



FR

CONSEIL DE DIRECTION
99^{ème} session (B)
Rome, 23-25 septembre 2020

UNIDROIT 2020
C.D. (99) B.3
Original: anglais
août 2020

Point n°4 de l'ordre du jour: Mise à jour et détermination de la portée de certains projets inscrits au Programme de travail 2020-2022

a) Meilleures pratiques pour des procédures d'exécution efficaces

(préparé par le Secrétariat)

<i>Sommaire</i>	<i>Mise à jour sur les activités relatives au projet sur les Meilleures pratiques pour des procédures d'exécution efficaces depuis la session à distance du Conseil de Direction (avril/mai 2020) et précision de la portée du projet</i>
<i>Action demandée</i>	<i>Le Conseil de Direction est invité à approuver la proposition quant au champ d'application du projet, à confirmer son degré de priorité et à autoriser la création d'un Groupe de travail</i>
<i>Mandat</i>	<i>Mise en œuvre de la décision prise par le Conseil de Direction conformément au Programme de travail 2020-2022</i>
<i>Degré de priorité</i>	<i>Elevé - à confirmer</i>
<i>Documents</i>	<i>Programme de travail pour la période triennale 2020-2022 (UNIDROIT 2019 – A.G. (78) 12) et UNIDROIT 2019 – A.G. (78) 3; UNIDROIT C.D. (99) A.3; UNIDROIT C.D. (99) A.8</i>

I. MISE A JOUR SUR L'ETAT DU PROJET ET SUR LES ACTIVITES DU SECRETARIAT DEPUIS LA REUNION A DISTANCE DU CONSEIL DE DIRECTION EN AVRIL/MAI 2020

1. En décembre 2018, le Secrétariat a reçu une proposition de la Banque mondiale pour le Programme de travail 2020-2022 concernant un projet sur la "Préparation d'un document de travail pour définir les meilleures pratiques en matière d'exécution des créances". Le Secrétariat l'a présenté lors de la discussion sur le Programme de travail 2020-2022, à la 98^{ème} session du Conseil de Direction en 2019, comme étant une continuation et en même temps un ajustement du champ d'application du projet "Principes de procédures effectives d'exécution" qui faisait déjà partie du Programme de travail 2017-2019. Le projet a été inclus dans le nouveau Programme de travail par l'Assemblée Générale ([A.G. \(78\) 12](#), para. 41 et 51, et [A.G. \(78\) 3](#)), confirmant la recommandation du Conseil de Direction ([C.D. \(98\) 17](#), para. 245). Bien qu'il y ait eu un accord substantiel sur l'importance du sujet et sur l'impact juridique, social et économique des travaux à mener, il a été

demandé au Secrétariat de reformuler de façon plus précise la portée du projet qui sera présentée à la 99^{ème} session du Conseil de Direction en 2020.

2. Au cours de la réunion à distance du Conseil de Direction en avril/mai 2020, les membres du Conseil ont commenté le document révisé du Secrétariat ([C.D. \(99\) A.3](#)), et autorisé la création d'un Groupe de travail exploratoire chargé de recueillir des commentaires d'experts sur les questions soulevées ([C.D. \(99\) A.8](#), par. 43-44).

3. En réponse à ce mandat, le Secrétariat d'UNIDROIT a préparé un document de consultation contenant, dans sa Partie V, une série de questions basées sur les observations recueillies au cours de la session à distance du Conseil (voir Annexe I - veuillez noter que le document a été diffusé en anglais uniquement). Le document visait à mieux cerner les orientations les plus appropriées pour le futur Groupe de travail en ce qui concerne la détermination du type d'instrument envisagé et de la portée du projet. Il constitue la base d'une première série de consultations à distance avec des experts et des organisations internationales sélectionnés.

4. Le Secrétariat a reçu les réponses de: Neil Cohen (Jeffrey D. Forchelli, Professeur de droit, Brooklyn Law School, Etats-Unis d'Amérique); Fernando Gascon Inchausti (Professeur de droit de la procédure civile, Université Complutense de Madrid, Espagne); Anselmo Reyes (Professeur, Université de Hong Kong et Juge à la SICC (Asie)); Teresa Rodriguez de las Heras Ballell (Professeure associée de droit commercial, Université Carlos III de Madrid, Espagne); Kathryn Sabo (Avocate générale, Section du droit international, administratif et constitutionnel, Ministère de la Justice (Canada), membre du Conseil de Direction d'UNIDROIT); Geneviève Saumier (Peter M. Laing Q.C. Professeur de droit, Université McGill, Québec, Canada); Rolf Stürner (Professeur de droit, Université de Freiburg, Allemagne). Il a également reçu des observations du Professeur Burkhard Hess (Directeur exécutif) et de Viebke Voss en tant que représentants de l'Institut Max-Planck de droit procédural réglementaire international et européen du Luxembourg, ainsi que de l'Union internationale des huissiers de justice (UIHJ). En outre, la consultation a bénéficié de la contribution de Jason Grant Allen (Chercheur principal, Université Humboldt de Berlin - Australie/Allemagne) et de Carla Reyes (Professeure adjointe de droit, Southern Methodist University Dallas, Etats-Unis d'Amérique) sur les questions liées aux nouvelles technologies et à l'exécution. Le Groupe de la Banque mondiale a également participé aux consultations et a réitéré son vif soutien et son intérêt à collaborer avec UNIDROIT. Des commentaires sur le document de consultation ont été fournis, en particulier, par Mahesh Uttamchandani, Directeur de la pratique (*Finance Competitiveness & Innovation Global Practice*); Nina Mocheva (Spécialiste principale, Secteur financier, *Insolvency & Debt Resolution*), Sergio Muro (Spécialiste, Secteur financier, *Insolvency & Debt Resolution*), Andres Martinez (Spécialiste principal, Secteur financier, *Insolvency & Debt Resolution*) et Klaus Decker (Spécialiste principal, Secteur public, *Governance Global Practice*, Groupe Banque mondiale).

5. La Partie II du présent document présente un résumé des réponses des consultations à distance et aborde, en particulier, les questions à examiner pour déterminer la portée globale du projet. Un Atelier de consultation interne auquel participeront les membres du Conseil de Direction d'UNIDROIT se tiendra le 21 septembre 2020 pour approfondir les questions en suspens (le projet d'ordre du jour de l'Atelier figure ci-joint en Annexe II).

6. La Partie III contient un plan de projet provisoire avec quelques considérations sur le type d'expertise qui serait nécessaire en vue d'élaborer un instrument sur les meilleures pratiques utiles et pertinentes sur le plan pratique dans ce domaine du droit.

II. RESULTATS DE LA PROCEDURE DE CONSULTATION ET QUESTIONS A EXAMINER POUR DETERMINER LA PORTEE DU PROJET

Commentaires généraux

7. Tous les participants ont reconnu l'importance fondamentale des procédures et des mécanismes pour une exécution efficace des revendications des créanciers, tant dans des contextes

transnationaux que dans des procédures civiles nationales, tenant compte de la nécessité d'assurer une protection juridique efficace des droits contractuels. Ils se sont également accordés sur les nombreux défis en matière d'exécution dans la plupart des juridictions, et sur l'absence, à l'heure actuelle, d'un instrument international complet et suffisamment détaillé fournissant des orientations aux législateurs nationaux pour surmonter ces défis. Certains experts ont évoqué expressément la nécessité de garantir non seulement le droit des créanciers à une exécution efficace, mais aussi une protection juridique suffisante pour les débiteurs, également considérée comme une condition préalable au bon fonctionnement du marché des prêts et des marchés financiers. Enfin, les experts ont généralement soutenu l'approche proposée dans le document de consultation présenté par le Secrétariat, en y apportant une contribution très utile sur les questions spécifiques soulevées dans la Partie V.

Question 1 (*Consultation Document* - juin 2020) – Quel type d'instrument international serait le plus approprié/utile dans ce contexte?

8. Pour l'introduction du Secrétariat sur cette question, voir *Consultation Document* – juin 2020 (en anglais seulement), Annexe I au présent document, paras 21-23.

9. Les participants se sont accordés sur le fait qu'il ne serait ni approprié ni envisageable de rédiger un instrument international contraignant (c'est-à-dire une convention), un instrument législatif tel qu'une loi type ou des principes ou règles détaillés structurés sous la forme d'un code complet. Un document d'orientation contenant les meilleures pratiques évitant les solutions "uniques" a été considéré comme une meilleure option. Les principales raisons qui ont motivé le choix de ce type d'instrument ont été les suivantes: l'interconnexion étroite de l'exécution avec plusieurs domaines du droit (par exemple, le droit de la propriété, le droit de l'insolvabilité, le droit constitutionnel) où il existe une divergence de concepts et d'approches juridiques nationaux; des situations culturelles, sociales et économiques nationales divergentes, ou encore le dynamisme des évolutions technologiques appliquées à l'exécution. Un commentateur a noté qu'un instrument d'orientation non contraignant pourrait, avec le temps, ouvrir la voie à des travaux législatifs internationaux futurs.

10. Quelques commentateurs ont toutefois fait remarquer qu'il faudrait être suffisamment détaillé pour suggérer d'éventuelles réglementations aux législateurs nationaux (par exemple, des règles modèles potentielles pour des questions spécifiques). Cela rendrait l'instrument plus utile et plus attrayant et permettrait d'aller au-delà du Code d'exécution de l'UIHJ existant. Il a également été noté qu'une décision sur le format spécifique de l'instrument dépendrait du contenu des sujets couverts par l'instrument. A cet égard, il a été proposé que le niveau de détail des suggestions de meilleures pratiques puisse être différencié en fonction des questions qui seront traitées par l'instrument.

11. Un commentateur a souligné que les meilleures pratiques devraient être déterminées sur la base d'une vaste analyse de droit comparé

Question 2 –L'instrument devrait-il couvrir à la fois l'exécution extrajudiciaire et judiciaire? Cette dichotomie serait-elle une simplification excessive des procédures et mécanismes existants?

12. Pour l'introduction du Secrétariat sur cette question, voir *Consultation Document* – juin 2020, Annexe I au présent document, paras 24-26.

Signification du terme "exécution" aux fins du projet

13. Une remarque plus générale a été faite sur la Question 2. Il a été suggéré que le futur Groupe de travail discute et parvienne préliminairement à une compréhension commune de ce que l'on entend par "exécution" aux fins du projet, car ce terme peut faire référence à différentes questions selon qu'il est utilisé dans un contexte international ou national, qui pourrait donner lieu à des malentendus.

