances sur consommateurs et de créances immobilières (art. 4, par. 3 à 5). Elle s'applique à de telles cessions, mais ne modifie pas la situation juridique de certaines parties à ce type de cession. Par exemple, la priorité d'un porteur légitime conformément à la loi régissant les instruments négociables est préservée.

13. D'autre part, la Convention limite le champ d'application des dispositions reconnaissant l'efficacité des cessions effectuées en dépit de clauses d'incessibilité et de clauses similaires (art. 9 et 10). Les articles 9 et 10 ne s'appliquent qu'aux

créances commerciales, lesquelles sont définies de manière extensive comme désignant les créances nées de la fourniture ou de la location de biens meubles corporels ou de la prestation de services autres que des services financiers (art. 9, par. 3 et art. 10, par. 4). Ils ne s'appliquent pas à la cession d'autres créances, telles que les créances nées de prêts ou de polices d'assurance. La conséquence de cette limitation du champ d'application des articles 9 et 10 est que l'efficacité d'une clause d'incessibilité dans une cession ne relevant pas de ces articles est régie par la loi s'appliquant en dehors de la Convention (à savoir, aux termes de l'article 29, la loi régissant le contrat initial).

D. Définition d'"internationalité"

14. Du fait qu'elle vise avant tout le commerce international, la Convention ne s'applique en principe qu'aux cessions de créances internationales et aux cessions internationales de créances (art. 3). Une cession est internationale si le cédant et le cessionnaire se trouvent dans des États différents. Une créance est internationale si le cédant et le débiteur sont situés dans des États différents. Le caractère international d'une cession ou d'une créance est déterminé par le lieu où se trouvent le cédant et le cessionnaire, ou le débiteur, au moment de la conclusion du contrat de cession (un changement ultérieur ne modifie pas l'application de la Convention).

15. La Convention ne s'applique généralement pas aux cessions nationales de créances nationales. Il y a toutefois deux exceptions. La première a trait aux cessions subséquentes, à savoir par exemple lorsque A cède une créance à B, puis B à C et ainsi de suite. Pour que les résultats soient cohérents, la Convention s'applique aux cessions subséquentes, que celles-ci soient internationales ou se rapportent à des créances internationales, à condition qu'une cession antérieure soit régie par ses dispositions (art. 1, par. 1 b)). La seconde exception concerne les conflits de priorité entre un cessionnaire national et un cessionnaire étranger de créances nationales (autrement dit un cessionnaire A dans un pays X et un cessionnaire B dans un pays Y; l'argent étant dû par un débiteur dans le pays Y). Pour que le rang de chaque cessionnaire puisse être déterminé avec certitude, la Convention régit le conflit de priorité entre le cessionnaire A et le cessionnaire B bien que ce dernier ait bénéficié d'une cession nationale de créances nationales (art. 5 m) et 22).

E. Facteurs de rattachement pour l'application de la Convention

16. À l'exception des dispositions relatives au débiteur (par exemple art. 15 à 21), la Convention s'applique aux cessions internationales de créances et aux cessions de créances internationales si le cédant est situé dans un État contractant (art. 1, par. 1 a)). Elle peut s'appliquer aux cessions subséquentes, qui peuvent être purement nationales même si le cédant n'est pas situé dans un État contractant, à condition qu'une cession antérieure soit régie par elle (art. 1, par. 1 b)).

17. Pour que les dispositions relatives au débiteur s'appliquent, il faut que ce dernier se trouve lui aussi dans un État contractant ou que la loi régissant les créances cédées soit la loi d'un État contractant (art. 1, par. 3). Cette règle évite que le débiteur soit soumis à un texte dont il ne pouvait avoir connaissance mais elle

n'exclut pas l'application des dispositions de la Convention qui sont sans incidences pour lui, telles que les dispositions traitant de la relation entre le cédant et le cessionnaire ou celles concernant la priorité entre réclamants concurrents. De ce fait, même si les dispositions intéressant le débiteur ne s'appliquent pas à une cession donnée, les autres dispositions de la Convention peuvent néanmoins s'appliquer à la relation entre le cédant et le cessionnaire ou le cessionnaire et un réclamant concurrent.

18. Les autres règles de conflit de la Convention peuvent s'appliquer même si le cédant ou le cessionnaire ne se trouve pas dans un État contractant à condition qu'un litige soit porté devant une juridiction d'un État contractant (art. 1, par. 4).

F. Définition du lieu de situation

19. La définition du lieu de situation a une incidence sur l'application de la Convention (à savoir sur le caractère international d'une cession ou d'une créance et sur le champ d'application territorial de la Convention). Elle a également une incidence sur la loi régissant la priorité (art. 22). La Convention définit le lieu de situation par référence à l'établissement d'une personne ou à sa résidence habituelle, à défaut d'établissement. S'écartant de la "règle de localisation" traditionnelle qui, en cas d'établissements multiples, renvoie au lieu ayant le lien le plus étroit avec l'opération considérée, la Convention prévoit que, lorsqu'un cédant ou un cessionnaire a des établissements dans plus d'un État, l'établissement pertinent est celui où s'exerce son administration centrale (en d'autres termes, l'établissement principal ou le centre des intérêts principaux). Cette approche se justifie par la nécessité de déterminer avec certitude si la Convention s'applique et quelle loi régit la priorité. En revanche, lorsqu'un débiteur a des établissements dans plus d'un État, l'établissement pertinent est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat initial. Cette approche différente a été adoptée pour le débiteur de manière que ce dernier ne soit pas surpris par l'application de règles de droit avec lesquelles le contrat initial conclu entre lui-même et le cédant n'a apparemment aucun lien.

20. Dans le cas d'opérations effectuées par l'intermédiaire de succursales, la règle de localisation renvoyant au lieu de l'administration centrale emportera l'application de la Convention et non celle de la loi de l'État où se trouve la succursale considérée, si le cédant a son administration centrale dans un État contractant. De plus, une opération peut devenir internationale et entrer dans le champ d'application de la Convention si le cessionnaire a son administration centrale dans un État autre que celui où se trouve le cédant, même si le cessionnaire a agi par l'intermédiaire d'une succursale située dans l'État où se trouve le cédant. En outre, la règle de localisation fondée sur l'administration centrale entraînera l'application de la loi du lieu où le cédant exerce son administration centrale (et non celle du lieu ayant la relation la plus étroite avec la cession) aux conflits de priorité. La nécessité de déterminer avec certitude si la Convention s'applique et quelle loi régit la priorité justifie un tel résultat. Cette règle est sans incidences pour une institution financière débitrice de la créance initiale car, dans ce cas, c'est le critère du lien le plus étroit qui sert à déterminer le lieu de situation de cette institution.

III. Dispositions générales

A. Définitions et règles d'interprétation

21. Des termes importants tels que "créance future", "écrit", "notification de la cession", "situé", "priorité", "réclamant concurrent" et "contrat financier" sont définis à l'article 5.

B. Autonomie des parties

22. La Convention reconnaît au cédant, au cessionnaire et au débiteur le droit de déroger à ses dispositions ou de les modifier (art. 6) par convention à deux conditions: d'une part, que cette convention soit sans incidences sur les droits des tiers et, d'autre part, que le débiteur ne puisse renoncer à invoquer certaines exceptions (art. 19, par. 2).

C. Interprétation

23. La Convention énonce une règle générale selon laquelle, pour son interprétation, il devrait être tenu compte de son objet et de son but tels qu'énoncés dans le préambule, de son caractère international et de la nécessité d'en promouvoir l'application uniforme, ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international. Les lacunes subsistant à propos de questions régies mais non expressément tranchées par elle doivent être comblées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut, conformément à la loi applicable en vertu des règles de droit international privé, y compris celles de la Convention si celles-ci sont applicables (art. 7).

IV. Effets de la cession

A. Validité quant à la forme et quant au fond

24. Faute de consensus au sein de la Commission, la Convention ne contient pas de règle de droit matériel uniforme sur la validité formelle de la cession. Elle contient en revanche des règles de conflit de lois. La forme d'une cession en tant que condition d'obtention de la priorité est régie par la loi du lieu où se trouve le cédant (art. 5 g) et 22). En outre, les autres règles de conflit de lois de la Convention (art. 27) traitent de la validité formelle du contrat de cession entre les parties audit contrat.

25. Une cession effectuée par convention entre le cédant et le cessionnaire a effet si elle remplit par ailleurs les conditions d'efficacité d'un contrat (art. 2 et 11). Elle n'a pas à être notifiée pour produire effet (art. 14, par. 1). La Convention traite des limitations légales et contractuelles, ainsi que de l'incidence d'une cession sur les sûretés et autres droits attachés à la créance. D'autres questions relatives à la validité quant au fond ou à l'efficacité sont abordées dans le cadre de la relation où elles peuvent se poser (cédant-cessionnaire, débiteur-cessionnaire ou cessionnaire-tiers).

B. Limitations légales

26. Afin de faciliter les opérations de financement par cession de créances, la Convention écarte les limitations légales et les autres limitations prévues par le droit concernant la cessibilité de certains types de créance (par exemple, les créances futures) ou l'efficacité de certains types de cession (par exemple, les cessions d'un ensemble de créances) auxquels il est fréquemment recouru dans ce genre d'opérations. Il suffit que les créances soient identifiables en tant que créances faisant l'objet de la cession à la date de ladite cession ou, dans le cas de créances futures, à la date de la conclusion du contrat initial. Un seul acte suffit pour céder plusieurs créances, y compris des créances futures (art. 8). La Convention est sans incidences sur les limitations légales autres que celles mentionnées, telles que les limitations relatives aux créances personnelles ou souveraines.

C. Limitations contractuelles

27. La Convention valide une cession de créances commerciales (définies de manière extensive à l'article 9-3) faite en violation d'une clause d'incessibilité sans éliminer la responsabilité qui pourrait incomber au cédant pour contravention au contrat en vertu de la loi applicable en dehors de ses dispositions et sans étendre cette responsabilité au cessionnaire (art. 9-1). Toutefois, si une telle responsabilité existe, la Convention la restreint en disposant que la simple connaissance de l'accord de non-cession par le cessionnaire qui n'est pas partie à cet accord, ne constitue pas un motif suffisant pour le tenir responsable de la violation de l'accord. Elle octroie une protection supplémentaire au cessionnaire en prévoyant que la violation d'une clause d'incessibilité par le cédant n'est pas en soi un motif suffisant pour justifier la résolution du contrat initial par le débiteur (art. 9-2). De plus, la Convention n'autorise pas le débiteur à invoquer contre le cessionnaire un droit à compensation pour violation d'une clause d'incessibilité afin de contrer sa demande de paiement (art. 18-3).

28. Pour ce qui est des consommateurs, la Convention part du principe que cette disposition est sans incidences pour eux, car les clauses d'incessibilité sont très rares dans les contrats les concernant. Quoi qu'il en soit, en cas de conflit entre la Convention et la loi applicable à la protection des consommateurs, c'est cette dernière qui aura préséance (art. 4-4). S'agissant de la cession de créances souveraines, les États peuvent formuler une réserve au sujet de l'article 9 (art. 40). Cette exception vise à protéger un nombre limité d'États qui n'ont pas pour politique de se prémunir contre les cessions au moyen de lois mais qui s'en remettent plutôt à des limitations contractuelles.

D. Transfert de droits garantissant le paiement des créances cédées

29. Un droit accessoire, personnel ou réel, garantissant le paiement de la créance cédée est transféré avec la créance sans un nouvel acte de transfert. Le cédant est tenu de transférer au cessionnaire une sûreté indépendante ou un autre droit garantissant le paiement (art. 10-1). En ce qui concerne les limitations contractuelles de la cession, ces droits sont traités de la même manière que les créances (art. 10-2 et 3). Cette disposition s'applique, comme l'article 9, aux "créances commerciales"

au sens large (art. 10-4) et n'a pas d'incidences sur les obligations que le cédant a contractées envers le débiteur en vertu de la loi régissant la sûreté ou autre droit garantissant le paiement (art. 10-5). Elle n'a pas non plus d'incidences sur les conditions de forme ou d'enregistrement à remplir pour le transfert de la sûreté (art. 10-6).

V. Droits, obligations et exceptions

A. Cédant et cessionnaire

1. Autonomie des parties et pratiques

30. La Convention reconnaît au cédant et au cessionnaire le droit de structurer leur contrat comme ils le souhaitent en fonction de leurs besoins particuliers, à condition de ne pas porter atteinte aux droits de tiers (art. 6 et 11). Elle donne également force de loi aux usages commerciaux convenus par le cédant et le cessionnaire et aux pratiques commerciales qui se sont établies entre eux. Elle prévoit également certaines règles facultatives qui sont applicables à leur relation. Ces règles visent à fournir une liste de questions à aborder dans le contrat et, en même temps, à combler les lacunes de ce dernier sur des points tels que les garanties dues par le cédant, la notification de la cession et les instructions de paiement, ainsi que les droits sur le produit. Il s'agit uniquement de règles supplétives, que les parties peuvent toujours convenir de modifier lorsqu'elles s'appliquent à leur relation.

2. Garanties

31. S'agissant des garanties, la Convention suit des principes généralement acceptés et essaie d'établir un équilibre entre équité et applicabilité (art. 12). Par exemple, sauf convention contraire, le risque d'exceptions cachées opposables par le débiteur est supporté par le cédant. La Convention adopte cette approche car le cédant est le cocontractant du débiteur et, de ce fait, est mieux placé pour savoir si l'exécution du contrat posera des problèmes pouvant donner le droit à ce dernier d'invoquer des exceptions.

3. Notification et instructions de paiement

32. Sauf convention contraire, le cédant et le cessionnaire peuvent, l'un ou l'autre ou ensemble, envoyer au débiteur une notification et des instructions de paiement. Le cessionnaire peut, indépendamment du cédant, aviser le débiteur et demander paiement. Ce droit indépendant est essentiel lorsque sa relation avec le cédant se dégrade et que ce dernier ne coopérera probablement pas avec lui pour aviser le débiteur. Après notification, seul le cessionnaire peut exiger paiement (art. 13). En cas de notification envoyée en violation d'une convention entre le cédant et le cessionnaire, le débiteur peut néanmoins être libéré s'il paie conformément à cette notification. La possibilité d'invoquer une contravention au contrat entre le cédant et le cessionnaire est toutefois préservée.

33. Les instructions de paiement n'entrent pas dans la définition de la notification (art. 5 d)), ce qui signifie qu'une notification ne doit pas nécessairement fournir de

nouvelles instructions de paiement au débiteur mais peut lui être envoyée essentiellement pour geler ses exceptions et droits à compensation (art. 18-2).

4. Droits sur le produit

34. La Convention instaure un droit contractuel sur le produit des créances et sur le produit du produit (“tout ce qui est reçu au titre d’une créance cédée”, art. 5 j)). Dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, ce dernier peut réclamer le produit si le paiement est effectué à son profit, ou à celui du cédant ou d’une autre personne sur laquelle il a priorité (art. 14). Il appartient généralement à la loi applicable en dehors de la Convention de déterminer si le cessionnaire peut conserver ou revendiquer un droit de propriété sur ce produit. Toutefois, si ce produit est lui-même une créance, la question doit être tranchée par la loi du lieu où se trouve le cédant (art. 5 j) et 22). En outre, dans certains cas, les règles limitées de droit matériel que la Convention prévoit pour le produit peuvent s’appliquer (art. 24).

B. Débiteur

1. Protection du débiteur

35. Une cession ne modifie pas la situation juridique du débiteur sans son consentement, sauf disposition clairement contraire de la Convention. Elle ne peut pas non plus modifier la monnaie ou l’État dans lequel le paiement doit être effectué sans le consentement du débiteur (art. 6 et 15).

36. Outre qu’elle pose en termes généraux le principe de la protection du débiteur, la Convention énonce un certain nombre de dispositions précises illustrant ce principe. Ces dispositions concernent le paiement libératoire, les exceptions et droits à compensation, la renonciation à ces exceptions ou droits de compensation, la modification du contrat initial et le recouvrement des paiements.

2. Paiement libératoire du débiteur

37. Le débiteur peut être libéré en effectuant un paiement conformément au contrat initial, sauf s’il reçoit notification de la cession, auquel cas il est libéré en payant conformément aux instructions de paiement écrites et, à défaut d’instructions, en payant le cessionnaire (art. 17-1 et 2). Autrement dit, la notification de la cession détermine la façon dont le débiteur se libérera de son obligation. Elle doit être faite par écrit dans une langue dont il est raisonnable de penser qu’elle sera comprise par le débiteur et doit identifier raisonnablement les créances cédées et le cessionnaire (art. 16).

38. Il est sans importance que le débiteur ait eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance d’une cession antérieure dont il n’a pas été avisé. La Convention adopte cette approche pour assurer un niveau de sécurité juridique acceptable en ce qui concerne le paiement libératoire du débiteur, élément important dont tient compte le cessionnaire pour fixer le prix d’une opération. Cette approche n’encourage ni la mauvaise foi ni la fraude. Il est toujours difficile de prouver ce que le débiteur savait ou aurait dû savoir et, en tout état de cause, la Convention n’empiète pas sur les règles de droit interne relatives à la fraude.

39. La Convention prévoit également une série de règles concernant les notifications ou instructions de paiement multiples. Lorsque le débiteur reçoit plusieurs instructions de paiement se rapportant à une seule cession de la même créance réalisée par le même cédant, il effectue un paiement libératoire conformément aux dernières instructions reçues (art. 17-3). S'il reçoit notification de plusieurs cessions de la même créance réalisées par le même cédant, il effectue un paiement libératoire conformément à la première notification reçue (art-17-4). S'il reçoit notification de plusieurs cessions subséquentes, il effectue un paiement libératoire conformément à la notification de la dernière de ces cessions (art.17-5).

40. S'il reçoit notification de la cession d'une fraction d'une ou plusieurs créances ou d'un droit indivis sur celles-ci, le débiteur a le choix. Il peut être libéré en payant soit conformément à la notification reçue soit conformément aux dispositions de la Convention comme s'il n'avait pas reçu de notification (art-17-6). En autorisant de fait le débiteur à déterminer si la notification d'une cession partielle a effet ou non en ce qui concerne son paiement libératoire, la Convention lui épargne l'obligation de fractionner son paiement. Cette approche n'invalide pas les cessions partielles. Elle montre simplement que les cédants ou les cessionnaires doivent structurer les paiements en tenant compte du fait que les débiteurs n'ont pas à accepter des paiements partiels (par exemple, conformément aux dispositions de l'article 24-2). Le cédant et le cessionnaire peuvent également fractionner les paiements si le débiteur donne son consentement au moment de la conclusion du contrat initial ou de la cession ou encore ultérieurement.

41. L'une des dispositions essentielles protégeant le débiteur autorise ce dernier à demander au cessionnaire de prouver la cession de manière appropriée lorsque celui-ci lui envoie une notification sans la coopération ou l'autorisation apparente du cédant (art. 17-7). Ce droit vise à protéger le débiteur contre le risque d'avoir à payer un tiers inconnu. Un écrit signé par le cédant indiquant que la cession a eu lieu – tel que le contrat de cession ou un document autorisant le cessionnaire à envoyer la notification, peut constituer une "preuve appropriée". Faute pour le cessionnaire de rapporter cette preuve dans un délai raisonnable, le débiteur peut être libéré en payant le cédant.

42. La Convention est sans incidences sur le droit que le débiteur pourrait avoir, en vertu de la loi applicable en dehors de ses dispositions, de s'acquitter de son obligation en effectuant un paiement à la personne fondée à le recevoir, à une autorité judiciaire ou autre autorité compétente, ou à un organisme public de consignation (art. 17-8). Par exemple, si le débiteur est libéré en vertu de la loi applicable en dehors de la Convention en se conformant à une notification qui ne satisfait pas aux conditions énoncées dans cette dernière, la Convention admet ce résultat. De même, un paiement à un organisme public de consignation effectué en vertu de la loi applicable en dehors de la Convention est considéré par cette dernière comme libérant valablement le débiteur s'il est reconnu par la loi en question.

3. Exceptions et droits à compensation du débiteur

43. La Convention reprend des règles généralement acceptées en ce qui concerne les exceptions et droits à compensation du débiteur. Ce dernier peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions ou tous les droits à compensation qu'il aurait pu opposer au cédant. Les droits à compensation découlant du contrat initial ou d'une opération connexe peuvent être opposés au cessionnaire même si le débiteur ne peut

les invoquer qu'après la notification de la cession (art. 18-1). En revanche, les droits à compensation qui ne découlent pas du contrat initial ou d'une opération connexe et que le débiteur peut invoquer après la notification ne peuvent pas être opposés au cessionnaire (art. 18-2). La Convention laisse à la loi applicable en dehors de ses dispositions (pour les droits à compensation découlant du contrat initial, cette loi est, aux termes de l'article 29, la loi régissant ledit contrat) le soin de déterminer ce que signifie la notion de droits à compensation "pouvant être invoqués" (à savoir, si le droit doit être quantifié, est échu ou est devenu exigible).

4. Renonciation aux exceptions

44. Le débiteur peut convenir avec le cédant de renoncer à invoquer des exceptions et droits à compensation. Afin de l'avertir des conséquences importantes de cette renonciation, la Convention exige un écrit signé par lui pour la renonciation ou sa modification (art. 19-1). Afin de protéger le débiteur contre toute pression indue de la part du cédant, la Convention interdit également la renonciation aux exceptions ou aux droits à compensation découlant de manœuvres frauduleuses du cessionnaire ou fondés sur l'incapacité du débiteur (art. 19-2).

5. Modification du contrat initial

45. Les parties ont souvent besoin de modifier le contrat initial pour tenir compte de l'évolution de leurs besoins. L'accord lui-même détermine les effets de ces modifications entre les parties. La Convention traite des effets à l'égard des tiers, par exemple de la question de savoir si le débiteur peut payer au cessionnaire la créance telle que modifiée et si le cessionnaire peut exiger le paiement de la créance telle que modifiée. La règle de base prévoit que, avant notification de la cession au débiteur, toute modification du contrat produit effet à l'égard du cessionnaire qui acquiert la créance telle que modifiée (art. 20-1). Après notification, cette modification est sans effet à l'égard du cessionnaire d'une créance acquise par exécution sauf s'il y consent, mais a effet à l'égard du cessionnaire d'une créance non acquise si la modification était prévue dans le contrat initial ou si tout cessionnaire raisonnable y aurait consenti (art. 20-2). La Convention n'a pas d'incidences sur la responsabilité que le cédant pourrait avoir envers le cessionnaire en vertu de la loi applicable pour violation d'un accord de ne pas modifier le contrat initial (art. 20-3).

6. Recouvrement des paiements par le débiteur

46. Le débiteur ne peut recouvrer qu'auprès du cédant les sommes qu'il a payées à ce dernier ou au cessionnaire (art. 21), ce qui signifie, en fait qu'il supporte le risque d'insolvabilité de son cocontractant, ce qui serait le cas même en l'absence de cession.

C. Tiers

1. Loi applicable à la priorité sur des créances

47. Une des parties les plus importantes de la Convention traite de l'effet d'une cession sur les tiers, tels que des cessionnaires concurrents, d'autres créanciers du cédant et l'administrateur de l'insolvabilité du cédant. La Convention traite cette

question sous l'angle de la priorité entre réclamants concurrents, autrement dit afin de déterminer qui a droit en priorité au paiement ou une autre forme d'exécution. Les actifs du cédant risquant d'être insuffisants pour désintéresser tous les créanciers, la question revêt une importance considérable.

48. Faute de consensus au sein de la Commission sur une règle de droit matériel, la Convention traite la question de la priorité par des règles de conflit (art. 22 à 24). L'intérêt de ces règles est qu'elles s'écartent des approches traditionnelles pour rattacher tous les conflits de priorité à la loi du lieu où se trouve le cédant. Si celui-ci a un établissement dans plusieurs États, la Convention soumet les conflits de priorité à la loi d'un seul et même État, facile à déterminer, puisque dans ce cas le lieu de situation désigne le lieu de l'administration centrale. De plus, la procédure d'insolvabilité principale visant le cédant sera dans la plupart des cas ouverte dans cet État, ce qui facilite le traitement des conflits entre les lois sur les opérations garanties et les lois sur l'insolvabilité.