14. Comme déjà indiqué dans le *Consultation Document* de juin 2020 (Partie IV, para. 13), le terme "exécution" est couramment utilisé dans les traités et la législation régionale portant sur l'efficacité transnationale des décisions judiciaires (par exemple, le Règlement Bruxelles I concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, refonte n° 1215/2012). De même, et indépendamment de l'existence d'un régime international, la force exécutoire d'une décision rendue dans une juridiction peut être reconnue par les règles de procédure internationales d'une autre juridiction. Ces instruments ou règles de procédure internationales ne réglementent toutefois pas les procédures et mécanismes de droit interne qui sont déclenchés lors de la reconnaissance de la force exécutoire de ces décisions. Par exemple, si une décision judiciaire rendue dans un pays X établit le droit d'une partie à un contrat d'obtenir le paiement d'une somme d'argent de l'autre partie, cette décision et son caractère exécutoire peuvent être reconnus dans le pays Y comme s'il s'agissait d'une décision rendue par un tribunal du pays Y. Cette reconnaissance ne concerne toutefois pas la phase suivante, c'est-à-dire la procédure que doit suivre le créancier pour exercer son droit. Le projet sur les meilleures pratiques pour des procédures d'exécution efficaces ne couvre pas la première question (la reconnaissance de la force exécutoire d'une décision étrangère) mais abordera la phase d'exécution spécifique, qu'elle découle d'une situation transnationale ou purement nationale.

15. Cette phase d'"exécution" doit en outre être distinguée d'un concept potentiellement plus large d'exécution de la revendication d'un créancier à l'encontre du débiteur. La catégorie plus vaste pourrait englober diverses situations, allant de l'exercice de recours contractuels par le créancier en cas d'inexécution par le débiteur (par exemple, en demandant des dommages-intérêts forfaitaires pour inexécution sur la base d'une clause contractuelle), au processus d'obtention d'une décision judiciaire contre un débiteur défaillant (par exemple, en introduisant une action en justice contre l'acheteur pour obtenir le paiement des sommes dues et en obtenant du tribunal le droit au paiement). Toutefois, comme l'indique le *Consultation Document* de juin 2020 (Partie II, para. 6), le projet sur les meilleures pratiques pour des procédures d'exécution efficaces vise à mettre l'accent sur les procédures et les mécanismes permettant d'assurer l'exécution concrète de la créance d'un créancier contre le débiteur.

16. A cet égard, différents types de processus ont été identifiés lors de la consultation. Une situation typique se présente, par exemple, lorsqu'un créancier a obtenu une décision judiciaire contre un débiteur défaillant et que cette décision déclenche une procédure permettant au créancier d'obtenir satisfaction, généralement en s'appliquant aux biens du débiteur. Une autre situation peut se présenter lorsqu'un système juridique reconnaît le droit d'un créancier de procéder à l'exécution contre le débiteur défaillant sans avoir à obtenir au préalable une décision judiciaire sur le fond. Une autre situation plus spécifique encore est celle d'un créancier garanti qui cherche à faire valoir ses droits sur la garantie, qui peut suivre des procédures différentes selon le droit applicable (voir aussi ci-dessous, Question 4).

17. Dans toutes ces situations, cependant, il faudra tenir compte de la relation éventuelle avec le processus d'évaluation du bien-fondé (c'est-à-dire si la demande du créancier est fondée ou si le débiteur peut exercer un moyen de défense contre le créancier). En d'autres termes, les experts devraient discuter de la mesure dans laquelle les meilleures pratiques sur les interconnexions de ces différentes phases peuvent être élaborées.

18. Un commentateur a fait remarquer que l'instrument pourrait devoir aborder la relation entre la procédure "déclaratoire" (ou procédure sur le fond) et la procédure d'exécution sous deux autres points de vue: la force exécutoire provisoire des décisions lorsqu'un appel est en cours (c'est-à-dire quand l'appel est totalement ou partiellement couronné de succès), et ce qui se passe lorsqu'il y a une requête extraordinaire en révision. A cet égard, les travaux d'UNIDROIT, notamment sur la procédure civile (par exemple, les Règles modèles européennes ELI/UNIDROIT sur les "voies de recours" - Partie IX) devraient être pris en considération pour garantir, entre autres, l'emploi d'une terminologie cohérente.

19. En outre, en réponse à la Question 8 sur l'impact de la technologie sur l'exécution, un commentateur a estimé que les "contrats intelligents" devraient être mentionnés dans l'instrument mais pas inclus comme exemples de procédures d'exécution, étant donné qu'ils ne représentent pas une véritable exécution d'une créance mais consistent à fournir des incitations à l'exécution ou à rendre l'exécution automatique en cas de survenance d'événements spécifiques. D'autres participants ont été plus nuancés quant à cette qualification. Pour plus de détails sur ce point, voir ci-dessous, la Question 8.

20. Le Secrétariat souhaiterait entamer une discussion sur ces aspects généraux du projet lors de l'Atelier exploratoire interne et lors des premières phases des travaux du Groupe de travail. Pour orienter cette discussion, une suggestion, apparue au cours du processus de consultation, était d'utiliser une *notion fonctionnelle de l'exécution*, qui ne coïncide pas nécessairement avec la signification technique du terme dans une législation nationale spécifique. Cette notion peut englober un certain nombre de procédures et de mécanismes différents par lesquels un créancier peut obtenir le règlement de sa créance sur les biens du débiteur ou sur une garantie, que ce soit en atteignant et en appliquant la valeur du bien ou en obtenant des droits sur les biens ou le contrôle de ceux-ci. L'utilité de l'élaboration de meilleures pratiques pour chacune de ces procédures devrait être évaluée sur la base des obstacles et défis concrets auxquels elles sont actuellement confrontées dans les différents pays.

Couverture de l'exécution judiciaire et extrajudiciaire

21. L'idée de couvrir à la fois l'exécution judiciaire et extrajudiciaire a fait l'unanimité, mais la plupart des commentateurs n'étaient pas favorables à l'utilisation d'une dichotomie stricte. Il a été noté que la distinction entre l'exécution judiciaire et extrajudiciaire devient difficile à établir dans plusieurs systèmes juridiques (par exemple, de nombreuses juridictions ont introduit des procédures hybrides avec la participation d'acteurs privés, ou d'acteurs publics/privés, ou avec une autonomie des parties renforcée); une dichotomie entraverait le développement de modèles d'exécution hybrides qui fonctionnent bien dans certaines juridictions.

22. Une autre raison de couvrir l'ensemble est l'existence d'interconnexions importantes entre l'exécution judiciaire et extrajudiciaire. Par exemple, les mécanismes d'exécution extrajudiciaire peuvent prévoir la possibilité pour le débiteur de recourir à un tribunal afin de résoudre les problèmes liés au processus d'exécution. D'autre part, il est manifestement nécessaire de trouver un juste équilibre entre la protection du débiteur (et des tiers) et le droit à une exécution rapide et efficace. Les rédacteurs de l'instrument souhaitent peut-être envisager d'autres moyens de concilier ces intérêts concurrents, par exemple en encourageant l'utilisation de procédures accélérées spécifiques.

23. En ce qui concerne l'*exécution judiciaire*, il a été noté que le document ne précise pas les questions qui devraient être traitées par les rédacteurs. Pour déterminer la portée du projet, il convient de préciser qu'il portera non seulement sur les mécanismes d'exécution judiciaire, mais aussi sur les organes/acteurs et leur organisation. Il devrait également couvrir l'impact de la technologie sur l'exécution judiciaire (voir ci-dessous, Question 8).

24. Enfin, en ce qui concerne l'*exécution extrajudiciaire*, il a été souligné que l'instrument devrait mieux définir ce qu'il faut entendre par ce terme dans des contextes divers.

Question 3 – L’instrument devrait-il être limité à l’exécution des créances garanties et non garanties ou l’exécution d’autres créances contractuelles devrait-elle être couverte?

25. Pour l’introduction du Secrétariat sur cette question, voir *Consultation Document* – juin 2020, Annexe I au présent document, paras 27-28.

Terminologie

26. Un commentateur a critiqué la terminologie, utilisée dans le *Consultation Document* “debt enforcement/exécution des créances”; il recommande de la remplacer par l’expression “enforcement of monetary claims/exécution des créances monétaires” qu’il juge moins ambiguë.

Différents types de créances monétaires

27. Un commentateur a suggéré que même en supposant que seules les créances monétaires soient couvertes, il existait différents types d’obligations monétaires qui devraient être examinées séparément, la question étant de savoir si toutes, ou seulement certaines, seraient couvertes par le projet:

- les créances correspondant au remboursement de prêts (*Claims for repayment of loans*) (qui seraient plus justement couvertes par le terme “créance” (*debt*));
- les créances correspondant au paiement pour des produits ou des services fournis à crédit;
- les demandes de réparation pécuniaire pour manquement à des promesses non monétaires (par exemple quand les produits ne satisfont pas à une garantie incluse dans le contrat de vente);
- les créances monétaires non contractuelles (telles que les demandes d’une partie lésée visant à obtenir un dédommagement en argent dû par la personne dont le comportement délictueux a causé les dommages).

Inclusion des créances garanties et non garanties

28. Les commentateurs soutiennent que le projet couvre à la fois l’exécution des créances garanties (par exemple, la procédure par laquelle un créancier garanti par une sûreté peut exercer ses droits sur la sûreté) et l’exécution des créances non garanties. Il a été mentionné que la dette garantie joue un rôle particulièrement important dans les économies émergentes et sur les marchés du crédit en développement, où les risques sont plus élevés et les options moins nombreuses.

29. Le Secrétariat propose que les créances garanties et non garanties soient couvertes. Le nouvel instrument comblerait une lacune importante des instruments internationaux sur les opérations garanties existants qui ne couvrent qu’une partie de l’exécution, tout en affirmant le principe général d’une exécution rapide, efficace et équitable. En outre, on peut trouver les meilleures pratiques innovantes et utiles en matière d’exécution extrajudiciaire dans la législation moderne sur les opérations garanties (notamment, l’utilisation de la technologie). En outre, des meilleures pratiques seraient particulièrement utiles pour l’exécution des créances non garanties qui est souvent plus difficile et plus lourde.

Inclusion des créances contractuelles autres que monétaires

30. Une majorité de commentateurs pensent que l’instrument ne devrait pas être limité à l’exécution des créances monétaires. Il a été suggéré d’inclure les créances contractuelles dans leur ensemble dans la discussion et, si l’étude révélait par la suite que la formulation des meilleures pratiques en matière de créances contractuelles dépassait les limites d’un résultat possible, le champ d’application de l’instrument pourrait être réduit. En outre, compte tenu de la nature non

contraignante de l'instrument, on pourrait envisager que les suggestions détaillées sur les meilleures pratiques pourraient varier selon les situations données (car il peut être plus difficile d'introduire une meilleure pratique unitaire détaillée pour l'exécution des créances non monétaires).

31. A l'inverse, un expert a fait valoir que, comme le projet était déjà ambitieux et complexe, il devrait, du moins au départ, ne couvrir que l'exécution des obligations monétaires excluant d'autres formes en raison de l'importance pratique exceptionnelle des créances monétaires pour le commerce et le marché du crédit. Selon cet expert, une extension du champ d'application pourrait être envisagée à un stade ultérieur.

32. A l'appui de l'approche majoritaire, il a été noté que limiter l'instrument aux mécanismes d'exécution des créances monétaires pourrait certes simplifier la recherche initiale mais serait incomplet et moins utile. Si l'exécution des créances monétaires est la modalité d'exécution la plus courante dans les relations commerciales, d'autres modalités sont également importantes pour les activités commerciales quotidiennes et ne devraient donc pas être exclues :

- l'exécution des mesures provisoires peut souvent concerner des ordonnances de mise sous séquestre ou des injonctions visant à ne pas disposer d'actifs ou de comptes (pour l'inclusion de l'exécution des mesures provisoires et conservatoires, voir ci-dessous Question 6);
- en pratique, l'exécution peut être hybride (c'est-à-dire des créances monétaires associées à des injonctions);
- une exécution spécifique est souvent transformée en créances monétaires au cours des procédures d'exécution (par exemple, les astreintes, les amendes ou le *Zwangsgeld* sont utilisés pour forcer une exécution spécifique; l'indemnisation des pertes est le remède ultime lorsque l'exécution spécifique est devenue impossible).

Plus généralement, le fait d'inclure l'exécution des créances contractuelles autres que les dettes améliorerait l'équité et la protection de catégories plus larges de créanciers, y compris ceux qui sont plus vulnérables que les prêteurs institutionnels.

Question 4 – Les créances des consommateurs devraient-elles être exclues?

33. Pour l'introduction du Secrétariat sur cette question, voir *Consultation Document* – juin 2020, Annexe I au présent document, paras 29-32.

Consommateurs en tant que créanciers

34. Une première question soulevée par un commentateur a porté sur la signification du terme "créances des consommateurs", surtout pour savoir si l'instrument couvrirait les consommateurs en tant que débiteurs ainsi que les consommateurs en tant que créanciers.

35. Bien que la question posée par le Secrétariat ait porté essentiellement sur l'exécution des créances à l'encontre des consommateurs, l'Atelier devrait examiner s'il y a une raison d'exclure les consommateurs créanciers de l'analyse, en particulier si le débiteur est une entité commerciale, ou de ne pas élaborer de règles spéciales pour aider les consommateurs créanciers à faire valoir leurs créances. Cela dépendrait, en partie, de savoir s'ils sont soumis à des règles spéciales (obligatoires) en matière d'exécution dans les législations nationales.

Consommateurs en tant que débiteurs

36. Un certain nombre de commentateurs ont soutenu l'inclusion de l'exécution à l'encontre des débiteurs consommateurs dans le champ d'application de l'instrument qui pourrait considérer s'il convient de prévoir des mesures de protection supplémentaires pour les débiteurs consommateurs, ou bien envisager d'élaborer d'abord des règles générales, puis de les modifier pour les affaires commerciales (généralement pour faciliter l'exécution) et les affaires de consommation

(généralement pour renforcer les mesures de protection), respectivement. La principale raison invoquée pour justifier l'inclusion de l'exécution des dettes de consommation est que, dans la pratique, l'exécution des créances relatives à la consommation joue un rôle vital dans une économie et que l'exclusion de ces créances réduirait l'importance de l'instrument. En ce qui concerne les meilleures pratiques, il a également été noté qu'une distinction nette entre l'exécution des opérations impliquant des consommateurs et celles auxquelles ne participent pas les consommateurs pourrait s'avérer artificielle. Ainsi, dans de nombreux cas, les commerçants sont également des consommateurs et la différence sera plus difficile à établir dans la pratique.

37. Un expert a exprimé une opinion plus nuancée. Il a fait valoir que l'inclusion des consommateurs débiteurs peut fausser l'analyse, en raison de l'impact de l'asymétrie et de l'existence de dispositions impératives. Cela serait d'autant plus problématique lorsqu'il s'agit d'exécution extrajudiciaire et des propositions visant à accroître le niveau de contractualisation dans l'exécution. En fait, pour certains instruments et dans certaines situations, le droit communautaire de la consommation a rendu les procédures d'exécution moins efficaces (par exemple, les procédures de réalisation des droits hypothécaires en Europe sont désormais plus lourdes en raison de l'impact de la jurisprudence de la CJUE sur les clauses contractuelles abusives). D'autre part, compte tenu de la nature non contraignante du futur instrument, il pourrait inclure des dispositions ou des suggestions spécifiques et expliquer comment, et dans quelle mesure, les mécanismes d'exécution extrajudiciaire seraient également utiles dans les situations "business to consumer" (B2C), tout en respectant les exigences du droit de la consommation.

38. Enfin, un expert s'est prononcé en faveur de l'exclusion de ce type de créances du champ d'application de l'instrument, parce que les recours et les procédures spécifiques aux consommateurs pourraient porter à une analyse trop vaste et moins efficace, et également parce que les régimes de protection des consommateurs sont généralement nationaux ou régionaux.

Question 5 – L'instrument devrait-il inclure l'exécution des créances en cas d'insolvabilité?

39. Pour l'introduction du Secrétariat sur cette question, voir *Consultation Document* – juin 2020, Annexe I au présent document, paras 33-35.

40. La grande majorité des commentateurs sont favorables à l'inclusion de l'exécution des créances en cas d'insolvabilité. Les raisons indiquées étaient que la cohérence et l'uniformité entre les mécanismes liés et non liés à l'insolvabilité étaient essentielles à la protection du créancier, et que l'exclusion des procédures d'insolvabilité du champ d'application nuirait considérablement à l'efficacité du projet. Un commentateur a fait référence à deux questions distinctes qui devraient être abordées: l'impact de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur l'exécution en cours et la phase d'exécution au sein de la procédure d'insolvabilité même.

41. Certaines préoccupations ont toutefois été exprimées. De l'avis de deux experts, il ne serait pas nécessaire dans l'immédiat d'élaborer un instrument international des meilleures pratiques en matière d'exécution en cas d'insolvabilité, car ce sujet est déjà largement traité dans deux instruments existants: le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité¹ qui constitue, quant à la portée, un outil étroitement apparenté au projet prévu sur l'exécution effective et les *ICR Principles (Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regime* – en anglais uniquement) de la Banque mondiale². L'ajout de meilleures pratiques plus spécifiques à celles de ces instruments pourrait compliquer excessivement le projet et toucher des questions sensibles de droit interne, en raison de l'existence de formes d'insolvabilité divergentes dans les différents systèmes juridiques, et en raison de l'interaction entre les questions d'exécution des créances et le droit matériel de l'insolvabilité. A titre d'exemple, il a été noté que les systèmes d'insolvabilité nationaux ont des approches différentes en ce qui concerne la suspension (moratoire) de l'exécution dans le cadre des

¹ Voir https://uncitral.un.org/fr/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law

² Principes ICR, révisés en 2015 (<http://pubdocs.worldbank.org/en/919511468425523509/ICR-Principles-Insolvency-Creditor-Debtor-Regimes-2016.pdf>) – en anglais.

procédures d'insolvabilité. Un autre commentateur, tout en étant favorable à l'inclusion de l'exécution liée à l'insolvabilité, doute que des meilleures pratiques très spécifiques puissent être concordées au niveau mondial.

42. Sur ce point, le Secrétariat concorde avec l'avis de la majorité selon lequel exclure l'insolvabilité du champ d'application du projet enverrait un message négatif, compte tenu de l'importance de l'efficacité des créances en cas d'insolvabilité. Dans le même temps, il est conscient des difficultés que le projet rencontrerait s'il introduisait de meilleures pratiques détaillées sur des questions spécifiques à l'insolvabilité, notamment sur les règles de droit matériel (par exemple, avec un intérêt particulier, le moratoire sur l'exécution après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et les meilleures pratiques internationales par les Principes ICR, au Principe C.5). Pour cette raison, le Secrétariat ne recommande pas de suivre cette voie ni d'inclure des règles susceptibles de modifier les règles matérielles fondées sur l'insolvabilité. Le nouvel instrument aurait toutefois une valeur ajoutée distincte par rapport aux documents d'orientation internationaux existants mentionnés s'il contenait des meilleures pratiques sur les mécanismes procéduraux spécifiques qui faciliteraient l'exécution au cours des procédures d'insolvabilité (comme, par exemple, les plateformes pour la liquidation de la valeur des actifs), et s'il examinait comment ces mécanismes pourraient fonctionner dans différents scénarios lors de procédures d'insolvabilité. Le projet devrait donc être complémentaire aux meilleures pratiques existantes.

Question 6 – L'instrument devrait-il prévoir l'examen de mesures provisoires et conservatoires ?

43. Pour l'introduction du Secrétariat sur cette question, voir *Consultation Document* – juin 2020, Annexe I au présent document, para 36.

44. Les experts ont unanimement soutenu la proposition d'inclure dans l'instrument des mesures provisoires et conservatoires et les arguments du Secrétariat en faveur de cette inclusion, notamment l'immense importance pratique des mesures provisoires et les liens étroits avec les procédures d'exécution. On a noté qu'il serait utile d'incorporer l'exécution des mesures provisoires et conservatoires si l'instrument ne se limitait pas à exprimer des principes généraux mais fournissait des orientations plus détaillées sur les meilleures pratiques, de manière à aller au-delà des instruments internationaux existants tels que les Principes ALI/UNIDROIT et les Règles ELI/UNIDROIT.

Question 7 - L'exécution de certaines catégories spécifiques de biens doit-elle être exclue?

45. Pour l'introduction du Secrétariat sur cette question, voir *Consultation Document* – juin 2020, Annexe I au présent document, paras 37-39.

46. Il y a eu unanimité pour qu'aucune catégorie de biens ne soit exclue *a priori*. Tous les experts ont souligné que les actifs numériques ne pouvaient pas être absents de l'instrument, sinon il serait *ab origine* dépassé. Il a été avancé que l'instrument devrait mettre l'accent sur les biens qui présentent le plus grand intérêt pratique, notamment les biens numériques, les droits de propriété intellectuelle et les créances en particulier. L'exclusion de certains actifs spécifiques pourrait créer des lacunes et rendre plus complexes la définition du champ d'application et la garantie de la cohérence des règles. L'exclusion des biens récemment développés compromettrait en outre la pertinence pratique de l'instrument.