49. Afin d'englober tous les conflits de priorité possibles, la Convention définit le terme "réclamant concurrent" de manière à inclure d'autres cessionnaires, même si la cession et la créance sont nationales et sont donc normalement exclues de son champ d'application, d'autres créanciers du cédant, y compris des créanciers dont les droits sur d'autres biens ont été étendus par la loi à la créance cédée – par exemple, des créanciers titulaires d'un droit de propriété sur la créance par décision judiciaire ou d'une réserve de propriété sur des marchandises étendue par la loi aux créances découlant de la vente de ces marchandises – et l'administrateur de l'insolvabilité du cédant (art. 5 m)). La définition du terme "priorité" vise non seulement la préférence donnée au droit d'une personne dans le paiement ou autre forme de désintéressement, mais également des questions connexes, notamment celle de savoir s'il s'agit d'un droit personnel ou réel, s'il a été créé ou non à titre de garantie et si les mesures nécessaires pour qu'il produise ses effets à l'égard d'un réclamant concurrent ont été prises (art. 5 g)). La priorité ne porte généralement pas sur l'efficacité d'une cession entre le cédant et le cessionnaire ou le débiteur (art. 5 g), 8 et 22), "à l'exception des questions qui sont réglées dans d'autres dispositions de la présente Convention").

2. Exceptions fondées sur la loi impérative et sur l'ordre public

50. La règle de priorité applicable de la loi du lieu où se trouve le cédant peut être écartée par une règle de priorité impérative de l'État du for si son application est "manifestement contraire à l'ordre public" de cet État (art. 23-1). Les règles impératives de l'État du for ou d'un autre État ne peuvent à elles seules faire obstacle à l'application d'une règle de priorité de la loi du lieu dans lequel est situé le cédant (art. 23-2). Toutefois, dans une procédure d'insolvabilité ouverte dans un État autre que celui où se trouve le cédant, l'État du for peut appliquer sa propre règle impérative qui donne la priorité à certains types de créanciers privilégiés, tels que le fisc ou les salariés (art. 23-3). En outre, la Convention n'est pas censée empiéter sur les règles de fond et de procédure de l'État du for en matière d'insolvabilité qui sont sans incidences sur la priorité (par exemple, règles sur les actions en annulation, la suspension du recouvrement des créances cédées, et autres règles similaires).

3. Loi applicable à la priorité sur le produit

51. La Convention ne contient pas de règle générale concernant la loi applicable à la priorité concernant le produit, en raison des différences entre les systèmes juridiques quant à la nature et au traitement des droits sur le produit. Elle énonce néanmoins deux règles limitées. La première dispose que, si son droit sur les créances a la priorité sur celui d'autres réclamants et si le produit lui est versé directement, le cessionnaire peut le conserver (art. 24-1). La seconde règle vise à faciliter des pratiques telles que la titrisation et l'escompte de factures non divulgué. Dans ces pratiques, les paiements sont virés sur un compte spécial que le cédant tient, séparément de ses autres actifs, pour le compte du cessionnaire. La Convention prévoit que, si son droit sur les créances est prioritaire sur celui d'autres réclamants et si le produit est détenu par le cédant pour son compte et est raisonnablement identifiable par rapport aux autres actifs du cédant, le cessionnaire a la même priorité sur le produit (art. 24-2). La Convention ne traite toutefois pas d'un conflit de priorité entre un cessionnaire revendiquant un droit sur le produit détenu sur un compte de dépôt ou de valeurs mobilières et la banque dépositaire ou le courtier en valeurs mobilières ou un autre intermédiaire titulaire d'une sûreté ou d'un droit à compensation sur ledit compte (art. 24-3).

4. Règles de droit matériel sur la priorité

52. Afin de tirer avantage des règles de priorité prévues dans la Convention, les parties ont la possibilité de structurer leurs opérations de sorte que les questions de priorité soient régies par la loi appropriée (par exemple, en créant des entités spéciales dans les lieux adéquats). Reste à savoir ce qu'il devrait advenir si un tel aménagement des opérations était impossible ou n'était possible qu'au prix de dépenses considérables et si les règles de priorité de la loi applicable étaient insuffisantes. Pour régler ce problème, la Convention propose des dispositions types de droit matériel sur la priorité (annexe). Les États ont le choix entre trois régimes de priorité s'ils souhaitent modifier leurs règles. Le premier est fondé sur l'enregistrement d'un avis relatif à la cession, le deuxième sur la notification au débiteur et le troisième sur la date de la cession. Les États qui veulent adapter leur législation peuvent, par voie de déclaration, choisir l'un de ces régimes ou simplement, par voie législative, adopter de nouvelles règles de priorité ou revoir les règles existantes. L'idée sous-jacente est que, dans un environnement de libre concurrence entre régimes juridiques, c'est le régime le plus avantageux économiquement qui prévaudra.

5. Accords de cession de rang

53. Les parties à un conflit de priorité peuvent négocier et renoncer à leur priorité en faveur d'un réclamant moins bien classé lorsque des considérations commerciales le justifient. Afin d'assurer le maximum de souplesse et de tenir compte des pratiques commerciales en vigueur, la Convention indique clairement qu'il n'est pas nécessaire, pour qu'une renonciation soit valable, qu'elle revête la forme d'un accord de cession de rang direct entre le cessionnaire qui a la priorité et le bénéficiaire dudit accord (art. 25). La renonciation peut aussi se faire unilatéralement, par exemple sous forme d'un engagement pris par le cessionnaire de premier rang envers le cédant, qui autorise ce dernier à effectuer une deuxième cession venant au premier rang dans l'ordre de priorité.

VI. Autres règles de conflit de lois

A. Champ d'application et objet

54. La Convention contient une série de règles de conflit qui peuvent s'appliquer indépendamment de tout lien territorial avec un État contractant. Lorsque le cédant ou le débiteur se trouve dans un État contractant ou que la loi régissant le contrat initial est celle d'un État contractant, on peut appliquer les règles de conflit indépendantes pour combler les lacunes de la Convention, à moins que les principes sur lesquels repose cette dernière puissent apporter une réponse. Si le cédant ou le débiteur ne se trouve pas dans un État contractant ou si la loi régissant la créance n'est pas celle d'un État contractant, les règles de conflit en question peuvent s'appliquer aux opérations auxquelles les autres dispositions de la Convention ne s'appliqueraient pas (art. 26). Il faut que ces opérations revêtent un caractère international, selon la définition de la Convention, et qu'elles ne soient pas exclues du champ d'application de cette dernière.

55. Les États peuvent émettre une réserve en ce qui concerne les règles de conflit indépendantes énoncées au chapitre V de la Convention, auquel cas ils ne seront pas liés par ce chapitre (art. 39). Les réserves ont été autorisées pour éviter que les États désireux d'adopter la Convention ne puissent le faire simplement parce que les règles de conflit indépendantes énoncées dans cette dernière sont incompatibles avec leurs propres règles de conflit.

B. Loi applicable à la forme du contrat de cession

56. Dans le cas d'un contrat de cession conclu entre des personnes qui sont situées dans le même État, la validité formelle de ce contrat est régie par la loi de l'État, qui régit le contrat, ou la loi de l'État dans lequel le contrat est conclu. Lorsqu'un contrat de cession est conclu entre des personnes qui sont situées dans des États différents, il est valable s'il satisfait aux conditions de forme soit de la loi qui régit le contrat soit de la loi d'un de ces États (art. 27).

C. Loi applicable aux droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire

57. Les droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire sont régis par la loi qu'ils ont choisie. La liberté de choix des parties est subordonnée à l'ordre public et aux règles impératives du for ou d'un pays tiers ayant un lien étroit avec l'opération. En l'absence de choix, la loi de l'État avec lequel le contrat de cession a le lien le plus étroit s'applique. Le critère de "la relation la plus étroite" a été adopté ici malgré l'insécurité qui peut en découler car il n'aura probablement guère d'impact puisque dans la vaste majorité des cas, les parties choisissent la loi applicable (art. 28).

D. Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur

58. les rapports entre cessionnaire et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et les limitations contractuelles de la cession sont soumises à la loi régissant le contrat initial. L'impact de cette disposition est limité par le fait que la plupart de ces questions sont traitées dans les règles de droit matériel de la Convention. Toutefois, certaines questions, telles que celle de savoir à quel moment le débiteur peut invoquer un droit à compensation sur le fondement de l'article 18, ont été délibérément exclues desdites règles. L'article 29 régit cette question particulière, du moins en ce qui concerne la compensation dans le cadre d'une opération (en d'autres termes, le droit à compensation découlant du contrat initial ou d'un autre contrat faisant partie de la même opération). Une autre question entrant dans le champ d'application de l'article 29 est celle de l'effet des clauses d'incessibilité sur les cessions de créances auxquelles l'article 9 ou 10 ne s'applique pas, soit parce qu'il s'agit de cessions de créances non commerciales, soit parce que le débiteur ne se trouve pas dans un État contractant. Les limitations légales ne sont en revanche pas traitées par l'article 29. Si certaines de ces limitations visent à protéger le débiteur, beaucoup d'autres sont destinées à protéger le cédant. Faute d'un moyen d'établir une distinction claire entre les différents types de limitations légales, il serait inapproprié de les soumettre à la loi régissant le contrat initial. En tout état de cause, à quelques exceptions près, la Convention est sans incidences sur les limitations légales.

E. Loi applicable à la priorité

59. La Convention soumet les questions de priorité à la loi du lieu où se trouve le cédant. Cette règle a l'avantage de pouvoir s'appliquer aux opérations auxquelles l'article 22 – qu'elle reprend – ne s'applique pas faute de lien territorial entre la cession et un État contractant.

VII. Clauses finales

60. La Convention entrera en vigueur lorsqu'elle aura été ratifiée par cinq États (art. 45). Les États peuvent déclarer que la Convention ne s'applique pas à certaines pratiques, mais ne peuvent exclure les pratiques se rapportant aux "créances commerciales" définies de manière extensive aux articles 9-3 et 10-4 (art. 41). La Convention ne s'appliquera pas aux pratiques exclues si le cédant se trouve dans un État qui a fait une telle déclaration. La Convention prévaut sur la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international ("la Convention d'Ottawa"). Elle n'exclut toutefois pas l'application de la Convention d'Ottawa aux droits et obligations d'un débiteur, si elle ne s'applique pas à ce débiteur (art. 38).

III. BIBLIOGRAPHIE DES ÉCRITS RÉCENTS AYANT TRAIT AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI NOTE DU SECRÉTARIAT

(A/CN.9/566) [Original: Anglais]

Le document ci-dessus a été reproduit dans l'Annuaire de la CNUDCI Volume XXXIV, 2003 et n'est donc pas reproduit de nouveau.

La prochaine bibliographie, A/CN.9/581, qui a été présentée à la trente-huitième session de la CNUDCI en 2005, sera reproduit dans l'Annuaire de la CNUDCI Volume XXXVI, 2005. Il est également possible d'accéder aux bibliographies à partir de la page d'accueil de la CNUDCI sur Internet à l'adresse *www.uncitral.org.*

IV. LISTE DES DOCUMENTS DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
	A. Liste des documents dont était saisie la Commission à sa trente-septième session	
	1. Documents à distribution générale	
A/CN.9/541	Ordre du jour provisoire annoté et calendrier des séances de la trente-septième session	Non reproduit
A/CN.9/542	Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa vingt-neuvième session (Vienne, 1er-5 septembre 2003)	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/543	Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa quatrième session (Vienne, 8-12 septembre 2003)	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/544	Rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa douzième session (Vienne, 6-17 octobre 2003)	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/545	Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage) sur les travaux de sa trente-neuvième session (Vienne, 10-14 novembre 2003)	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/546	Rapport du Groupe de travail IV (Commerce électronique) sur les travaux de sa quarante-deuxième session (Vienne, 17-21 novembre 2003)	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/547	Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage) sur les travaux de sa quarantième session (New York, 23-27 février 2004)	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/548	Rapport du Groupe de travail IV (Commerce électronique) sur les travaux de sa quarante-troisième session (New York, 15-19 mars 2004)	Deuxième partie, IV, F
A/CN.9/549	Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa cinquième session (New York, 22-25 mars 2004)	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/550	Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de leur deuxième session conjointe (New York, 26 et 29 mars 2004)	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/551	Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trentième session (New York, 29 mars-2 avril 2004)	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/552	Rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa treizième session (New York, 3-14 mai 2004)	Deuxième partie, III, F
A/CN.9/553	Travaux futurs envisageables dans le domaine des marchés publics. Note du secrétariat	Deuxième partie, VI
A/CN.9/554	Rapport du cinquième Colloque judiciaire CNUDCI-INSOL sur l'insolvabilité internationale (2003)	Deuxième partie, I, I

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A/CN.9/555	Rapport du Colloque de la CNUDCI sur la fraude commerciale internationale	Deuxième partie, X, B
A/CN.9/556	[*Non publié*]	
A/CN.9/557	Note explicative relative à la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international	Troisième partie, I
A/CN.9/558	Compilation des commentaires d'organisations internationales sur le projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité	Deuxième partie, I, J
A/CN.9/558/Add.1	Compilation des commentaires de gouvernements sur le projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité	Deuxième partie, I, J
A/CN.9/559 et Add. 1 à 3	Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité: révisions apportées au document A/CN.9/WG.V/WP.70	Deuxième partie, I, K
A/CN.9/560	Formation et assistance technique. Note du secrétariat	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/561	État des conventions et des lois types. Note du secrétariat	Deuxième partie, IX
A/CN.9/562	Présentation du recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Note du secrétariat	Non reproduit
A/CN.9/563 et Add.1	Interprétation uniforme des textes de la CNUDCI: spécimen de recueil analytique de jurisprudence concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985). Note du secrétariat	Non reproduit
A/CN.9/564	Partenariats entre l'Organisation des Nations Unies et les acteurs non étatiques, en particulier le secteur privé: évolution récente dans le système des Nations Unies et incidences éventuelles sur les travaux de la Commission. Note du secrétariat	Deuxième partie, XI
A/CN.9/565	Coordination des travaux: activités des organisations internationales dans le domaine des sûretés réelles. Note du secrétariat	Deuxième partie, X, A
A/CN.9/566	Bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI. Note du secrétariat	Annuaire, vol. XXXIV 2003, troisième partie, III
A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part. I et II)	Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/WG.V/WP.71	Traitement des sûretés réelles dans le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité. Note du secrétariat	Deuxième partie, I, F
A/CN.9/WG.V/WP.72	Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité. Note du secrétariat	Deuxième partie, I, G
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/XXXVII/CRP.1 et Add.1 à 18	Projet de rapport de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international sur les travaux de sa trente-septième session	Non reproduit
A/CN.9/XXXVII/CRP.2	Point 16 de l'ordre du jour – questions diverses – projet de cadre stratégique pour 2006-2007	Non reproduit

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A/CN.9/XXXVII/CRP.3 et Rev.1	Projet de résolution relative à l'adoption du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/XXXVII/INF.1	Liste des participants	Non reproduit
	B. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-neuvième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.V/WP.66	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.V/WP.67	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-neuvième session: Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.V/WP.68	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-neuvième session: Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité	Deuxième partie, I, C
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.V/XXIX/ CRP.1 et Add.1 à 5	Projet de rapport du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité	Non reproduit
A/CN.9/WG.V/XXIX/ CRP.2 à 5	Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.V/XXIX/ INF.1	Liste des participants	Non reproduit
	C. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa trentième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.V/WP.69	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part. I et II)	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa trentième session: projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/WG.V/WP.71	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa trentième session: projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité	Deuxième partie, I, F
A/CN.9/WG.V/WP.72	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa trentième session: projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité	Deuxième partie, I, G
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.V/XXX/ CRP.1 et Add.1 à 6	Projet de rapport du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité sur les travaux de sa trentième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.V/XXX/ CRP.2 à 5	Projet de rapport du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité sur les travaux de sa trentième session	Non reproduit

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.V/XXX/ INF.1	Liste des participants	Non reproduit
	D. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail sur les sûretés à sa quatrième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.VI/WP.8	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/WP.9 et Add.1 à 4, et Add.6 à 8	Document de travail soumis au Groupe de travail sur les sûretés à sa quatrième session: projet de guide législatif sur les opérations garanties	Deuxième partie, V, B
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.VI/IV/CRP.1 et Add.1 à 6	Projet de rapport du Groupe de travail sur les sûretés sur les travaux de sa quatrième session	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.VI/IV/INF.1	Liste des participants	Non reproduit
	E. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail sur les sûretés à sa cinquième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.VI/WP.10	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/WP.11 et Add.1 et 2	Document de travail soumis au Groupe de travail sur les sûretés à sa cinquième session: projet de guide législatif sur les opérations garanties	Deuxième partie, V, E
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.VI/V/CRP.1 et Add.1 à 3	Projet de rapport du Groupe de travail sur les sûretés sur les travaux de sa cinquième session	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.VI/V/INF.1	Liste des participants	Non reproduit
	F. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail sur le droit des transports à sa douzième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.III/WP.31	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.III/WP.28/ Add.1	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit des transports à sa douzième 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	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.III/WP.32	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit des transports à sa douzième session: projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]	Deuxième partie, III, C

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A/CN.9/WG.III/WP.33	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit des transports à sa douzième session: élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [par mer]: proposition des Pays-Bas sur l'application de l'instrument au transport de porte à porte	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/WG.III/WP.34	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit des transports à sa douzième session: élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [par mer]: proposition des États-Unis d'Amérique	Deuxième partie, III, E
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.III/XII/CRP.1 et Add.1 à 7	Projet de rapport du Groupe de travail sur le droit des transports sur les travaux de sa douzième session	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.III/XII/INF.1/ Rev.2	Liste des participants	Non reproduit
	G. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail sur le droit des transports à sa treizième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.III/WP.35	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.III/WP.36	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit des transports à sa treizième session: élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]	Deuxième partie, III, G
A/CN.9/WG.III/WP.37	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit des transports à sa treizième session: élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: proposition de la Chine	Deuxième partie, III, H
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.III/XIII/ CRP.1 et Add.1 à 11	Projet de rapport du Groupe de travail sur le droit des transports sur les travaux de sa treizième session	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.III/XIII/ INF.1	Liste des participants	Non reproduit
	H. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-deuxième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.IV/WP.102	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.IV/WP.103	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-deuxième session: aspects juridiques du commerce électronique: contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention	Deuxième partie, IV, B

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A/CN.9/WG.IV/WP.104/ Add.1 à 4	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-deuxième session: aspects juridiques du commerce électronique: contrats électroniques: informations de base	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/WG.IV/WP.105	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-deuxième session: aspects juridiques du commerce électronique: contrats électroniques: commentaires de la Chambre de commerce internationale	Deuxième partie, IV, D
A/CN.9/WG.IV/WP.106	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-deuxième session: aspects juridiques du commerce électronique: contrats électroniques: commentaires de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle	Deuxième partie, IV, E
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.IV/XLII/ CRP.1 et Add.1 à 7	Projet de rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante-deuxième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.IV/XLII/ CRP.2/Add.1	Contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention: variantes proposées par l'Allemagne	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.IV/XLII/ INF.1	Liste des participants	Non reproduit
	I. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-troisième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.IV/WP.107	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.IV/WP.108	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa quarante-troisième session: aspects juridiques du commerce électronique: contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention	Deuxième partie, IV, G
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.IV/XLIII/ CRP.1 et Add.1 à 7	Projet de rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante-troisième session	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.IV/XLIII/ INF.1	Liste des participants	Non reproduit
	J. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail sur l'arbitrage commercial international et la conciliation à sa trente-neuvième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.II/WP.124	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.II/WP.125	Document de travail soumis au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa trente-neuvième session: règlement des litiges commerciaux: mesures provisoires ou conservatoires	Deuxième partie, II, B

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.II/XXXIX/ CRP.1 et Add.1 à 7	Projet de rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa trente-neuvième session	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.II/XXXIX/ INF.1/Corr.1	Liste des participants	Non reproduit

K. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail sur l'arbitrage commercial international et la conciliation à sa quarantième session

	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.II/WP.126	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.II/WP.127	Document de travail soumis au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa quarantième session: règlement des litiges commerciaux: mesures provisoires ou conservatoires ─ régime de responsabilité	Deuxième partie, II, D
A/CN.9/WG.II/WP.128	Document de travail soumis au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa quarantième session: règlement des litiges commerciaux: mesures provisoires ou conservatoires	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/WG.II/WP.129	Document de travail soumis au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa quarantième session: règlement des litiges commerciaux: mesures provisoires ou conservatoires; proposition de la Chambre de commerce internationale	Deuxième partie, II, F
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.II/XXXX/ CRP.1 et Add.1 à 6	Projet de rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarantième session	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.II/XXXX/ INF.1/Corr.1	Liste des participants	Non reproduit

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

On indique dans la présente liste dans quels volumes précédents de l'*Annuaire* les documents relatifs aux travaux de la Commission ont été reproduits en donnant les précisions ci-après: année, partie, chapitre et pages; les documents qui ne sont pas mentionnés ici sont des documents qui n'ont pas été reproduits dans l'*Annuaire*. Les documents se répartissent dans les catégories suivantes:

1. Rapports sur les sessions annuelles de la CNUDCI

2. Résolutions de l'Assemblée générale

3. Rapports de la Sixième Commission

4. Extraits des rapports du Conseil du commerce et du développement, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

5. Documents soumis à la CNUDCI (y compris les rapports des sessions des Groupes de travail)

6. Documents soumis aux Groupes de travail:

   a) Groupe de travail I:
   Délais et prescription, (1969 à 1974); Projets d'infrastructure à financement privé (depuis 2001)

   b) Groupe de travail II:
   Vente internationale des objets mobiliers corporels (1968 à 1977); pratiques en matière de contrats internationaux (1979 à 2000); arbitrage commercial international (depuis 2000)

   c) Groupe de travail III:
   Réglementation internationale des transports maritimes (1968 à 1978); droit des transports (depuis 2002)**

   d) Groupe de travail IV: Effets de commerce internationaux (1974 à 1987); paiements internationaux (1988 à 1992); échanges de données informatisées (1993-1996); commerce électronique (depuis 1997)

   e) Groupe de travail V: Nouvel ordre économique international (1981 à 1994); insolvabilité transnationale (1995 à1997)*

   f) Groupe de travail VI:
   Sûretés (depuis 220)**

7. Comptes rendus analytiques des débats de la CNUDCI

8. Textes adoptés par des conférences de plénipotentiaires

9. Bibliographies des écrits ayant trait aux travaux de la CNUDCI.

---

* Pour sa vingt-troisième session (Vienne, 11-22 décembre 2000) ce Groupe de travail a été nommé Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux (voir le rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-troisième session A/55/17, par. 186).

** À sa trente-cinquième session, la Commission a adopté des sessions d'une semaine, et porté de trois à six le nombre de groupes de travail.

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
	1. Rapports sur les sessions annuelles de la CNUDCI		
A/7216 (première session)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, A	77
A/7618 (deuxième session)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, A	101
A/8017 (troisième session)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, III, A	138
A/8417 (quatrième session)	Volume II: 1971	Première partie, II, A	12
A/8717 (cinquième session)	Volume III: 1972	Première partie, II, A	11
A/9017 (sixième session)	Volume IV: 1973	Première partie, II, A	13
A/9617 (septième session)	Volume V: 1974	Première partie, II, A	13
A/10017 (huitième session)	Volume VI: 1975	Première partie, II, A	9
A/31/17 (neuvième session)	Volume VII: 1976	Première partie, II, A	11
A/32/17 (dixième session)	Volume VIII: 1977	Première partie, II, A	14
A/33/17 (onzième session)	Volume IX: 1978	Première partie, II, A	14
A/34/17 (douzième session)	Volume X: 1979	Première partie, II, A	14
A/35/17 (treizième session)	Volume XI: 1980	Première partie, II, A	7
A/36/17 (quatorzième session)	Volume XII: 1981	Première partie, A	3
A/37/17 et Corr.1 (quinzième session)	Volume XIII: 1982	Première partie, A	3
A/38/17 (seizième session)	Volume XIV: 1983	Première partie, A	3
A/39/17 (dix-septième session)	Volume XV: 1984	Première partie, A	3
A/40/17 (dix-huitième session)	Volume XVI: 1985	Première partie, A	3
A/41/17 (dix-neuvième session)	Volume XVII: 1986	Première partie, A	3
A/42/17 (vingtième session)	Volume XVIII: 1987	Première partie, A	3
A/43/17 (vingt et unième session)	Volume XIX: 1988	Première partie, A	3
A/44/17 (vingt-deuxième session)	Volume XX: 1989	Première partie, A	3
A/45/17 (vingt-troisième session)	Volume XXI: 1990	Première partie, A	3
A/46/17 (vingt-quatrième session)	Volume XXII: 1991	Première partie, A	3
A/47/17 (vingt-cinquième session)	Volume XXIII: 1992	Première partie, A	3
A/48/17 (vingt-sixième session)	Volume XXIV: 1993	Première partie, A	3
A/49/17 (vingt-septième session)	Volume XXV: 1994	Première partie, A	3
A/50/17 (vingt-huitième session)	Volume XXVI: 1995	Première partie, A	3
A/51/17 (vingt-neuvième session)	Volume XXVII: 1996	Première partie, A	3
A/52/17 (trentième session)	Volume XXVIII: 1997	Première partie, A	3
A/53/17 (trente et unième session)	Volume XXIX: 1998	Première partie, A	3
A/54/17 (trente-deuxième session)	Volume XXX: 1999	Première partie, A	3
A/55/17 (trente-troisième session)	Volume XXXI: 2000	Première partie, A	3
A/56/17 (trente-quatrième session)	Volume XXXII: 2001	Première partie, A	3
A/57/17 (trente-cinquième session)	Volume XXXIII: 2002	Première partie, A	3
A/58/17 (trente-sixième session)	Volume XXXIV: 2003	Première partie, A	3
	2. Résolutions de l'Assemblée générale		
2102 (XX)	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, A	19
2205 (XXI)	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, E	70
2421 (XXIII)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 3	98
2502 (XXIV)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 3	135
2635 (XXV)	Volume II: 1971	Première partie, I, C	10
2766 (XXVI)	Volume III: 1972	Première partie, I, C	10
2928 (XXVII)	Volume IV: 1973	Première partie, I, C	10
2929 (XXVII)	Volume IV: 1973	Première partie, I, C	10
3104 (XXVIII)	Volume V: 1974	Première partie, I, C	10
3108 (XXVIII)	Volume V: 1974	Première partie, I, C	10
3316 (XXIX)	Volume VI: 1975	Première partie, I, C	7