47. Un expert a suggéré que l'instrument pourrait également examiner les catégories d'actifs qui devraient être exemptées des procédures d'exécution, par exemple les comptes fiduciaires, ou les actifs nécessaires pour exercer une activité commerciale, au moins dans le domaine des relations commerciales.

48. Un expert a fait valoir que l'exécution portant sur les biens immobiliers peut être une question difficile à traiter. La raison en est qu'il existe des différences fondamentales entre les systèmes de registre foncier des différentes juridictions, ce qui entraverait la formulation de meilleures pratiques dans ce domaine.

Question 8 – La technologie joue un rôle de plus en plus important dans les procédures d'exécution, tant judiciaires qu'extrajudiciaires. Quels sont les exemples concrets de mécanismes basés sur l'utilisation de la technologie qui ont particulièrement bien réussi à rendre l'exécution plus efficace ? Quels sont les limites et les défis?

49. Pour l'introduction du Secrétariat sur cette question, voir *Consultation Document* – juin 2020, Annexe I au présent document, paras 40-44.

50. Les experts ont soutenu à l'unanimité les orientations du document du Secrétariat et ils ont souligné l'importance des développements technologiques dans le domaine de l'exécution.

51. Outre les exemples de l'application de la technologie à l'exécution mentionnés dans le *Consultation Document*, il a été proposé d'inclure le traçage électronique des actifs en général (non limité au contexte de l'insolvabilité).

52. En ce qui concerne le traçage électronique des biens, le Secrétariat note que le Système d'individualisation des véhicules ferroviaires contenu dans les dispositions du Registre du Protocole ferroviaire de Luxembourg à la Convention du Cap constitue, potentiellement, un de ces mécanismes de traçage électronique des biens, qui est actuellement discuté au sein d'un Groupe de travail de la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies.

53. La notification électronique pour les procédures d'exécution a été présentée comme une nouvelle avancée technologique sur laquelle le document devrait se concentrer, car ils pourraient permettre de contourner les nombreux obstacles et inconvénients de la notification par courrier traditionnel. En relation avec cette question, le développement d'adresses électroniques nationales ou d'initiatives similaires a également été mentionné (comme recommandé dans *Good Practices for Courts: Helpful Elements for Good Court Performance and the World Bank's Quality of Judicial Process Indicators* de la Banque mondiale – en anglais uniquement).

54. Un expert a souligné que les "contrats intelligents", qui ont été mentionnés par le Secrétariat comme un exemple d'utilisation de la technologie dans les procédures d'exécution, n'apporteraient pas de solution pour l'exécution en tant que telle. Ils ne feraient que modifier le fardeau de la conduite des litiges. Il semblait en aller de même pour la "disposition de contrôle" contenue dans le Protocole spatial à la Convention du Cap mentionnée dans le *Consultation Document*. Ces dispositions devraient être mentionnées, mais pas comme des exemples d'utilisation de technologies qui pourraient faciliter l'exécution.

55. Sur ce point, un autre expert a fait valoir que la catégorie des "contrats intelligents" englobe différentes situations et que si, dans certains cas, ils sont structurés comme un moyen d'inciter à l'exécution des obligations, dans d'autres cas, ils permettent au créancier de faire effectivement valoir sa créance.

56. Il a également été noté que les limites de la catégorie des "actifs numériques" peuvent aller au-delà de leur utilisation dans les "contrats intelligents" et que, selon l'étendue de la définition d'un actif numérique, il pourrait y avoir des situations où un créancier cherche à obtenir satisfaction sur les "actifs numériques" du débiteur même en l'absence d'obligation automatisée.

57. En ce qui concerne plus largement l'utilisation de la technologie pour l'exécution, un expert a proposé d'élaborer une taxonomie des applications technologiques dans les procédures d'exécution et de recenser et d'identifier les principales questions juridiques. Il a donc été suggéré de structurer l'analyse sur quatre niveaux qui sont inclus partiellement, mot à mot, ci-dessous:

1) *Des structures numériques pour les procédures d'exécution*: ce point fait référence à l'utilisation de plateformes et de systèmes basés sur les registres distribués (DLT). "Les plates-formes peuvent être utilisées comme de simples moyens de publicité et de notification, ou elles peuvent héberger des systèmes pour organiser et exécuter des enchères publiques/judiciaires ou pour permettre des procédures d'exécution numériques en relation avec certains conflits". D'autre part, "les systèmes basés sur les DLT offrent, en conjonction avec les contrats intelligents, un cadre pour l'exécution portant sur certains biens. Les caractéristiques d'immutabilité et de traçabilité de ces systèmes contribuent à renforcer l'efficacité des ordonnances restrictives, du gel des avoirs ou de la reprise de possession, soit sur des actifs numériques "purs", soit sur des jetons numériques représentant le contrôle/l'accès/la possession d'actifs physiques".

2) *La technologie remodèle les processus et les procédures*: "L'automatisation est l'un des avantages les plus prometteurs de l'application des technologies dans le domaine de l'exécution", mais en même temps "elle soulève un certain nombre de préoccupations juridiques. Un autre exemple est la réalisation de "processus dynamiques". Une combinaison de l'IdO (Internet des objets), des dispositifs de collecte de données, d'analyse des données et d'algorithmes permet d'utiliser des procédures qui s'adaptent aux changements de circonstances - par exemple, le traçage numérique des biens dans le cadre de transactions garanties, ou des enregistrements qui sont systématiquement mis à jour sur la base des données collectées par le système sur l'emplacement du bien, sa valeur, son utilisation, etc."

3) *De nouveaux biens*: "Les actifs numériques soulèvent deux questions liées à l'exécution, à savoir l'élaboration de formules et de mécanismes spécifiques pour favoriser une exécution efficace, tels que la mise sous séquestre; et les actifs numériques (par exemple, les jetons) utilisés dans le cadre des procédures d'exécution, par exemple le transfert de jetons en tant que repossession symbolique. Les procédures d'exécution conventionnelles doivent être adaptées aux caractéristiques distinctives des actifs numériques dans toutes leurs variantes".

4) *Protection des intérêts en jeu dans le contexte de la technologie numérique*: "L'immédiateté et l'irréversibilité potentielle de certains recours mis en œuvre avec l'aide de la technologie pourraient mettre en péril des droits ou des intérêts méritant d'être protégés ou échapper à la nécessité d'un contrôle judiciaire. Un cadre global pour l'"exécution technologique" pourrait nécessiter des mesures supplémentaires en dehors du périmètre des principes classiques d'équivalence et de neutralité".

58. Compte tenu des nombreuses questions relatives à la technologie que le futur Groupe de travail devra examiner pour cerner plus précisément la portée du projet et suggérer les meilleures pratiques, et compte tenu de la nécessité de consulter des experts dans ce domaine spécifique, le Secrétariat a décidé d'orienter la deuxième partie de l'Atelier de consultation interne du 21 septembre sur la relation entre la technologie et l'exécution (voir Annexe II).

59. Il convient enfin de souligner qu'en ce qui concerne la technologie et l'exécution, il existe des synergies potentielles entre le projet sur les "Meilleures pratiques d'exécution efficace" et celui sur les "actifs numériques" inscrits au Programme de travail 2020-2022 de l'Institut (voir C.D.(99) B.4). Il est important d'assurer une coordination adéquate tant sur le champ d'application des projets que sur la terminologie appropriée. Dans ce sens, deux des experts participant au Groupe de travail exploratoire restreint sur les actifs numériques ont été impliqués dans les consultations et invités à contribuer à l'Atelier de consultation interne.

Question 9 –Le projet devrait-il prendre en compte spécifiquement des facteurs qui sont en dehors du cadre institutionnel de l’administration de la justice mais qui peuvent indirectement influencer le fonctionnement des procédures d’exécution, comme par exemple l’existence de registres des débiteurs ? Existe-t-il d’autres facteurs qui peuvent influencer plus directement le succès de l’exécution?

60. Pour l’introduction du Secrétariat sur cette question, voir *Consultation Document* – juin 2020, Annexe I au présent document, paras 45-48.

61. Les participants ont convenu à l’unanimité que le projet devrait en général tenir compte de l’impact de facteurs qui ne relèvent pas du cadre institutionnel de l’administration de la justice, comme les registres de débiteurs. Cependant, il a été souligné que l’accent devrait être mis sur la divulgation effective de la situation financière du débiteur. Il conviendrait de rappeler l’utilité et le succès de ces facteurs dans un contexte plus large, par exemple les dispositions pertinentes sur la protection des données en relation avec l’existence et l’utilité des registres de débiteurs. En outre, les questions liées à la protection de la vie privée et à la fourniture de données devraient être comprises dans cette perspective plus large.

62. Quant aux autres facteurs susceptibles d’influencer plus directement le succès de l’exécution, des experts ont mentionné comme outil supplémentaire utile les “listes noires” de débiteurs défaillants.

63. En liaison avec les technologies, il a en outre été recommandé d’inclure des évaluations de solvabilité et des systèmes de réputation dans les plateformes et autres systèmes numériques qui sont basés sur des contrats.

64. Toutefois, il a été noté que ces facteurs ou mécanismes étaient généralement influencés par des spécificités institutionnelles propres à chaque pays et que, par conséquent, les particularités de chaque système juridique pouvaient entraver les efforts d’harmonisation à cet égard.

65. Un expert a suggéré de se référer aux contrats intelligents et aux instruments connexes dans le contexte des facteurs extérieurs au cadre institutionnel de l’administration de la justice.

III. PLANIFICATION DU PROJET ET ETAPES FUTURES

Planification provisoire du projet

66. Le Secrétariat envisage, à ce stade, que la préparation d’un premier projet de proposition du document d’orientation se déroule sur quatre sessions du Groupe de travail (une fin 2020, deux en 2021 et une en 2022, éventuellement en liaison avec une activité de consultation plus large). Les sessions du Groupe de travail devraient de préférence se dérouler en présentiel. Compte tenu des circonstances internationales extraordinaires actuelles, une ou plusieurs des réunions en présentiel prévues peuvent être remplacées par des webinaires à distance ou avoir lieu en réunions hybrides. Il est prévu que, entre les sessions, des réunions/consultations à distance puissent être organisées si cela est jugé nécessaire. Ce calendrier provisoire peut être révisé en fonction de différents facteurs, notamment l’évolution du contexte international extraordinaire actuel et l’ampleur des recherches nécessaires pour élaborer un instrument utile et pratique dans ce domaine complexe du droit.

Expertise requise

67. Compte tenu de la diversité des domaines du droit couverts par le projet, le Secrétariat juge nécessaire de faire appel à des experts universitaires en procédure civile internationale et nationale et en opérations garanties, de préférence choisis parmi ceux qui ont une expérience en droit comparé. Une expertise dans le croisement entre la technologie et le droit est également nécessaire. Le Secrétariat s’efforcera de parvenir à une représentation diversifiée des systèmes juridiques

pertinents au sujet traité. En outre, des observateurs d'organisations intergouvernementales et internationales travaillant dans ce domaine, ainsi que des organisations professionnelles mondiales (ou régionales) seront invités à apporter leur contribution sur les défis auxquels sont confrontés les opérateurs dans la pratique et sur des exemples de solutions déjà adoptées. Outre les organisations ayant participé à la première série de consultations, le Secrétariat prévoit de s'adresser à l'OHADA, à la BERD, à l'ELI et aux associations internationales de notaires.

IV. ACTION DEMANDEE

68. *Le Secrétariat d'UNIDROIT souhaite inviter le Conseil de Direction à approuver les orientations exposées dans ce document sur le champ d'application du projet, et à confirmer le degré de priorité élevé du projet en autorisant la création d'un Groupe de travail.*



ANNEXE I

EN

UNIDROIT 2020
Study LXXVI B - Doc. 2
Original: English
June 2020

BEST PRACTICES OF EFFECTIVE ENFORCEMENT

(Document for first round of consultations prepared by the UNIDROIT Secretariat)

I. INTRODUCTION TO THE FIRST ROUND OF CONSULTATIONS ON THE PROJECT

1. This document is a discussion paper developed by the UNIDROIT Secretariat in relation to the project on "Best Practices of Effective Enforcement", as a basis for a first round of **consultations with selected international experts**. It responds to the mandate received by the UNIDROIT Governing Council at its latest remote session ([C.D. \(99\) A.8](#), paras. 43-44) to set up an exploratory Working Group in order to better refine the scope of the project. In view of the current pandemic, this first leg of the consultations will be held through an email exchange. **The Secretariat would be grateful if experts could send their comments on any part of the document, and specifically their feedback on the list of questions, by 14 July 2020.** If needed, the Secretariat would be happy to additionally set up a conference call with any of the experts involved. It is envisaged that the outcome of the consultation be discussed during an **Exploratory Workshop with the participation of experts and Governing Council members**, which is now tentatively planned for **21 September 2020**.

2. The following three sections of this document provide a brief overview on: (II) the history of the project; (III) common challenges to enforcement against the backdrop of the economic importance of effective enforcement of contractual claims; and (IV) existing and planned global and regional international instruments dealing with enforcement, concluding that there is a need for an international instrument that sets global standards in a comprehensive and practice-oriented manner, and is capable of offering guidance to national legislators.

3. Section V contains a list of questions to be considered by the exploratory Working Group members in relation to the project, which are the core of the consultation, and focus in particular on the type of instrument, its goals, and its appropriate scope. The questions reflect the comments received during the remote session of the UNIDROIT Governing Council and are accompanied by the Secretariat's preliminary answers presented for discussion. Finally, the last two questions go back to some of the substantive issues referred to in Sections III and IV, which may be suitable topics for discussion at the Exploratory Workshop.

II. BACKGROUND AND HISTORY OF THE PROJECT

4. In 2016, the Secretariat included a proposal to undertake a project on "Principles of Effective Enforcement" in the draft Work Programme 2017-2019. The proposal was initially designed to fill a gap in existing UNIDROIT instruments, particularly the ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil

Procedure, prepared by a joint American Law Institute / UNIDROIT Study Group and adopted in 2004. It was accompanied by a **preliminary Feasibility Study** conducted by Rolf Stürner, Emeritus Professor at the University of Freiburg (Germany) and former co-reporter of the ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure ([UNIDROIT 2016 – C.D. \(95\) 13 Add. 2](#)). The preliminary Study provided an overview of some of the obstacles created by the lack of general principles on enforcement mechanisms in transnational civil procedure and highlighted the insufficiency of existing national and international legal frameworks in this respect. It underscored that the right to effective enforcement represents an integral part of a fair and effective procedure. Moreover, it pointed to the economic significance of effective enforcement mechanisms, both in decision-making and in contractual execution. International financial institutions, as well as national governments, increasingly consider them as a fundamental criterion for the assessment and evaluation of national economies and for credit rating purposes. A general guidance document at an international level would address the most relevant issues and provide a detailed set of principles embodying best practices. It would provide helpful guidance for legislators wishing to improve their domestic law, while contributing to the emergence of common minimum standards for domestic procedures as a necessary basis for improvement of international cooperation in this area.

5. The topic was included in the UNIDROIT Work Programme for the 2017-2019 triennium with low priority, pending the completion of the European Law Institute (ELI)/UNIDROIT Rules on Civil Procedure. In December 2018, the Secretariat received a proposal for the 2020-2022 Work Programme by the **World Bank** regarding a joint project on the “**Development of a Working Paper to Outline Best Practices on Debt Enforcement**”, which the Secretariat presented in the context of the discussion of the 2020-2022 Work Programme at the 98th Session of the Governing Council. The proposal was discussed as a continuation, and a refinement, of the scope of the “Principles of Effective Enforcement” project. The project was included in the new Work Programme by the General Assembly ([A.G. \(78\) 12](#), paras. 41 and 51, and [A.G. \(78\) 3](#)), confirming the recommendation of the Governing Council ([C.D. \(98\) 17](#), para. 245). While there was substantial agreement on the importance of the topic and on the legal, social and economic impact of the work to be conducted, the Secretariat was asked to produce a more refined scope of the project to be presented at the 99th session of the Governing Council in 2020. During the remote session of the Governing Council held in April/May 2020, Council Members commented on the revised paper and authorised the setting up of an exploratory Working Group to receive expert feedback on the questions raised.

III. CURRENT CHALLENGES FOR ENFORCEMENT

6. It goes without saying that effective enforcement of commercial claims is of high economic importance for any State. It is recognised as vital for a developed credit market and improved access to credit, for an increase in trade and investment and for overall economic development and sustained growth.¹ Market participants are more willing to invest where they are confident that, if their debtors fail to perform, there will be reliable mechanisms to obtain satisfaction of their claims with predictable outcomes. A significant step towards achieving this goal is represented by an improvement of the effectiveness of commercial dispute resolution by the judicial system. For example, studies show that firms are larger and more competitive, have greater access to credit, and feel more secure in investing in countries with efficient court systems.² Moreover, particularly

¹ The crucial importance of well-functioning enforcement procedures and remedies in domestic laws to foster availability of credit and boost investments is recognised by international financial organisations generally, and in relation to specific regions or countries. See among others: World Bank, *Doing Business, Enforcing Contracts – Why it matters?*, at <https://www.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/enforcing-contracts/why-matters>; World Bank, *Doing Business 2020*, at <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf>; European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), *Discussion paper, Building an Effective Debt-Enforcement Framework* (2019), available at <https://www.ebrd.com/news/events/debt-enforcement-in-europe-and-beyond.html>.

² See e.g. OECD (2013), *What makes civil justice effective?*, OECD Economics Department Policy Notes, No. 18 June 2013.

with regard to credit markets, the introduction of a modern legal framework for secured transactions is also viewed as fundamental to increasing credit availability and investment, especially if well-coordinated with insolvency legislation.³ While there is certainly a need for reform in these areas, it must be accompanied by a timely, predictable and affordable enforcement phase, which concretely ensures unsecured and secured creditor satisfaction. Many jurisdictions in the world, however, face a number of challenges in this phase specifically; and it is these challenges that the project seeks to overcome.

7. A traditional challenge at the national level is that, as a rule, several legal systems rely on judicial enforcement proceedings. The formalities that such proceedings entail usually derive from the need to introduce sufficient safeguards for debtors and third parties, but often result in insurmountable obstacles to effective enforcement. In many instances, creditors must obtain a court decision before commencing the enforcement phase, which means that two procedural phases are needed. However, even where legal systems allow for certain deeds to be enforceable *per se*, the proceedings triggered by the deed may still be excessively formalised and time-consuming. For example, recourse to public auctions for the realisation of the value of all or some types of assets, as well as stringent requirements for, or unavailability of, alternative means to realise such value, not only lead to delays in creditor satisfaction, but often result in depreciation and a loss of potential value. While this may be, at least in part, connected to other factors, e.g. the lack of reliable secondary markets for certain assets, procedural bottlenecks do play a determinant role. Another problem connected with judicial enforcement proceedings is their cost, which is amplified in systems involving a plethora of different actors (courts, notaries, expert valuers, enforcement agents...). Depending on the value in dispute, such costs and delays may even act as a deterrent for creditors to embark on a procedure to obtain satisfaction. Thus, there is a need to find an appropriate balance between providing protection for debtors and third parties, and avoiding inefficiencies due to excessive delays and costs of the proceedings which result in detriment not only to creditors but to the entire debtor-creditor relationship.

8. Further obstacles at a more general level are posed by weak court infrastructure and a lack of commercial specialisation, which in turn impact on the effectiveness of proceedings, including those for the valuation of debtors' assets. In some legal systems, lengthy proceedings with participation of a plurality of actors may also engender limited transparency and accountability.

9. In order to avoid lengthy and costly judicial procedures and rely on the commercial expertise of the parties themselves to maximise realisation value, some legal systems already provide varying degrees of extrajudicial enforcement, particularly for monetary claims secured by collateral. Such mechanisms are considered an integral part of any modern secured transaction regime and are especially important for countries with less efficient judicial enforcement procedures to attract investment. On the other hand, the interests of debtors and third parties should be protected from possible abuses by creditors. The main challenge is indeed how to reach the proper balance between achieving prompt and effective enforcement of creditors' claims, while at the same time safeguarding debtors' and third parties' basic rights. A common problem arises when, in an effort to balance the interests of all parties involved, the normative framework allows debtors to raise objections or to appeal orders or decisions at any stage of the proceedings and without meaningful control or sanctions for abusive behaviour, thereby forcing creditors to follow the ordinary judicial route. Moreover, commencement of insolvency proceedings may, depending on the applicable legal regime, severely limit or impede the exercise of out-of-court enforcement by secured creditors. Thus, there is a clear need to consider the limits posed by legal systems to creditors' enforcement (and which may derive from the constitutional legal framework in a specific jurisdiction) and consider the suitability of alternative mechanisms in order to reach an appropriate balance between effectiveness and fairness (see also below, Question 2).

³ See e.g. World Bank, *Secured Transactions, Collateral Registries and Movable Asset-Based Financing Knowledge Guide* (2019), at <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/32551>.