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
3317 (XXIX)	Volume VI: 1975	Troisième partie, I, B	328
3494 (XXX)	Volume VII: 1976	Première partie, I, C	9
31/98	Volume VIII: 1977	Première partie, I, C	10
31/99	Volume VIII: 1977	Première partie, I, C	10
31/100	Volume VIII: 1977	Première partie, I, C	10
32/145	Volume IX: 1978	Première partie, I, C	11
32/438	Volume IX: 1978	Première partie, I, C	11
33/92	Volume X: 1979	Première partie, I, B	10
33/93	Volume X: 1979	Première partie, I, C	10
34/142	Volume XI: 1980	Première partie, I, C	4
34/143	Volume XI: 1980	Première partie, I, C	4
34/150	Volume XI: 1980	Troisième partie, III	177
35/166	Volume XI: 1980	Troisième partie, III	177
35/51	Volume XI: 1980	Première partie, II, D	32
35/52	Volume XI: 1980	Première partie, II, D	32
36/32	Volume XII: 1981	Première partie, D	21
36/107	Volume XII: 1981	Troisième partie, I	285
36/111	Volume XII: 1981	Troisième partie, II	286
37/103	Volume XIII: 1982	Troisième partie, III	463
37/106	Volume XIII: 1982	Première partie, D	23
37/107	Volume XIII: 1982	Première partie, D	23
38/128	Volume XIV: 1983	Troisième partie, III	279
38/134	Volume XIV: 1983	Première partie, D	23
38/135	Volume XIV: 1983	Première partie, D	23
39/82	Volume XV: 1984	Première partie, D	24
40/71	Volume XVI: 1985	Première partie, D	50
40/72	Volume XVI: 1985	Première partie, D	50
41/77	Volume XVII: 1986	Première partie, D	39
42/152	Volume XVIII: 1987	Première partie, D	43
42/153	Volume XVIII: 1987	Première partie, E	44
43/165 et annexe	Volume XIX: 1988	Première partie, D	20
43/166	Volume XIX: 1988	Première partie, E	21
44/33	Volume XX: 1989	Première partie, E	39
45/42	Volume XXI: 1990	Première partie, D	18
46/56	Volume XXII: 1991	Première partie, D	49
47/34	Volume XXIII: 1992	Première partie, D	26
48/32	Volume XXIV: 1993	Première partie, D	39
48/33	Volume XXIV: 1993	Première partie, D	40
48/34	Volume XXIV: 1993	Première partie, D	40
49/54	Volume XXV: 1994	Première partie, D	32
49/55	Volume XXV: 1994	Première partie, D	32
50/47	Volume XXVI: 1995	Première partie, D	57
51/161	Volume XXVII: 1996	Première partie, D	40
51/162	Volume XXVII: 1996	Première partie, D	40
52/157	Volume XXVIII: 1997	Première partie, D	40
52/158	Volume XXVIII: 1997	Première partie, D	40
53/103	Volume XXIX: 1998	Première partie, D	32
54/103	Volume XXX: 1999	Première partie, D	51
55/151	Volume XXXI: 2000	Première partie, D	67
56/79	Volume XXXII: 2001	Première partie, D	
56/80	Volume XXXII: 2001	Première partie, D	65
56/81	Volume XXXII: 2001	Première partie, D	65

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
57/17	Volume XXXIII: 2002	Première partie, D	45
57/18	Volume XXXIII: 2002	Première partie, D	46
57/19	Volume XXXIII: 2002	Première partie, D	49
57/20	Volume XXXIII: 2002	Première partie, D	49
58/75	Volume XXXIV: 2003	Première partie, D	42
58/76	Volume XXXIV: 2003	Première partie, D	42
	3. Rapports de la Sixième Commission		
A/5728	Volume I: 1968-1970	Première partie, I, A	5
A/6396	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, B	19
A/6594	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, D	62
A/7408	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 2	94
A/7747	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 2	129
A/8146	Volume II: 1971	Première partie, I, B	5
A/8506	Volume III: 1972	Première partie, I, B	5
A/8896	Volume IV: 1973	Première partie, I, B	5
A/9408	Volume V: 1974	Première partie, I, B	3
A/9920	Volume VI: 1975	Première partie, I, B	3
A/9711	Volume VI: 1975	Troisième partie, I, A	328
A/10420	Volume VII: 1976	Première partie, I, B	5
A/31/390	Volume VIII: 1977	Première partie, I, B	5
A/32/402	Volume IX: 1978	Première partie, I, B	5
A/33/349	Volume X: 1979	Première partie, I, B	5
A/34/780	Volume XI: 1980	Première partie, I, B	4
A/35/627	Volume XI: 1980	Première partie, II, C	31
A/36/669	Volume XII: 1981	Première partie, C	21
A/37/620	Volume XIII: 1982	Première partie, C	22
A/38/667	Volume XIV: 1983	Première partie, C	22
A/39/698	Volume XV: 1984	Première partie, C	24
A/40/935	Volume XVI: 1985	Première partie, C	49
A/41/861	Volume XVII: 1986	Première partie, C	38
A/42/836	Volume XVIII: 1987	Première partie, C	41
A/43/820	Volume XIX: 1988	Première partie, C	19
A/C.6/43/L.2	Volume XIX: 1988	Troisième partie, II, A	195
A/43/405 et Add.1 à 3	Volume XIX: 1988	Troisième partie, II, B	196
A/44/453 et Add.1	Volume XX: 1989	Première partie, C	35
A/44/723	Volume XX: 1989	Première partie, D	38
A/45/736	Volume XXI: 1990	Première partie, C	18
A/46/688	Volume XXII: 1991	Première partie, C	48
A/47/586	Volume XXIII: 1992	Première partie, C	25
A/48/613	Volume XXIV: 1993	Première partie, C	40
A/49/739	Volume XXV: 1994	Première partie, C	31
A/50/640 et Corr.1	Volume XXVI: 1995	Première partie, C	58
A/51/628	Volume XXVII: 1996	Première partie, C	40
A/52/649	Volume XXVIII: 1997	Première partie, C	41
A/53/632	Volume XXIX: 1998	Première partie, C	33
A/54/611	Volume XXX: 1999	Première partie, C	51
A/55/608	Volume XXXI: 2000	Première partie, C	68
A/56/588	Volume XXXII: 2001	Première partie, C	63
A/57/562	Volume XXXIII 2002	Première partie, C	44
A/58/513	Volume XXXIV: 2003	Première partie, C	40

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
	4. Extraits des rapports du Conseil du commerce et du développement de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement		
A/7214	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 1	92
A/7616	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 1	129
A/8015/Rev.1	Volume II: 1971	Première partie, I, A	5
TD/B/C.4/86, annexe I	Volume II: 1971	Deuxième partie, IV	151
A/8415/Rev.1	Volume III: 1972	Première partie, I, A	5
A/8715/Rev.1	Volume IV: 1973	Première partie, I, A	5
A/9015/Rev.1	Volume V: 1974	Première partie, I, A	5
A/9615/Rev.1	Volume VI: 1975	Première partie, I, A	5
A/10015/Rev.1	Volume VII: 1976	Première partie, I, A	5
TD/B/617	Volume VIII: 1977	Première partie, I, A	5
TD/B/664	Volume IX: 1978	Première partie, I, A	5
A/33/15/Vol.II	Volume X: 1979	Première partie, I, A	5
A/34/15/Vol.II	Volume XI: 1980	Première partie, I, A	3
A/35/15/Vol.II	Volume XI: 1980	Première partie, II, B	31
A/36/15/Vol.II	Volume XII: 1981	Première partie, B	20
TD/B/930	Volume XIII: 1982	Première partie, B	22
TD/B/973	Volume XIV: 1983	Première partie, B	22
TD/B/1026	Volume XV: 1984	Première partie, B	24
TD/B/1077	Volume XVI: 1985	Première partie, B	49
TD/B/L.810/Add.9	Volume XVII: 1986	Première partie, B	37
A/42/15	Volume XVIII: 1987	Première partie, B	41
TD/B/1193	Volume XIX: 1988	Première partie, B	19
TD/B/1234/Vol.II	Volume XX: 1989	Première partie, B	18
TD/B/1277/Vol.II	Volume XXI: 1990	Première partie, B	18
TD/B/1309/Vol.II	Volume XXII: 1991	Première partie, B	48
TD/B/39(1)/15	Volume XXIII: 1992	Première partie, B	25
TD/B/40(1)/14 (Vol.I)	Volume XXIV: 1993	Première partie, B	39
TD/B/41(1)/14 (Vol.I)	Volume XXV: 1994	Première partie, B	32
TD/B/42(1)/19 (Vol.I)	Volume XXVI: 1995	Première partie, B	58
TD/B/43/12 (Vol.I)	Volume XXVII: 1996	Première partie, B	39
TD/B/44/19 (Vol. I)	Volume XXVIII: 1997	Première partie, B	41
TD/B/45/13 (Vol. I)	Volume XXIX: 1998	Première partie, B	33
TD/B/46/15 (Vol. I)	Volume XXX: 1999	Première partie, B	51
TD/B/47/11 (Vol. I)	Volume XXXI: 2000	Première partie, B	68
TD/B/48/18 (Vol.I)	Volume XXXII: 2001	Première partie, B	63
TD/B/49/15 (Vol.I)	Volume XXXIII: 2002	Première partie, B	43
TD/B/50/14 (Vol.I)	Volume XXXIV: 2003	Première partie, B	39
	5. Documents soumis à la CNUDCI, (y compris les rapports des sessions des Groupes de travail)		
A/C.6/L.571	Volume I: 1968-1970	Première partie, I, B	5
A/C.6/L.572	Volume I: 1968-1970	Première partie, I, C	14
A/CN.9/15 et Add.1	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, III, B	273
A/CN.9/18	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, C, 1	221
A/CN.9/19	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, III, A, 1	255
A/CN.9/21 et Corr. 1	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, IV, A	278
A/CN.9/30	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, D	232
A/CN.9/31	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, A, 1	169