10. More recently, new challenges to effective enforcement of commercial claims derive from the changed asset structure of firms and companies. The legal framework for civil enforcement in numerous countries still mirrors an economic and social reality where most debtor assets consisted of tangible property. Today, however, other assets often represent the most substantial value on which a creditor can rely. While many States have enacted special provisions to facilitate enforcement against specific assets (e.g. legislation on collateral arrangements in financial markets), there are still obstacles and uncertainties in relation to other values (e.g. receivables) (see also below, Question 7).

11. Finally, the rapid spread of digitalisation and the use of technological innovations have introduced new scenarios. Most notably, legislators are faced with the question of how to conduct enforcement procedures against new types of assets (e.g. digital assets). Moreover, emerging mechanisms allow for the automatic – partial or total - performance of agreements, including enforcement of obligations, such as payment obligations (often referred to under the label of “smart contracts”).⁴ Thus, technology poses additional issues facing national legislators that, in view of the global reach of commercial transactions in this field, may benefit from the development of international best practices. On the other hand, technology would appear to be a promising tool to tackle traditional challenges to effective enforcement, in particular those linked to excessive delays and costs as well as lack of transparency (see Question 8 below).

12. The above-mentioned challenges have motivated many countries around the globe to modernise their enforcement laws. Many States have introduced some important reforms (e.g. China, France, Germany, England, Spain, Ukraine...) and reforms are still ongoing in numerous States. Yet, as will be seen in the next section, there is little guidance at global and regional levels for national legislators regarding options to address these challenges.

IV. EXISTING GLOBAL AND REGIONAL INSTRUMENTS ON ENFORCEMENT AND CURRENT PROJECTS

13. Preliminarily, it should be noted that the term “enforcement” is commonly used in treaties and regional legislation addressing the cross-border effectiveness of judicial decisions,⁵ arbitral awards,⁶ and more recently settlements deriving from mediation,⁷ or the cross-border recognition and enforceability of other documents.⁸ Those instruments, however, stop short of regulating the domestic law procedures and mechanisms that are triggered upon recognition of the enforceability of such decisions or documents, and are therefore outside of the scope of our analysis. Thus, this study will focus on existing international instruments dealing with the specific enforcement phase, irrespective of whether it derives from a cross-border or a purely domestic situation.

Existing international instruments on enforcement

14. The importance of ensuring effective and adequate enforcement of claims is recognised in general terms in a number of existing international instruments, dealing with either procedural law

⁴ The expression “smart contract” is however increasingly criticised for being misleading and not technology neutral, see most recently UNCITRAL, *Legal issues related to the digital economy – artificial intelligence*, A/CN.9/1012/Add.1, para.24 and also below, Question 8.

⁵ E.g. at regional level the *Brussels I Regulation on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters* (N° 1215/2012 recast) as well as the *2007 Lugano Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*; see also the conventions of the Inter-American Specialized Conferences on Private International Law of the Organization of American States, and at global level, the most recent *2019 HCCH Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters* (not yet in force).

⁶ E.g. the *1958 New York UN Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*.

⁷ See the most recent *2019 UN Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation* (“Singapore Convention”, not yet in force).

⁸ See e.g. the Regulation (EC) N° 1896/2006 creating a European order for payment procedure (OJ L 399, 30.12.2006).

or secured transactions. Only a few existing global and regional instruments, however, do specifically address mechanisms and procedures for enforcement.

15. An example of the first scenario is represented by the *ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure*, adopted in 2004 with the goal to reduce the impact of differences between legal systems in lawsuits involving transnational commercial transactions through a model of universal procedure in line with the essential elements of due process of law.⁹ In relation to enforcement, Principle 29 merely states that procedures should be available for “speedy and effective enforcement of judgments”, without, however, providing further guidance on such procedures. The comment to that provision makes it clear that the topic as such was beyond the scope of the Principles. Likewise, the draft *ELI-UNIDROIT Rules on European Civil Procedure*,¹⁰ which represent the first regional project adapting the ALI/UNIDROIT Principles to a specific regional legal culture, do not address enforcement issues in detail. These Rules are more comprehensive and detailed than the ALI/UNIDROIT Principles and cover additional issues such as means of review including appeals. The most interesting part of the Rules in regard to enforcement is the section on “Provisional and Protective Measures” (Part X). The section’s goal is, inter alia, to “ensure or promote effective enforcement of final decisions concerning the substance of the proceedings (...) including securing assets” and “preserve the existence and value of goods or other assets” (cf Rule 184). The ELI/UNIDROIT Rules, however, also stop short of covering procedures and mechanisms for enforcement.

16. International instruments providing for general guidance on domestic secured transactions law reforms also contain references to enforcement procedures, in light of the recognition of the importance of ensuring proper satisfaction of secured creditor rights. For instance, the 2010 *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions* sets down general principles, discusses various issues related to enforcement of security rights and contains some recommendations.¹¹ The most recent *UNCITRAL Model Law on Secured Transactions* (2019)¹² also dedicates a whole part (Chapter VII) to the “enforcement of a security right” which sets out post-default rights of the secured creditor, balancing effectiveness with the protection of all parties involved.¹³ In relation to general collateral, such rights, ranging from the right to obtain possession of the encumbered asset to sell or otherwise dispose of, lease, or license it, or to propose its acquisition, can be exercised either by applying to a national court or other national authority, or not. In the first case, the Model Law suggests the introduction of expedited procedures, however without further specifications; in the second case, it provides some guidance on the exercise of such rights and the limits thereto, again however without specifying the modalities of the procedures to be followed, particularly in case of objection.

17. In relation to UNIDROIT’s specialised instruments on secured credit, the *Cape Town Convention and its Protocols* contain detailed provisions on creditor remedies upon debtor default.¹⁴ The

⁹ ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, 2004, at <https://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>.

¹⁰ On this project see UNIDROIT, Study LXXVIA - Transnational Civil Procedure - Formulation of Regional Rules, at <https://www.unidroit.org/work-in-progress-eli-unidroit-european-rules>.

¹¹ UNCITRAL *Legislative Guide on Secured Transactions* (2010), at https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-lg/e/09-82670_Ebook-Guide_09-04-10English.pdf

¹² UNCITRAL, *Model Law on Secured Transactions* (2016), at https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf.

¹³ See also UNCITRAL, *Model Law on Secured Transactions - Guide to Enactment* (2017), paras 76 *et seq.*; 421 *et seq.*

¹⁴ *Convention on International Interests on Mobile Equipment* (CTC), at <https://www.unidroit.org/instruments/security-interests/cape-town-convention>; *Protocol to the Convention on International Interests on Mobile Equipment on Matters Specific to Aircraft Equipment* (AP), at <http://www.unidroit.org/instruments/security-interests/aircraft-protocol>; *Luxembourg (Rail) Protocol to the Convention on International Interests on Mobile Equipment on Matters Specific to Railway Rolling Stock* (RP), at <https://www.unidroit.org/instruments/security-interests/rail-protocol>; *Protocol to the Convention on International Interests on Mobile Equipment on Matters Specific to Space Assets* (SP) at <http://www.unidroit.org/instruments/security-interests/space-protocol>; *(Pretoria) Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Mining, Agriculture and Construction Equipment* (MAC Prot.), at <https://www.unidroit.org/instruments/security-interests/mac-protocol-2019>.

conventional regime does not generally address issues of enforcement of such remedies. Contracting States can however make use of declarations to strengthen creditor rights, which impact on their enforcement, e.g. allowing for out-of-court creditor's action; imposing strict timeframes to obtain relief within debtor's insolvency, including repossession of the asset; excluding discretion by the relevant authority in granting the remedy; limiting or excluding oppositions or counter-actions.¹⁵ In addition to these provisions, there is an interesting ad hoc mechanism in the Space Protocol, which takes into account the physical impossibility of repossession in the case of satellites and other space assets, and recognizes the importance of revenue streams in relation to the asset for the creditor.¹⁶ Through the "ITT&C" enforcement mechanism (Tracking, Telemetry and Control), the Protocol allows the parties to specifically agree to the placement of command codes and related data and materials with a third party so that the creditor may establish control over, or operate the space asset (subject to certain safeguards imposed by Contracting States). This provision, irrespective of the specific context of asset-based space financing, may offer an interesting model for enforcement against assets for which traditional repossession mechanisms would not work.

19. As noted above, a limited number of international instruments specifically address the national legal framework for enforcement.¹⁷ In particular, a comprehensive general guideline at a global level is represented by the *Global Code of Enforcement*, developed within the International Union of Judicial Officers (*Union internationale des huissiers de justice*, UIHJ).¹⁸ Its 34 articles lay down general principles that should govern enforcement procedures and their institutions and actors. Thus, the Code's aim is to set global fundamental standards of enforcement that could be implemented at the national level, rather than providing a concrete and detailed guidance to legislators for designing enforcement legislation.

New proposals at regional and global level

18. *Proposal of an EU Directive on Accelerated Extrajudicial Collateral Enforcement Mechanism.* While the law of enforcement is, in principle, within the competence of each Member State in the EU, it has enacted legislation facilitating cross-border debt recovery and, in the framework of its strategy to address the issue of non-performing loans (NPLs) to ensure market stability, focused on the operation of secondary markets and the recovery of debts in Member States. Following an EU Commission proposal for a Directive on *Credit servicers, credit purchasers and the recovery of collateral*,¹⁹ a proposed text for a *Directive on Accelerated Extrajudicial Collateral Enforcement Mechanism* was agreed upon at the Council level and is currently pending negotiation in Parliament.²⁰ The most interesting aspect of the proposed directive is that it would set out a minimum common framework and a set of requirements for an accelerated extrajudicial collateral enforcement mechanism in respect of secured credit agreements, in order to help prevent further accumulation of non-performing loans in the banking system. The directive should apply to credit agreements concluded between credit institutions and business borrowers that are secured by identifiable immovable or movable assets (excluding, inter alia, enforcement in relation to financial instruments and insolvency proceedings). The enforcement mechanism should be based on an agreement

¹⁵ See Roy Goode, *Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Objects*, *Official Commentary*, 4th ed. (UNIDROIT 2019).

¹⁶ Article XIX SP.

¹⁷ At the regional level, an example of an instrument which aims at introducing streamlined and simplified effective enforcement procedures within Member States of an organisation is the 2008 *OHADA Uniform Act Organizing Simplified Recovery Procedures and Measures of Execution (Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution)*, available at <https://www.droit-afrique.com/uploads/OHADA-Uniform-Act-1998-simplified-recovery-procedures.pdf>.

¹⁸ UIHJ, *Global Code of Enforcement*, 2015, available at http://uihj.com/archive-uhj/en/global-code-of-enforcement_2165010.html. The organs of the Council of Europe have also issued general recommendations on enforcement, see e.g. the Recommendation Rec(2003)17 and the most recent *Good practice guide on enforcement of judicial decisions* adopted by the European Commission on Efficiency of Justice (CEPEJ) in 2015.

¹⁹ 14.3.2018 COM (2018) 135 final.

²⁰ ST 14261 2019 REV 1 COR 1.

between the credit institution and the business borrower, with transparency requirements, and the procedure should be triggered without the need to obtain an enforceable title from a court. On the other hand, Member States would be allowed great flexibility, particularly in deciding upon the participation of a public official or other professional in the procedure, the method of enforcement and debtor's right to challenge any aspect of the enforcement mechanism.

19. *Proposal to undertake work in the area of civil asset tracing and recovery (UNCITRAL)*. At its 52nd session in 2019, the UN Commission on International Trade Law (UNCITRAL) discussed proposals to explore the possibility to undertake legislative work on civil asset-tracing and recovery particularly in the context of cross-border insolvency.²¹ The Commission mandated the UNCITRAL Secretariat to organize a Colloquium which was held in Vienna on 6 December 2019,²² the conclusions of which will be transmitted to the Commission in a report for its 53rd session (to be held in 2020). While no decision has been taken as yet by the Commission, the Colloquium discussed existing legal tools to identify, locate and return assets to their legitimate claimants in various contexts, and the challenges and opportunities connected to the use of modern technology, with a view to better define the scope of possible future work of the organisation.

Conclusions on the need to develop global standards

20. The brief review of existing international instruments and proposals presented above confirms that there is a growing interest, at global and regional levels, in undertaking work in the area of enforcement. The importance of providing a sound domestic legal framework, particularly in relation to enforcement of commercial claims, is recognised in a number of instruments addressing civil procedure as well as secured transactions, and single instruments may contain specific mechanisms or procedures. The most encompassing instruments to date, however, provide general guidance in the form of key principles to be considered in domestic legislation. Thus, it appears that there is a lack of an instrument setting out global standards in a comprehensive, detailed, and practice-oriented manner, which would provide national legislators with guidance on how to design national rules for efficient, cost-effective, timely and fair judicial and extra-judicial enforcement of commercial claims. The emergence of common minimum standards and best practices for domestic procedures would offer such options, as well as introducing a higher level of predictability and certainty in cross-border transactions as a necessary basis to improve cooperation and boost investments. The "Best Practices of Effective Enforcement" project aims at filling in this gap.

²¹ Report of the United Nations Commission on International Trade Law at its 52nd session, A/74/17, para. 200 *et seq.* The discussion was a follow up on proposals received from the United States of America: A/CN.9/996 and A/CN.9/WG.V/WP.154.

²² Concept Note, Colloquium on Asset Tracing and Recovery 6 December 2019, available at https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/concept_note_20191127.pdf.

V. QUESTIONS TO BE DISCUSSED

A. TYPE OF INSTRUMENT TO BE DEVELOPED

Q. 1 – WHAT TYPE OF INTERNATIONAL INSTRUMENT WOULD BE MORE APPROPRIATE/USEFUL IN THIS CONTEXT?

21. The general aim of the project is to develop a legal tool to address the current challenges to a well-functioning domestic law system for enforcement. The envisaged instrument is intended to offer guidance at a global level, in line with UNIDROIT's worldwide mandate, particularly to domestic lawmakers wishing to modernise, in whole or in part, their legal system. This would include enforcement deriving from a purely domestic situation, but also from a cross-border scenario (bearing in mind that, as already noted, existing instruments addressing cross-border decisions stop short of regulating the domestic law procedures and mechanisms that are triggered upon recognition of the enforceability of such decisions) When designing and implementing such a framework, there is no "one-size-fits-all" approach as enforcement is strongly influenced not only by the broader legal context and by the interconnection with other areas of the law (such as constitutional law, procedural law including alternative dispute resolution, secured transactions, insolvency, ...), but also by the specific socio-economic realities in each jurisdiction. A mechanism used in one jurisdiction may well fail or not perform adequately in another one because of the interplay with this broader landscape (one example being the use of private enforcement agencies which may have a different impact on the level of fairness, transparency and efficiency of the procedure depending on the national context).

22. In light of the above, the Secretariat, following the proposal of the World Bank, suggests that the Working Group develop a document akin to a legal guide, which would: highlight examples of present obstacles to effective enforcement; point to relevant potential issues to be considered in reforming or further developing this area of the law; suggest examples of best practices drawn from existing models; and also consider recent developments linked to the use of technology as possible mechanisms to make enforcement more efficient using innovative tools. This type of instrument appears to be better suited to provide useful guidance where there are – and partly where there should continue to be – significant differences among legal systems, and where legislators may benefit from more information on the pitfalls and advantages of different options and their interaction. Moreover, this type of instrument would be better suited to tactfully deal with sensitivities related to State sovereignty.

23. The Secretariat would be favourable to continue to refer to "best practices" in the title of the instrument. The expression "best practices" should be understood as referring to procedures and mechanisms that facilitate enforcement and improve its effectiveness, while at the same time ensuring appropriate ways of balancing the different competing interests. The instrument should provide examples of how such interests could be concretely taken into account, without undermining the goal of effectiveness.

B. ISSUES RELATED TO THE SCOPE OF THE PROJECT

Q. 2 – SHOULD THE INSTRUMENT COVER BOTH EXTRA-JUDICIAL AND JUDICIAL ENFORCEMENT? WOULD THIS DICHOTOMY BE AN OVERSIMPLIFICATION OF EXISTING PROCEDURES AND MECHANISMS?

24. In line with the proposal of the World Bank, the envisaged instrument should cover both judicial enforcement and extrajudicial enforcement. In the Secretariat's view, limiting the scope of the instrument to either of them would not serve the purpose of developing best practices in this area of the law.

25. Legal systems should provide for a degree of party autonomy in designing enforcement mechanisms in their contracts and allow prompt and efficient action by the creditor. This is particularly the case for secured debt. Out-of-court enforcement, if appropriately designed, can reduce the length and cost of the procedure, ease the burden on the courts and maximise creditor satisfaction in the interest of all parties involved, including third parties holding claims against the debtor.

26. As noted above, the main challenge faced by legal systems in relation to extra-judicial enforcement lies, in fact, in how to reach the proper balance between prompt and effective realisation, on the one hand, and protection of debtor and third party interests on the other. Mechanisms such as transparency requirements (notice and information duties) and the introduction of standards of conduct subject to an ex-post evaluation are among the best practices that can offer possible solutions. On the other hand, granting ample and unfettered opportunities to debtors to introduce opposition claims and resort to ordinary judicial proceedings, both on the merits of the dispute and on procedural issues, may defeat the goal of effective enforcement. Best practices may include, for example, the use of specific fast-track procedures to deal with oppositions. This latter point emphasises the fact that there is an inextricable link between the judicial and the extrajudicial route.

Q. 3 – SHOULD THE INSTRUMENT BE LIMITED TO SECURED AND UNSECURED DEBT ENFORCEMENT, OR SHOULD THE ENFORCEMENT OF OTHER CONTRACTUAL CLAIMS BE COVERED?

27. The proposal received from the World Bank in 2018 specifically focused on debt enforcement, both secured and unsecured. In line with the World Bank's proposal, the Secretariat suggests that the project should devote particular attention to enforcement of commercial unsecured and secured debts, which is indicated as the main focus of the instrument. This limitation would work well particularly when we look at secured credit, where the main concern in relation to enforcement is to ensure satisfaction of creditors' claims while taking into account the interests of debtors and relevant third parties. At the same time, the Secretariat preferred not to exclude *a priori* a more ample consideration of contractual claims. For example, in the case of a contract of sale, if the project only focused on the enforcement of the claim of the party owed a monetary obligation, this may introduce an imbalance in the respective positions of the parties. It is true, however, that consideration of contractual claims other than monetary obligations may give rise to additional complex issues, such as the extent of specific performance and its enforcement, or even enforcement of the obligations to do or not to do something.

28. Taking these arguments into account, the Secretariat would see merit in limiting the *initial* scope of the future instrument more explicitly to debt enforcement, but would welcome the views of the experts on the pros and cons of this choice.

Q. 4 – SHOULD CONSUMER CLAIMS BE EXCLUDED?

29. Another possible issue of scope concerns coverage of the enforcement of consumers' debts.²³
30. Should such debts be expressly excluded from the scope of the project on the basis of a substantial difference in the policy that is applied, or should be applied, to these situations in domestic law when it comes to enforcement proceedings?
31. The Secretariat's proposal would be to focus on issues deriving from the enforcement of commercial debts, though best practices developed in this area may be considered to be useful also in the case of consumer claims.
32. In this respect, it is worth mentioning that the Proposal of an EU Directive on Accelerated Extrajudicial Collateral Enforcement Mechanism mentioned above (para. 18) limits its scope of application to credit agreements concluded between credit institutions and business borrowers (which are secured by identifiable immovable or movable assets). This is linked to the stated aims of the proposed Directive, though it is envisaged that Member States should be free to apply the same or similar extrajudicial enforcement mechanisms also in the case of agreements concluded by creditors other than credit institutions, as well as agreements concluded by debtors who are not business borrowers.

Q. 5 – SHOULD THE INSTRUMENT INCLUDE ENFORCEMENT OF DEBTS IN INSOLVENCY?

33. During the remote session of the Governing Council, some members questioned whether insolvency-related enforcement should be included within the scope of the project. For this reason, the Secretariat seeks advice from the experts on whether excluding such situations would result in a detrimental impact on the potential usefulness of the instrument.
34. Though aware of the special status and nature of insolvency legislation in domestic laws, the Secretariat had suggested that enforcement in insolvency be included in the scope of the project in view of its fundamental importance to ensure creditor satisfaction, particularly of secured creditor claims. Security rights - and, a fortiori, their realisation via enforcement - are often worth only as much as their value in insolvency. As suggested in the World Bank's proposal, mechanisms outside of insolvency should be designed to work in harmony with the insolvency. Thus, excluding insolvency enforcement altogether from the scope of the analysis may limit the usefulness of any enforcement procedure and mechanism that is not insolvency specific.
35. Moreover, the Secretariat believes that there would be no problem in coordinating and avoiding duplication of efforts should the UNCITRAL Commission adopt the proposal to work in the area of asset tracing and recovery. The latter project would have a more specific and limited scope; in any case, UNCITRAL would be invited to participate to the meetings of the Working Group as observer.

²³ We refer here to the definition of "consumer" as "a party who enters into the contract otherwise than in the course of its trade or profession" (2016 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Preamble, comment 2).