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/33	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, B	215
A/CN.9/34	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, C, 2	230
A/CN.9/35	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, A, 2	188
A/CN.9/38	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, II, A, 2	259
A/CN.9/L.19	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, V, A	305
A/CN.9/38/Add.1	Volume II: 1971	Deuxième partie, II, 1	124
A/CN.9/41	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, II, A	249
A/CN.9/48	Volume II: 1971	Deuxième partie, II, 2	125
A/CN.9/50 et annexes I à IV	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, C, 2	96
A/CN.9/52	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, A, 2	55
A/CN.9/54	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, B, 1	73
A/CN.9/55	Volume II: 1971	Deuxième partie, III	145
A/CN.9/60	Volume II: 1971	Deuxième partie, IV	151
A/CN.9/62 et Add.1 et 2	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 5	85
A/CN.9/63 et Add. 1	Volume III: 1972	Deuxième partie, IV	272
A/CN.9/64	Volume III: 1972	Deuxième partie, III	210
A/CN.9/67	Volume III: 1972	Deuxième partie, II, 1	159
A/CN.9/70 et Add.2	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, B, 1	105
A/CN.9/73	Volume III: 1972	Deuxième partie, II, B, 3	115
A/CN.9/74 et annexe I	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 1	151
A/CN.9/75	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, A, 3	69
A/CN.9/76 et Add.1	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 4 et 5	222
A/CN.9/77	Volume IV: 1973	Deuxième partie, II, 1	114
A/CN.9/78	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, B	89
A/CN.9/79	Volume IV: 1973	Deuxième partie, III, 1	143
A/CN.9/82	Volume IV: 1973	Deuxième partie, V	217
A/CN.9/86	Volume V: 1974	Deuxième partie, II, 1	97
A/CN.9/87	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 1	29
A/CN.9/87, annexes I à IV	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 2-5	51
A/CN.9/88 et Add.1	Volume V: 1974	Deuxième partie, III, 1 et 2	113
A/CN.9/91	Volume V: 1974	Deuxième partie, IV	191
A/CN.9/94 et Add.1 et 2	Volume V: 1974	Deuxième partie, V	195
A/CN.9/96 et Add.1	Volume VI: 1975	Deuxième partie, IV, 1 et 2	187
A/CN.9/97 et Add.1 à 4	Volume VI: 1975	Deuxième partie, III	163
A/CN.9/98	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 6	114
A/CN.9/99	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 1	121
A/CN.9/100, annexes I à IV	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 1-5	49
A/CN.9/101 et Add.1	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 3 and 4	137
A/CN.9/102	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 5	159
A/CN.9/103	Volume VI: 1975	Deuxième partie, V	255
A/CN.9/104	Volume VI: 1975	Deuxième partie, VI	305
A/CN.9/105	Volume VI: 1975	Deuxième partie, IV, 3	248
A/CN.9/105, annexe	Volume VI: 1975	Deuxième partie, IV, 4	274
A/CN.9/106	Volume VI: 1975	Deuxième partie, VIII	314
A/CN.9/107	Volume VI: 1975	Deuxième partie, VII	311
A/CN.9/109 et Add.1 et 2	Volume VII: 1976	Deuxième partie, IV, 1 à 3	196
A/CN.9/110	Volume VII: 1976	Deuxième partie, IV, 4	278
A/CN.9/112 et Add.1	Volume VII: 1976	Deuxième partie, III, 1 et 2	157
A/CN.9/113	Volume VII: 1976	Deuxième partie, III, 3	184
A/CN.9/114	Volume VII: 1976	Deuxième partie, III, 4	194
A/CN.9/115	Volume VII: 1976	Deuxième partie, IV, 5	322
A/CN.9/116 et annexes I et II	Volume VII: 1976	Deuxième partie, I, 1 à 3	89

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/117	Volume VII: 1976	Deuxième partie, II, 1	143
A/CN.9/119	Volume VII: 1976	Deuxième partie, VI	327
A/CN.9/121	Volume VII: 1976	Deuxième partie, V	326
A/CN.9/125 et Add.1 à 3	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, D	119
A/CN.9/126	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, E	158
A/CN.9/127	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, III	256
A/CN.9/128 et annexes I et II	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, A à C	79
A/CN.9/129 et Add.1	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, VI, A et B	327
A/CN.9/131	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, II, A	191
A/CN.9/132	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, II, B	244
A/CN.9/133	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, IV, A	257
A/CN.9/135	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, F	184
A/CN.9/137	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, V	324
A/CN.9/139	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, IV, B	300
A/CN.9/141	Volume IX: 1978	Deuxième partie, II, A	168
A/CN.9/142	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, A	71
A/CN.9/143	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, C	121
A/CN.9/144	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, D	123
A/CN.9/145	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, E	136
A/CN.9/146 et Add.1 à 4	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, F	143
A/CN.9/147	Volume IX: 1978	Deuxième partie, II, B	183
A/CN.9/148	Volume IX: 1978	Deuxième partie, III	204
A/CN.9/149 et Corr.1 et 2	Volume IX: 1978	Deuxième partie, IV, A	206
A/CN.9/151	Volume IX: 1978	Deuxième partie, V	225
A/CN.9/155	Volume IX: 1978	Deuxième partie, IV, B	223
A/CN.9/156	Volume IX: 1978	Deuxième partie, IV, C	223
A/CN.9/157	Volume X: 1979	Deuxième partie, II, A	68
A/CN.9/159	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, A	41
A/CN.9/160	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, B	43
A/CN.9/161	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, C	44
A/CN.9/163	Volume X: 1979	Deuxième partie, II, B	85
A/CN.9/164	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, D	54
A/CN.9/165	Volume X: 1979	Deuxième partie, II, C	88
A/CN.9/166	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, A	95
A/CN.9/167	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, B	99
A/CN.9/168	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, C	108
A/CN.9/169	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, D	117
A/CN.9/170	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, E	118
A/CN.9/171	Volume X: 1979	Deuxième partie, IV	121
A/CN.9/172	Volume X: 1979	Deuxième partie, V	131
A/CN.9/175	Volume X: 1979	Deuxième partie, VI	140
A/CN.9/176	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, A	123
A/CN.9/177	Volume XI: 1980	Deuxième partie, II	39
A/CN.9/178	Volume XI: 1980	Deuxième partie, III, A	45
A/CN.9/179	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, A	101
A/CN.9/180	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, B	104
A/CN.9/181 et annexe	Volume XI: 1980	Deuxième partie, III, B et C	56
A/CN.9/183	Volume XI: 1980	Deuxième partie, I	37
A/CN.9/186	Volume XI: 1980	Deuxième partie, III, D	92
A/CN.9/187 et Add.1 à 3	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, C	113
A/CN.9/189	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, D	119
A/CN.9/191	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, B	128

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/192 et Add.1 et 2	Volume XI: 1980	Deuxième partie, VI	145
A/CN.9/193	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, C	142
A/CN.9/194	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, D	143
A/CN.9/196	Volume XII: 1981	Deuxième partie, II, A	53
A/CN.9/197	Volume XII: 1981	Deuxième partie, I, A	27
A/CN.9/198	Volume XII: 1981	Deuxième partie, IV, A	99
A/CN.9/199	Volume XII: 1981	Deuxième partie, II, B	74
A/CN.9/200	Volume XII: 1981	Deuxième partie, II, C	75
A/CN.9/201	Volume XII: 1981	Deuxième partie, I, C	50
A/CN.9/202 et Add.1 à 4	Volume XII: 1981	Deuxième partie, V, A	203
A/CN.9/203	Volume XII: 1981	Deuxième partie, V, B	252
A/CN.9/204	Volume XII: 1981	Deuxième partie, VIII	279
A/CN.9/205/Rev.1	Volume XII: 1981	Deuxième partie, VI	273
A/CN.9/206	Volume XII: 1981	Deuxième partie, VII	275
A/CN.9/207	Volume XII: 1981	Deuxième partie, III	79
A/CN.9/208	Volume XII: 1981	Deuxième partie, V, C	271
A/CN.9/210	Volume XIII: l982	Deuxième partie, II, A, 1	47
A/CN.9/211	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 3	117
A/CN.9/212 (E = Corr.1)	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 5	199
A/CN.9/213	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 4	131
A/CN.9/214	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 6	211
A/CN.9/215	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, B, 1	270
A/CN.9/216	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, III, A	308
A/CN.9/217	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, IV, A	339
A/CN.9/218	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, I, A	29
A/CN.9/219 et Add.1 (F = Corr.1)	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, I, B	37
A/CN.9/220	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, B, 3	290
A/CN.9/221 (F = Corr.1)	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, C	292
A/CN.9/222	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, III, C	334
A/CN.9/223	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 7	268
A/CN.9/224	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, V	427
A/CN.9/225 (F = Corr.1)	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VI, B	433
A/CN.9/226	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VI, A	433
A/CN.9/227	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VII	451
A/CN.9/228	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VIII	453
A/CN.9/229	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VI, C	447
A/CN.9/232	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, A	37
A/CN.9/233	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, C	65
A/CN.9/234	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, IV, A	107
A/CN.9/235	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, I	29
A/CN.9/236	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, C	183
A/CN.9/237 et Add.1 à 3	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, B	145
A/CN.9/238	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, D	190
A/CN.9/239	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, A	143
A/CN.9/240	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, VII	207
A/CN.9/241	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, VI	205
A/CN.9/242	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, II	35
A/CN.9/245	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 1	151
A/CN.9/246 et annexe	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B,	
A/CN.9/247	Volume XV: 1984	Deuxième partie, III, A	235
A/CN.9/248	Volume XV: 1984	Deuxième partie, I, A, 1	29
A/CN.9/249 et Add.1	Volume XV: 1984	Deuxième partie, I, A, 2	100

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/250 et Add.1 à 4	Volume XV: 1984	Deuxième partie, I, B	109
A/CN.9/251	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, B	321
A/CN.9/252 et annexes I et II	Volume XV: 1984	Deuxième partie, IV, A et B	251
A/CN.9/253	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, C	330
A/CN.9/254	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, D	335
A/CN.9/255	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, A	319
A/CN.9/256	Volume XV: 1984	Deuxième partie, VII	341
A/CN.9/257	Volume XV: 1984	Deuxième partie, VI	339
A/CN.9/259	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, A, 1	209
A/CN.9/260	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IV, A	341
A/CN.9/261	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, II, A	147
A/CN.9/262	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, B, 1	261
A/CN.9/263 et Add.1 à 3	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, I, A	55
A/CN.9/264	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, I, B	106
A/CN.9/265	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, V	365
A/CN.9/266 et Add.1 et 2	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, II, B	157
A/CN.9/267	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IX	401
A/CN.9/268	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, C	339
A/CN.9/269	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, VI	381
A/CN.9/270	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, VIII	399
A/CN.9/271	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, VII	395
A/CN.9/273	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 1	43
A/CN.9/274	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 2	61
A/CN.9/275	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, III, A	187
A/CN.9/276	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, II, A	89
A/CN.9/277	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, II, C	173
A/CN.9/278	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, B	83
A/CN.9/279	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, V	247
A/CN.9/280	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, IV	230
A/CN.9/281	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, VI	263
A/CN.9/282	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, VIII	309
A/CN.9/283	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, VII	303
A/CN.9/285	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 4	81
A/CN.9/287	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, III, A	115
A/CN.9/288	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, I, 1	49
A/CN.9/289	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 1	105
A/CN.9/290	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 4	112
A/CN.9/291	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, B	113
A/CN.9/292	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, IV	141
A/CN.9/293	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, VI	153
A/CN.9/294	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, V	147
A/CN.9/297	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, I, A, 1	25
A/CN.9/298	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, II, A	67
A/CN.9/299	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, X, B	171
A/CN.9/300	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, X, A	169
A/CN.9/301	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, I, B	49
A/CN.9/302	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, III	93
A/CN.9/303	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, IX	155
A/CN.9/304	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, A	131
A/CN.9/305	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, B	136
A/CN.9/306	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, IV	109
A/CN.9/307	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, V, A	115

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/308	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, V, B	119
A/CN.9/309	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VI	123
A/CN.9/310	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, D	146
A/CN.9/311	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VIII	149
A/CN.9/312	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, C	142
A/CN.9/315	Volume XX: 1989	Deuxième partie, II, A	111
A/CN.9/316	Volume XX: 1989	Deuxième partie, IV, A	197
A/CN.9/317	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, A	43
A/CN.9/318	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, C	73
A/CN.9/319 et Add.1 à 5	Volume XX: 1989	Deuxième partie, III, A	161
A/CN.9/320	Volume XX: 1989	Deuxième partie, III, B	188
A/CN.9/321	Volume XX: 1989	Deuxième partie, III, C	193
A/CN.9/322	Volume XX: 1989	Deuxième partie, V	223
A/CN.9/323	Volume XX: 1989	Deuxième partie, VIII	267
A/CN.9/324	Volume XX: 1989	Deuxième partie, VI	233
A/CN.9/325	Volume XX: 1989	Deuxième partie, VII	261
A/CN.9/328	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, A	28
A/CN.9/329	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, D	72
A/CN.9/330	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, IV, A	237
A/CN.9/331	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, II, A	123
A/CN.9/332 et Add.1 à 7	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, III	185
A/CN.9/333	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, V	253
A/CN.9/334	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, VI	267
A/CN.9/335	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, IX	297
A/CN.9/336	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, VII	269
A/CN.9/337	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, VIII	291
A/CN.9/338	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, X	301
A/CN.9/341	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, C	144
A/CN.9/342	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, A	311
A/CN.9/343	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, II, A	261
A/CN.9/344	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, E	195
A/CN.9/345	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, C	340
A/CN.9/346	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, A	51
A/CN.9/347 et Add.1	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, B	102
A/CN.9/348	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, V, B	399
A/CN.9/349	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, VIII	447
A/CN.9/350	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, IV	381
A/CN.9/351	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, VI	443
A/CN.9/352	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, V	399
A/CN.9/353	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, VI	435
A/CN.9/356	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, A	197
A/CN.9/357	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, II, A	37
A/CN.9/358	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, IV, A	291
A/CN.9/359	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, C	247
A/CN.9/360	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, V, A	347
A/CN.9/361	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, IV, C	327
A/CN.9/362 et Add.1 à 17	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, II, C	91
A/CN.9/363	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, VIII	395
A/CN.9/364	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, VI, A	383
A/CN.9/367	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, I, A	29
A/CN.9/368	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, VII	387
A/CN.9/371	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, A	43

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/372	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, A	139
A/CN.9/373	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, III, A	199
A/CN.9/374 et Corr.1	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, C	175
A/CN.9/375	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, C	102
A/CN.9/376 et Add.1 et 2	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, D	120
A/CN.9/377	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, E	136
A/CN.9/378 et Add.1 à 5	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, IV, A to F	227
A/CN.9/379	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, VII	293
A/CN.9/380	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, V	261
A/CN.9/381	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, VI	285
A/CN.9/384	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VI, A	245
A/CN.9/385	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VII	257
A/CN.9/386	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VI, B	251
A/CN.9/387	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, A	149
A/CN.9/388	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, II, A	113
A/CN.9/389	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, A	37
A/CN.9/390	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, C	186
A/CN.9/391	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, II, C	133
A/CN.9/392	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, C	59
A/CN.9/393	Volume XXIV: 1994	Troisième partie, I	321
A/CN.9/394	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, E	108
A/CN.9/395	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VIII	263
A/CN.9/396 et Add. 1	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, IV	211
A/CN.9/397	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, V, A	229
A/CN.9/398	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, V, B	239
A/CN.9/399	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, V, C	242
A/CN.9/400	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, X	299
A/CN.9/401	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, IX, A	287
A/CN.9/401/Add.1	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, IX, B	294
A/CN.9/403	Volume XXV: 1994	Troisième partie, II	323
A/CN.9/405	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, A	67
A/CN.9/406	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, A	111
A/CN.9/407	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, C	141
A/CN.9/408	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, C	91
A/CN.9/409 et Add.1 à 4	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, E	177
A/CN.9/410	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, III	201
A/CN.9/411	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, D	111
A/CN.9/412	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, IV, C	225
A/CN.9/413	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, IV, A	215
A/CN.9/414	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, IV, B	218
A/CN.9/415	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, VI	245
A/CN.9/416	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, V	237
A/CN.9/419 et Corr.1 (anglais seulement)	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, A	117
A/CN.9/420	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, IV	189
A/CN.9/421	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, II, A	51
A/CN.9/422	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, C	152
A/CN.9/423	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, I, A	47
A/CN.9/424	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, V	217
A/CN.9/425	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, I, B	58
A/CN.9/426	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, II, C	99
A/CN.9/427	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, VII	239
A/CN.9/428	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, VI	231

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/431 et Corr. 1	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, V	301
A/CN.9/432	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, A	129
A/CN.9/433	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, A	47
A/CN.9/434	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, C	178
A/CN.9/435	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, C	75
A/CN.9/436	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, E	112
A/CN.9/437	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, III, A	229
A/CN.9/438 et Add.1 à 3	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, IV	271
A/CN.9/439	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, VIII	311
A/CN.9/440	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, VII	309
A/CN.9/444 et Add.1 à 5	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, III	194
A/CN.9/445	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, A	39
A/CN.9/446	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, A	137
A/CN.9/447	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, C	93
A/CN.9/448	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, VI	271
A/CN.9/449	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, V	269
A/CN.9/450	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, D	191
A/CN.9/454	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, A	165
A/CN.9/455	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, A	57
A/CN.9/456	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, E	109
A/CN.9/457	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, D	208
A/CN.9/458 et Add.1 à 9	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, III	245
A/CN.9/459 et Add.1	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, IV	373
A/CN.9/460	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, V	395
A/CN.9/461	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, IX	425
A/CN.9/462	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, VIII	423
A/CN.9/462/Add.1	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, VI	417
A/CN.9/465	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, A	409
A/CN.9/466	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, II, A	207
A/CN.9/467	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, C	457
A/CN.9/468	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, IV, A	511
A/CN.9/469	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, A	551
A/CN.9/470	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, II, E	310
A/CN.9/471 et Add.1 à 9	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I	25
A/CN.9/472 et Add.1 à 4	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, II, F	370
A/CN.9/473	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, IX	679
A/CN.9/474	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VIII	677
A/CN.9/475	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, C	595
A/CN.9/476	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, D	610
A/CN.9/477	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VI, A	617
A/CN.9/478	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VI, B	634
A/CN.9/479	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VI, C	639
A/CN.9/483	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, A	181
A/CN.9/484	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, C	226
A/CN.9/485 and Corr.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, A	341
A/CN.9/486	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, I, A	71
A/CN.9/487	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, D	389
A/CN.9/488	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, V, A	431
A/CN.9/489 et Add.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, I, B	105
A/CN.9/490 et Add.1 à 5	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, I, C	152
A/CN.9/491 et Add.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, I, D	171
A/CN.9/492 et Add. 1 à 3	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, I	303

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/493	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, J	313
A/CN.9/494	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, VIII	471
A/CN.9/495	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, IV	425
A/CN.9/496	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, V, B	434
A/CN.9/497	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, V, C	455
A/CN.9/498	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, VI	463
A/CN.9/499	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, IX, B	480
A/CN.9/500	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, IX, A	477
A/CN.9/501	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, VII	469
A/CN.9/504	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, A	179
A/CN.9/505	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, II	161
A/CN.9/506	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, A	53
A/CN.9/507	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, D	246
A/CN.9/508	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, D	99
A/CN.9/509	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IV, A	371
A/CN.9/510	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, VI, A	523
A/CN.9/511	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, H	334
A/CN.9/512	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, V, A	439
A/CN.9/513 et Add.1 et 2	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, G	136
A/CN.9/514	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, H	145
A/CN.9/515	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IX	607
A/CN.9/516	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, VIII	605
A/CN.9/518	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, J	367
A/CN.9/521	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, I, A	47
A/CN.9/522, et Add.1 et 2	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, I, C	106
A/CN.9/523	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, III, A	335
A/CN.9/524	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, III, C	349
A/CN.9/525	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, A	369
A/CN.9/526	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, C	391
A/CN.9/527	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, A	585
A/CN.9/528	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, C	613
A/CN.9/529	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, A	169
A/CN.9/531	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VI, A	653
A/CN.9/532	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VI, C	692
A/CN.9/533, et Add.1 à 7	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, I, D	152
A/CN.9/534	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, G	325
A/CN.9/535	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, F	322
A/CN.9/536	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IX	729
A/CN.9/537	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, X	735
A/CN.9/539 et Add.1	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VII, A	707
A/CN.9/540	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VII, B	718

6. Documents soumis aux Groupes de travail

a) Groupe de travail I

i) Délais et prescription

A/CN.9/WG.1/WP.9	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, C, 1	81

ii) Projets d'infrastructure à financement privé

A/CN.9/WG.I/WP.29 et Add.1 et 2	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, I, B	84

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
	(b) Groupe de travail II		
	(i) Vente internationale de marchandises		
A/CN.9/WG.2/WP.1	Volume I: 1968-1979	Troisième partie, I, A, 2	188
A/CN.9/WG.2/WP.6	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, A, 1	37
A/CN.9/WG.2/WP.8	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 1	31
A/CN.9/WG.2/WP.9	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 2	41
A/CN.9/WG.2/WP.10	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 3	54
A/CN.9/WG.2/WP.11	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 4	69
A/CN.9/WG.2/WP.15	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, A, 1	31
A/CN.9/WG.2/WP.16	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, A, 2	36
A/CN.9/WG.2/WP.15/Add.1	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 3	60
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.1	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 4	65
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.2	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 4	65
A/CN.9/WG.2/WP.20	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 4	88
A/CN.9/WG.2/WP.2 et Add.1 et 2	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 3	70
A/CN.9/WG.2/WP.26 et Add.1 et appendice I	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, C	90
A/CN.9/WG.2/WP.27	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, B	85
A/CN.9/WG.2/WP.28	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, B	85
	ii) Pratiques en matière de contrats internationaux		
A/CN.9/WG.2/WP.33 et Add.1	Volume XII: 1981	Deuxième partie, I, B, 1 et 2	33
A/CN.9/WG.II/WP.35	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, III, B	325
A/CN.9/WG.II/WP.37	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, B, 1	56
A/CN.9/WG.II/WP.38	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, B, 2	62
A/CN.9/WG.II/WP.40	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, D, 1	87
A/CN.9/WG.II/WP.41	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, D, 2	94
A/CN.9/WG.II/WP.42	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, D, 3	101
A/CN.9/WG.II/WP.44	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 2, A	175
A/CN.9/WG.II/WP.45	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 2, B	180
A/CN.9/WG.II/WP.46	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 2, C	184
A/CN.9/WG.II/WP.48	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 3, A	217
A/CN.9/WG.II/WP.49	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 3, B	225
A/CN.9/WG.II/WP.50	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 3, C	229
A/CN.9/WG.II/WP.52 et Add.1	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IV, B, 1	355
A/CN.9/WG.II/WP.53	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IV, B, 3	362
A/CN.9/WG.II/WP.55	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, III, B, 1	202
A/CN.9/WG.II/WP.56	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, III, B, 2	217
A/CN.9/WG.II/WP.58	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, III, B	132
A/CN.9/WG.II/WP.60	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, II, B	84
A/CN.9/WG.II/WP.62	Volume XX: 1989	Deuxième partie, IV, B, 1	215
A/CN.9/WG.II/WP.63	Volume XX: 1989	Deuxième partie, IV, B, 2	218
A/CN.9/WG.II/WP.65	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, IV, B	250
A/CN.9/WG.II/WP.67	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, B, 1	342
A/CN.9/WG.II/WP.68	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, B, 2	349
A/CN.9/WG.II/WP.70	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, D, 1	373
A/CN.9/WG.II/WP.71	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, D, 2	393
A/CN.9/WG.II/WP.73 et Add.1	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, IV, B	333
A/CN.9/WG.II/WP.76 et Add.1	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, B, 1	166

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/WG.II/WP.77	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, B, 2	180
A/CN.9/WG.II/WP.80	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, II, B	135
A/CN.9/WG.II/WP.83	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, B	88
A/CN.9/WG.II/WP.87	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, B	161
A/CN.9/WG.II/WP.89	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D, 1	211
A/CN.9/WG.II/WP.90	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D, 2	223
A/CN.9/WG.II/WP.91	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D, 3	227
A/CN.9/WG.II/WP.93	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, B	70
A/CN.9/WG.II/WP.96	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, D	115
A/CN.9/WG.II/WP.98	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, B	84
A/CN.9/WG.II/WP.99	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, C	102
A/CN.9/WG.II/WP.100	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, D	108
A/CN.9/WG.II/WP.102	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, F	145
A/CN.9/WG.II/WP.104	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I, B	246
A/CN.9/WG.II/WP.105	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I, C	271
A/CN.9/WG.II/WP.106	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I, D	288
A/CN.9/WG.II/WP.108 et Add.1	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, IV, B	529
A/CN.9/WG.II/WP.110	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, B	364
A/CN.9/WG.II/WP.111	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, C	383
A/CN.9/WG.II/WP.113 et Add.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, E	411
A/CN.9/WG.II/WP.115	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, B	78
A/CN.9/WG.II/WP.116	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, C	89
A/CN.9/WG.II/WP.118	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, E	113
A/CN.9/WG.II/WP.119	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, F	120
A/CN.9/WG.II/WP.121	Volume XXXIV 2003	Deuxième partie, III, B	348
A/CN.9/WG.II/WP.123	Volume XXXIV 2003	Deuxième partie, III, D	362
	c) Groupe de travail III		
	i) Réglementation internationale des transports maritimes		
A/CN.9/WG.III/WP.6	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 2	161
A/CN.9/WG.III/WP.7	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 3	171
A/CN.9/WG.III/WP.11	Volume V: 1974	Deuxième partie, III, 3	173
	(ii) Droit des transports		
A/CN.9/WG.III/WP.21 et Add.1	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, VI, B	552
A/CN.9/WG.III/WP.23	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, B	389
A/CN.9/WG.III/WP.25	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, D	431
A/CN.9/WG.III/WP.26	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, E	433
A/CN.9/WG.III/WP.27	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, F	435
A/CN.9/WG.III/WP.28	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, G	535
A/CN.9/WG.III/WP.29	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, H	557
A/CN.9/WG.III/WP.30	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, I	579
	d) Groupe de travail IV		
	i) Effets de commerce internationaux		
A/CN.9/WG.IV/WP.2	Volume IV: 1973	Deuxième partie, II, 2	130
A/CN.9/WG.IV/CRP.5	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 2	151
A/CN.9/WG.IV/WP.21	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2 A	79
A/CN.9/WG.IV/WP.22	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2 B	85