Q. 6 – SHOULD THE INSTRUMENT INCLUDE CONSIDERATION OF PROVISIONAL AND PROTECTIVE MEASURES?

36. Provisional and protective measures, as forms of interim relief used to secure effective enforcement of judicial decisions, or to otherwise preserve rights and prevent (additional) detrimental consequences to creditors prior to the commencement of proceedings or pending final judgment, are relevant to a project on effective enforcement for a number of reasons. First of all, one of the purposes of such measures is to facilitate enforcement of final judgments (e.g. by freezing assets or allowing other asset-preservation actions). Secondly, they themselves need mechanisms to ensure effectiveness of the relief. Moreover, exceptionally they may take the form of “advance relief” which effectively guarantees creditors’ satisfaction.²⁴ On the other hand, approaches to types, scope, requirements, and consequences of provisional and protective measures differ significantly across jurisdictions, while there are a number of supranational and international sources offering further models. Thus, the Secretariat would see merit in the project considering the impact of provisional and protective measures on debt enforcement.

Q. 7 – SHOULD ENFORCEMENT IN SPECIFIC CATEGORIES OF ASSETS BE EXCLUDED?

37. As noted above (para. 10), assets other than tangible property often represent the most substantial value on which a creditor can rely to enforce its claims (and which is used by secured creditors as collateral when permitted under the applicable law). Thus, the instrument should address enforcement against a variety of assets including receivables and other intangibles.

38. In specific areas specialised legislation has been enacted at the domestic level covering also enforcement matters, such as for example legislation regulating financial collateral arrangements. It is suggested that enforcement related to financial assets, while not constituting the focus of the analysis, may offer useful inputs in developing common minimum standards and best practices for enforcement.

39. Greater challenges may be encountered when dealing with enforcement against digital assets (be they in the form of cryptocurrencies or asset-backed tokens). This issue, presented here in the context of the determination of the scope of the project, is connected to the more general Question 8 below.

²⁴ An example is offered by the Cape Town Convention system of relief pending final determination of the dispute, see Roy Goode, *Official Commentary* (above fn 14), 343 *et seq.*, 508 *et seq.*

C. OTHER ISSUES

Q. 8 – TECHNOLOGY PLAYS AN INCREASINGLY RELEVANT ROLE IN ENFORCEMENT PROCEEDINGS, BOTH JUDICIAL AND EXTRAJUDICIAL. WHAT ARE CONCRETE EXAMPLES OF MECHANISMS BASED ON THE USE OF TECHNOLOGY WHICH WERE PARTICULARLY SUCCESSFUL IN RENDERING ENFORCEMENT MORE EFFECTIVE? WHAT ARE THEIR LIMITS AND CHALLENGES?

40. A more innovative approach to solving enforcement issues at the national level may come from the developments of technology. We refer here to some examples among those that can be found in national laws and international instruments.

41. Recently, the possibility to hold electronic public auctions to realise the value of debtors' assets has been tested in a number of jurisdictions. Digital public auction platforms are considered a useful tool to respond to various challenges of judicial sales, in particular lack of transparency, limited competition and loss of value. On the other hand, issues arise in respect to the appropriate legal design of such platforms and their practical operation.

42. Regarding enforcement mechanisms, as mentioned above (paragraph 17) the "control" provision contained in the Space Protocol to allow creditors to repossess the revenue stream deriving from collateral, with appropriate adaptations, may be applied in other contexts, where traditional "repossession" of an asset would not work.

43. Another mechanism is represented by programs which may be used, among other things, when written on the distributed ledger system, to perform a contract in an automated manner (so called "smart contracts", see also above, paragraph 11). While automated systems to perform a contract are not new and predate recent developments in technology, their widespread use in commercial activity represents a new phenomenon. Key legal issues include the fact that when the system is applied to a distributed ledger system, the performance cannot be stopped once deployed.

44. Are there any other concrete examples of the use of technology to facilitate enforcement? What are the advantages and drawbacks of such mechanisms? What could be the most appropriate conditions and requirements for their application?

Q. 9 – SHOULD THE PROJECT SPECIFICALLY CONSIDER FACTORS WHICH ARE OUTSIDE OF THE INSTITUTIONAL FRAMEWORK OF THE ADMINISTRATION OF JUSTICE BUT MAY INDIRECTLY INFLUENCE THE OPERATION OF ENFORCEMENT PROCEEDINGS, SUCH AS, FOR EXAMPLE, THE EXISTENCE OF DEBTORS’ REGISTRIES? ARE THERE OTHER FACTORS THAT MAY MORE DIRECTLY INFLUENCE THE SUCCESS OF ENFORCEMENT?

45. As noted above (paragraphs 21-22) , the operation of enforcement procedures in a specific jurisdiction can be strongly influenced by the broader legal context and by the interconnection with other areas of the law. While the envisaged instrument cannot address the specificities of each legal system, it should at least point to those factors that may play a significant role.

46. Many jurisdictions have introduced mechanisms that may serve as an incentive not to default on obligations, thereby limiting the need to resort to enforcement proceedings, such as, for example, debtor registries (either kept by the State or by private companies). These mechanisms could also serve to facilitate compliance with enforcement orders, though they would not be part of the procedure as such.

47. Recent reforms of enforcement laws have however introduced more specific tools that could be used by bailiffs to be able to successfully enforce claims. For example, bailiffs may be authorised to obtain information about the debtor's financial circumstances, and a defaulting debtor can be obliged to disclose his or her income and financial situation at the beginning of the enforcement proceedings.

48. Would these mechanisms be generally recommendable in order to facilitate enforcement?



ANNEXE II

Draft Agenda

**Internal Consultation Workshop
Best Practices of Effective Enforcement**

**Monday 21 September 2020
13:15-17:00 CEST**

The consultation workshop is aimed at discussing and specifying the scope of the future instrument on Best Practices of Effective Enforcement. Effective enforcement of commercial claims is of high economic importance for any State. New options and challenges for effective enforcement, deriving among other from technological innovations and changed asset structures of debtors, have motivated many countries around the globe to modernise their enforcement laws. Yet, there is little guidance at the international level for national legislators on options to address these issues and increase the effectiveness of enforcement. The planned instrument will address the most relevant issues and provide a set of best practices. It aims at providing helpful guidance for legislators wishing to improve their domestic law, while at the same time contributing to the emergence of common minimum standards for domestic procedures as a necessary basis for improvement of international cooperation in this area.

This internal exploratory workshop will seek input from experts with different backgrounds, international organisations working in the field and members of the UNIDROIT Governing Council, particularly on the determination of the most useful and appropriate scope for the project and on the impact of technology on enforcement.

DRAFT AGENDA*

Opening of the workshop	
13:15 – 13:30	The project on Best Practices of Effective Enforcement <i>Ignacio Tirado (Secretary-General, UNIDROIT)</i> <i>World Bank Group (TBC)</i>
Session 1: Scope of the project	
13:30 – 15:00	<i>Chair: Kathryn Sabo (General Counsel, Constitutional, Administrative and International Law Section, Department of Justice Canada, member of UNIDROIT Governing Council)</i>

* Please note that the exact time allocated to each session is tentative and may be adjusted in the final version of the agenda.

	<p>Presentation and discussion of the issues connected with the definition of the scope of the project (on the basis of a background document provided by the Secretariat)</p> <p><i>Introduction: Anna Veneziano (Deputy Secretary-General, UNIDROIT)</i></p> <p><i>Roundtable discussion with experts participants (for the list see below)</i></p>
15:00– 15:15	<i>Coffee Break</i>
Session 2: The impact of new technologies on enforcement: challenges and opportunities	
	<p><i>Chair: Geneviève Saumier, Peter M. Laing Q.C. Professor of Law, McGill University (Quebec, Canada)</i></p>
15:15 – 15:30	<p>Taxonomy of technological applications in enforcement proceedings</p> <p><i>Teresa Rodriguez de Las Heras Ballell (Associate Professor of Commercial Law, University Carlos III de Madrid)</i></p>
15:30 – 15:40	<p>Smart contracts and enforcement</p> <p><i>Carla Reyes (Assistant Professor of Law, Southern Methodist University Dallas)</i></p>
15:40 – 15:50	<p>Enforcement on digital assets</p> <p><i>Jason Grant Allen (Senior Research Fellow, Humboldt University of Berlin)</i></p>
15:50– 16:45	<p>Roundtable discussion with participants</p>
Summary of the workshop and closing remarks	
16:45 – 17:00	<p><i>Kathryn Sabo (General Counsel, Constitutional, Administrative and International Law Section, Department of Justice Canada, member of UNIDROIT Governing Council)</i></p> <p><i>Ignacio Tirado (Secretary-General, UNIDROIT)</i></p> <p><i>Anna Veneziano (Deputy Secretary-General, UNIDROIT)</i></p>

LIST OF PARTICIPANTS

(NB: in addition to the participants listed here, all members of the UNIDROIT Governing Council are invited to participate in the workshop)

Mr Jason GRANT ALLEN	Senior Research Fellow, Humboldt University of Berlin (Australia) (speaker)
Mr Neil COHEN	Jeffrey D. Forchelli Professor of Law, Brooklyn Law School (US)
Mr Fernando GASCON INCHAUSTI	Professor of Law, University Complutense de Madrid (Spain)
Mr Burkhardt HESS	Executive Director / Professor of Law, Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law (Germany)
Ms Carla REYES	Assistant Professor of Law, Southern Methodist University Dallas (US)
Ms Teresa RODRIGUEZ De Las HERAS BALLELL	Associate Professor of Commercial Law, University Carlos III de Madrid (Spain)
Ms Kathryn SABO	General Counsel, Constitutional, Administrative and International Law Section, Department of Justice (Canada), Member of the UNIDROIT Governing Council (<i>Chair of the workshop</i>)
Ms Geneviève SAUMIER	Peter M. Laing Q.C. Professor of Law, McGill University (Quebec, Canada) (<i>Chair of the workshop</i>)
Mr Rolf STÜRNER	Emeritus Professor of Law, University of Freiburg (Germany)

Organisations

Mr Jos UITDEHAAG	First Secretary, Union internationale des huissiers de justice (UIHJ) (The Netherlands)
representatives TBC	World Bank Group
EBRD: TBC	
UNCITRAL: representative from Working Group II (Dispute Settlement) TBC	

UNIDROIT

Mr Ignacio TIRADO	Secretary-General
Ms Anna VENEZIANO	Deputy Secretary-General

Mr Carlo DI NICOLA

Ms Philine WEHLING

Mr Hamza HAMEED

Senior Legal Officer

Legal Officer

Legal Consultant