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/WG.IV/WP.23	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2 C	87
A/CN.9/WG.IV/WP.24 et Add.1 et 2	Volume XIII: 1982	Deuxième partie,II, A, 2 d à f	89
A/CN.9/WG.IV/WP.25 et Add.1	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2 g et h	105
A/CN.9/WG.IV/WP.27	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, B, 2	281
A/CN.9/WG.IV/WP.30	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 3	74
A/CN.9/WG.IV/WP.32 et Add.1 à 10	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, I, 2	69
A/CN.9/WG.IV/WP.33	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, I, 3	102
	ii) Paiements internationaux		
A/CN.9/WG.IV/WP.35	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, I, A, 2	37
A/CN.9/WG.IV/WP.37	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, B	60
A/CN.9/WG.IV/WP.39	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, D	94
A/CN.9/WG.IV/WP.41	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, B	43
A/CN.9/WG.IV/WP.42	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, C	62
A/CN.9/WG.IV/WP.44	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, E	95
A/CN.9/WG.IV/WP.46 et Corr.1	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, D, 1	170
A/CN.9/WG.IV/WP.47	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, D, 2	204
A/CN.9/WG.IV/WP.49	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, F	226
A/CN.9/WG.IV/WP.51	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, II, B	50
	iii) Commerce électronique		
A/CN.9/WG.IV/WP.53	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, V, B	389
A/CN.9/WG.IV/WP.55	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, III, B	223
A/CN.9/WG.IV/WP.57	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, B, 1	182
A/CN.9/WG.IV/WP.58	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, B, 2	192
A/CN.9/WG.IV/WP.60	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, D	216
A/CN.9/WG.IV/WP.62	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, B	141
A/CN.9/WG.IV/WP.64	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 1	161
A/CN.9/WG.IV/WP.65	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 2	176
A/CN.9/WG.IV/WP.66	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 3	177
A/CN.9/WG.IV/WP.67	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 4	181
A/CN.9/WG.IV/WP.69	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, II, B	82
A/CN.9/WG.IV/WP.71	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, III, B	253
A/CN.9/WG.IV/WP.73	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, B	171
A/CN.9/WG.IV/WP.74	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, C	190
A/CN.9/WG.IV/WP.76	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, B	191
A/CN.9/WG.IV/WP.77	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, C	205
A/CN.9/WG.IV/WP.79	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, E	226
A/CN.9/WG.IV/WP.80	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, F	239
A/CN.9/WG.IV/WP.82	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, B	431
A/CN.9/WG.IV/WP.84	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, B	479
A/CN.9/WG.IV/WP.86 et Add.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, B	204
A/CN.9/WG.IV/WP.88	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, D	244
A/CN.9/WG.IV/WP.89	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, E	270
A/CN.9/WG.IV/WP.90	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, F	277
A/CN.9/WG.IV/WP.91	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, G	294
A/CN.9/WG.IV/WP.93	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, H	302
A/CN.9/WG.IV/WP.94	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IV, B	387
A/CN.9/WG.IV/WP.95	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IV, C	406
A/CN.9/WG.IV/WP.96	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IV, D	425
A/CN.9/WG.IV/WP.98 et Add.1 à 4	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, B	601

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/WG.IV/WP.98 et Add. 5 et 6	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, D	632
A/CN.9/WG.IV/WP.100	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, E 639	
A/CN.9/WG.IV/WP.101	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, F 647	
	e) Groupe de travail V		
	i) Nouvel ordre économique international		
A/CN.9/WG.V/WP.4 et Add.1 à 8	Volume XII: 1981	Deuxième partie, IV, B, 1	107
A/CN.9/WG.V/WP.5	Volume XII: 1981	Deuxième partie, IV, B, 2	201
A/CN.9/WG.V/WP.7 et Add.1 à 6	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, IV, B	352
A/CN.9/WG.V/WP.9 et Add.1 à 5	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, IV, B	112
A/CN.9/WG.V/WP.11 et Add.1 à 9	Volume XV: 1984	Deuxième partie, III, B	247
A/CN.9/WG.V/WP.13 et Add.1 à 6	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, A, 2	225
A/CN.9/WG.V/WP.15 et Add.1 à 10	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, B, 2	281
A/CN.9/WG.V/WP.17 et Add.1 à 9	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, II, B	112
A/CN.9/WG.V/WP.19	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 2	108
A/CN.9/WG.V/WP.20	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 3	109
A/CN.9/WG.V/WP.22	Volume XX: 1989	Deuxième partie, II, B	125
A/CN.9/WG.V/WP.24	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, II, B	145
A/CN.9/WG.V/WP.25	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, II, C	159
A/CN.9/WG.V/WP.27	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, II, B, 1	299
A/CN.9/WG.V/WP.28	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, II, B, 2	308
A/CN.9/WG.V/WP.30	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, B, 1	236
A/CN.9/WG.V/WP.31	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, B, 2	259
A/CN.9/WG.V/WP.33	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, D, 1	291
A/CN.9/WG.V/WP.34	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, D, 2	291
A/CN.9/WG.V/WP.36	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, B	85
A/CN.9/WG.V/WP.38	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, B	58
A/CN.9/WG.V/WP.40	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, D	92
	ii) Insolvabilité transnationale		
A/CN.9/WG.V/WP.42	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, B	140
A/CN.9/WG.V/WP.44	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, D	174
A/CN.9/WG.V/WP.46	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, B	68
A/CN.9/WG.V/WP.48	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, D	102
A/CN.9/WG.V/WP.50	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, B	571
A/CN.9/WG.V/WP.54 et Add.1 et 2	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, B	199
A/CN.9/WG.V/WP.55	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, C	238
A/CN.9/WG.V/WP.57	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, E	275
A/CN.9/WG.V/WP.58	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, F	286
A/CN.9/WG.V/WP.59	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, G	332
A/CN.9/WG.V/WP.61 et Add.1 et 2	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, I	347
A/CN.9/WG.V/WP.63 et Add. 3 à 15	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, B	185
A/CN.9/WG.V/WP.64	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, C	284
A/CN.9/WG.V/WP.63 et Add. 1 et 2 et Add.16 et 17	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, E	301
	f) Groupe de travail VI: Sûretés		
A/CN.9/WG.VI/WP.2 et Add.1 à 12	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, V, B	451
A/CN.9/WG.VI/WP.3	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, V, C	514
A/CN.9/WG.VI/WP.4	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, V, D	519

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/WG.VI/WP.6 et Add.1 à 5	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VI, B	663
7. Comptes rendus analytiques des débats de la CNUDCI			
A/CN.9/SR.93 à 123	Volume III: 1972	Supplément	1
A/CN.9/SR.254 à 256	Volume XIV: 1983	Troisième partie, I, A	211
A/CN.9/SR.255 à 261	Volume XIV: 1983	Troisième partie, I, B, 1	216
A/CN.9/SR.270 à 278, 282 et 283	Volume XIV: 1983	Troisième partie, I, B, 2	239
A/CN.9/SR.286 à 299 et 301	Volume XV: 1984	Troisième partie, I	339
A/CN.9/SR.305 à 333	Volume XVI: 1985	Troisième partie, II	415
A/CN.9/SR.335 à 353, 355 et 356	Volume XVII: 1986	Troisième partie, II	327
A/CN.9/SR.378, 379, 381 à 385 et 388	Volume XVIII: 1987	Troisième partie, III	175
A/CN.9/SR.402 à 421, 424 et 425	Volume XX: 1989	Troisième partie, II	279
A/CN.9/SR.439 à 462 et 465	Volume XXII: 1991	Troisième partie, II	483
A/CN.9/SR.467 à 476, 481 et 482	Volume XXIII: 1992	Troisième partie, III	443
A/CN.9/SR.494 à 512	Volume XXIV: 1993	Troisième partie, III	365
A/CN.9/SR.520 à 540	Volume XXV: 1994	Troisième partie, III	369
A/CN.9/SR.547 à 579	Volume XXVI: 1995	Troisième partie, III	261
A/CN.9/SR.583 à 606	Volume XXVII: 1996	Troisième partie, III	263
A/CN.9/SR.607 à 631	Volume XXVIII: 1997	Troisième partie, III	353
A/CN.9/SR.676 à 703	Volume XXXI: 2000	Troisième partie, II	689
A/CN.9/SR.711 à 730	Volume XXXII: 2001	Troisième partie, III	503
A/CN.9/SR.739 à 752	Volume XXXIII: 2002	Troisième partie, III	621
A/CN.9/SR.758 à 774	Volume XXXIV: 2003	Troisième partie, II	753
8. Textes adoptés par des conférences de plénipotentiaires			
A/CONF.63/14 et Corr.1	Volume V: 1974	Troisième partie, I, A	217
A/CONF.63/15	Volume V: 1974	Troisième partie, I, B	218
A/CONF.63/17	Volume X: 1979	Troisième partie, I	155
A/CONF.89/13, annexes I à III	Volume IX: 1978	Troisième partie, I, A à D	241
A/CONF.97/18 et annexes I et II	Volume XI: 1980	Troisième partie, I, A à C	159
A/CONF.152/13	Volume XXIII: 1992	Troisième partie, I	429
9. Bibliographies des écrits ayant trait aux travaux de la CNUDCI			
(sans cote)	Volume I: 1968-1970	Troisième partie	320
A/CN.9/L.20/Add.1	Volume II: 1971	Deuxième partie	155
(sans cote)	Volume II: 1971	Deuxième partie	161
(sans cote)	Volume III: 1972	Deuxième partie	339
(sans cote)	Volume IV: 1973	Deuxième partie	255
A/CN.9/L.25	Volume V: 1974	Troisième partie, II, A	223
(sans cote)	Volume V: 1974	Troisième partie, II, B	224
(sans cote)	Volume VI: 1975	Troisième partie, II, A	329
(sans cote)	Volume VII: 1976	Troisième partie, A	345
(sans cote)	Volume VIII: 1977	Troisième partie, A	351
(sans cote)	Volume IX: 1978	Troisième partie, II	250
(sans cote)	Volume X: 1979	Troisième partie, II	178
(sans cote)	Volume XI: 1980	Troisième partie, IV	179
(sans cote)	Volume XII: 1981	Troisième partie, III	287
(sans cote)	Volume XIII: 1982	Troisième partie, IV	464
(sans cote)	Volume XIV: 1983	Troisième partie, IV	280

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
(sans cote)	Volume XV: 1984	Troisième partie, II	387
A/CN.9/284	Volume XVI: 1985	Troisième partie, III	531
A/CN.9/295	Volume XVII: 1986	Troisième partie, III	409
A/CN.9/313	Volume XVIII: 1987	Troisième partie, III	201
A/CN.9/326	Volume XIX: 1988	Troisième partie, III	223
A/CN.9/339	Volume XX: 1989	Troisième partie, III	367
A/CN.9/354	Volume XXI: 1990	Troisième partie, I	333
A/CN.9/369	Volume XXII: 1991	Troisième partie, III	579
A/CN.9/382	Volume XXIII: 1992	Troisième partie, V	497
A/CN.9/402	Volume XXIV: 1993	Troisième partie, IV	443
A/CN.9/417	Volume XXV: 1994	Troisième partie, IV	445
A/CN.9/429	Volume XXVI: 1995	Troisième partie, IV	387
A/CN.9/441	Volume XXVII: 1996	Troisième partie, IV	331
A/CN.9/452	Volume XXVIII: 1997	Troisième partie, IV	441
A/CN.9/463	Volume XXIX: 1998	Troisième partie, II	281
A/CN.9/481	Volume XXX: 1999	Troisième partie, I	433
A/CN.9/502 et Corr.1	Volume XXXI: 2000	Troisième partie, III	771
A/CN.9/517	Volume XXXII 2001	Troisième partie, IV	579
A/CN.9/538	Volume XXXIII: 2002	Troisième partie, IV	673
A/CN.9/566	Volume XXXIV: 2003	Troisième partie, III	809

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.

Publié sur CD-ROM

Printed in Austria
V.05-52075—February 2009—65

United Nations publication
Sales No. F.08.V.8
ISBN 978-92-1-233450-9
ISSN 0251-4257

A/CN.9/SER.A/2004

9 789212 334509